Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça
do Estado de Minas Gerais

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

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

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

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 58	v. 180	p. 1-567	janeiro/março 2007

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Antônio Hélio Silva

Superintendente Adjunto
Des. Geraldo Augusto de Almeida

Diretor Executivo de Desenvolvimento de Pessoas
Leonardo Lúcio Machado

Diretora Executiva de Gestão da Informação Documental
Silvana Couto Lessa

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Daysilane Alvarenga Ribeiro

Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica
Eliana Whately Moreira - Coordenadora

Alexandre Silva Habib
Cecília Maria Alves Costa
João Dias de Ávila
Luiz Gustavo Villas Boas Givisiez
Maria Célia da Silveira
Maria da Consolação Santos
Maria Helena Duarte
Marisa Martins Ferreira
Mauro Teles Cardoso
Myriam Goulart de Oliveira
Sávio Capanema Ferreira de Melo
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) 3247-8900
30180-100 - Belo Horizonte/MG - Brasil
www.tjmg.gov.br/ejef - ejef@tjmg.gov.br

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

Fotos da Capa:

Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza - Sobrado em Ouro Preto onde funcionou o antigo Tribunal da Relação
- Palácio da Justiça Rodrigues Campos, sede do Tribunal de Justiça de Minas Gerais
Sérgio Faria Daian - Montanhas de Minas Gerais
Rodrigo Albert - Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Projeto Gráfico: ASCOM/CECOV
Diagramação: EJEF/GEJUR/CODIT - Tadeu Rodrigo Ribeiro e Alexandre Silva Habib
Normalização Bibliográfica: EJEF/GEDOC/COBIB

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

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 n° 1 1950-2005
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Trimestral.
ISSN 0447-1768

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

CDU 340.142 (815.1)

ISSN 0447-1768

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente
Desembargador ORLANDO ADÃO CARVALHO

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador ISALINO ROMUALDO DA SILVA LISBÔA

Segundo Vice-Presidente
Desembargador ANTÔNIO HÉLIO SILVA

Terceiro Vice-Presidente
Desembargador MÁRIO LÚCIO CARREIRA MACHADO

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador JOSÉ FRANCISCO BUENO

Tribunal Pleno
Desembargadores
(por ordem de antiguidade em 31.03.2007)

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

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

Composição de Câmaras e Grupos - Dias de Sessão

Primeira Câmara Cível Terças-feiras	**Segunda Câmara Cível** Terças-feiras
Desembargadores **Eduardo** Guimarães **Andrade*** **Geraldo Augusto** de Almeida **Vanessa Verdolim Hudson Andrade** **Armando Freire** **Alberto Vilas Boas**	Desembargadores **Francisco** de Assis **Figueiredo*** **Nilson Reis** **Jarbas** de Carvalho **Ladeira** Filho José Altivo **Brandão Teixeira** **Caetano Levi Lopes**

Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Terceira Câmara Cível Quintas-feiras	**Quarta Câmara Cível** Quintas-feiras
Desembargadores Nilo **Schalcher Ventura*** **Kildare Gonçalves Carvalho** **Manuel** Bravo **Saramago** **Dídimo Inocêncio de Paula** Maria das Graças Silva **Albergaria** dos Santos **Costa**	Desembargadores José Tarcízio de **Almeida Melo*** **Célio César Paduani** Luiz **Audebert Delage** Filho José Carlos **Moreira Diniz** **Dárcio Lopardi Mendes**

Segundo Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Quinta Câmara Cível Quintas-feiras	**Sexta Câmara Cível** Terças-feiras
Desembargadores **Cláudio** Renato dos Santos **Costa** **Dorival Guimarães Pereira*** **Maria Elza** de Campos Zettel José **Nepomuceno** da **Silva** **Mauro Soares de Freitas**	Desembargadores **José Domingues Ferreira Esteves*** **Ernane Fidélis** dos Santos **Edilson** Olímpio **Fernandes** **Maurício Barros** **Antônio Sérvulo** dos Santos

Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Sétima Câmara Cível Terças-feiras	**Oitava Câmara Cível** Quintas-feiras
Desembargadores Antônio Marcos **Alvim Soares*** **Edivaldo George dos Santos** **Wander** Paulo **Marotta** Moreira **Belizário** Antônio **de Lacerda** **Heloísa** Helena de Ruiz **Combat**	Desembargadores **Roney Oliveira*** **Fernando Bráulio** Ribeiro Terra **Silas** Rodrigues **Vieira** José **Edgard Penna Amorim** Pereira **Teresa Cristina da Cunha Peixoto**

Quarto Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Nona Câmara Cível Terças-feiras	Décima Câmara Cível Terças-feiras
Desembargadores **Osmando Almeida*** **Pedro Bernardes** de Oliveira **Tarcísio** José **Martins Costa** **José Antônio Braga** Antônio **Generoso Filho**	Desembargadores **Gudesteu Biber** Sampaio **Roberto Borges de Oliveira** **Alberto Aluízio Pacheco de Andrade** Paulo Roberto **Pereira da Silva*** **Evangelina Castilho Duarte**

Quinto Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Primeira Câmara Cível Quartas-feiras	Décima Segunda Câmara Cível Quartas-feiras
Desembargadores Geraldo José **Duarte de Paula** **Selma** Maria **Marques** de Souza **Fernando Caldeira Brant** José **Afrânio Vilela*** **Marcelo** Guimarães **Rodrigues**	Desembargadores **Alvimar de Ávila** José Geraldo **Saldanha da Fonseca** Geraldo **Domingos Coelho** **José Flávio de Almeida*** **Nilo** Nívio **Lacerda**

Sexto Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Terceira Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Quarta Câmara Cível Quintas-feiras
Desembargadores **Eulina do Carmo** Santos **Almeida*** **Francisco Kupidlowski** **Adilson Lamounier** **Cláudia** Regina Guedes **Maia** **Fernando** Alvarenga **Starling**	Desembargadores **Valdez Leite Machado*** **Elias Camilo** Sobrinho **Antônio de Pádua** Oliveira **Hilda** Maria Pôrto de Paula **Teixeira da Costa** **Renato Martins Jacob**

Sétimo Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Quinta Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Sexta Câmara Cível Quartas-feiras
Desembargadores **José Affonso da Costa Côrtes*** José de Anchieta da **Mota e Silva** **Maurílio Gabriel** Diniz **Wagner Wilson** Ferreira Pedro Carlos **Bitencourt Marcondes**	Desembargadores Francisco **Batista de Abreu*** **José Amancio** de Sousa Filho **Sebastião Pereira de Souza** **Otávio de Abreu Portes** José **Nicolau Masselli**

Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

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

Nono Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

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

** Presidente da Câmara*

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

Quarta Câmara Criminal Quartas-feiras	**Quinta Câmara Criminal** Terças-feiras
Desembargadores **Delmival de Almeida Campos** **Eli Lucas de Mendonça*** **Ediwal José de Morais** **William Silvestrini** **Walter Pinto da Rocha**	Desembargadores **Alexandre Victor de Carvalho** **Maria Celeste Porto** Teixeira Antoninho **Vieira de Brito*** **Hélcio Valentim** de Andrade Filho **Pedro** Coelho **Vergara**

** Presidente da Câmara*

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

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

Desembargadores

Orlando Adão **Carvalho**
Presidente

Isalino Romualdo da Silva **Lisbôa**
Primeiro Vice-Presidente

Antônio Hélio Silva
Segundo Vice-Presidente

Mário Lúcio **Carreira Machado**
Terceiro Vice-Presidente

José Francisco Bueno
Corregedor-Geral de Justiça

Antônio Marcos **Alvim Soares**

Eduardo Guimarães **Andrade**

Antônio Carlos Cruvinel

Fernando Bráulio Ribeiro Terra

Edivaldo George dos Santos

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

Desembargadores

Francisco de Assis **Figueiredo**

Gudesteu Biber Sampaio

Edelberto Lellis **Santiago**

Orlando Adão **Carvalho**
Presidente

Antônio Hélio Silva
Segundo Vice-Presidente

Cláudio Renato dos Santos **Costa**

Isalino Romualdo da Silva **Lisbôa**
Primeiro Vice-Presidente

Sérgio Antônio de **Resende**

Roney Oliveira

Nilo **Schalcher Ventura**
Presidente do TRE

Reynaldo Ximenes Carneiro

Joaquim **Herculano Rodrigues**
Vice-Presidente e Corregedor do TRE

Mário Lúcio **Carreira Machado**
Terceiro Vice-Presidente

José Tarcízio de **Almeida Melo**

José Antonino Baía Borges

José Francisco Bueno
Corregedor-Geral de Justiça

Célio César Paduani
Vice-Corregedor-Geral de Justiça

Hyparco de Vasconcellos **Immesi**

Kildare Gonçalves Carvalho

Dorival Guimarães Pereira

Jarbas de Carvalho **Ladeira** Filho

José Altivo **Brandão Teixeira**

José Domingues Ferreira Esteves

Procurador-Geral de Justiça: Dr. Jarbas Soares Júnior

Comissão de Divulgação e Jurisprudência

Desembargadores

Orlando Adão Carvalho - Presidente
Eduardo Guimarães Andrade - 1ª Cível
Caetano Levi Lopes - 2ª Cível
Kildare Gonçalves Carvalho - 3ª Cível
José Carlos Moreira Diniz - 4ª Cível
Maria Elza de Campos Zettel - 5ª Cível
Ernane Fidélis dos Santos - 6ª Cível
Antônio Marcos Alvim Soares - 7ª Cível
Silas Rodrigues Vieira - 8ª Cível
Osmando Almeida - 9ª Cível
Paulo Roberto Pereira da Silva - 10ª Cível
José Afrânio Vilela - 11ª Cível
Geraldo Domingos Coelho - 12ª Cível
Francisco Kupidlowski - 13ª Cível
Heloísa Helena de Ruiz Combat - 14ª Cível
José Affonso da Costa Côrtes - 15ª Cível
Sebastião Pereira de Souza - 16ª Cível
Antônio Lucas Pereira - 17ª Cível
Sérgio Augusto Fortes Braga - 1ª Criminal
Beatriz Pinheiro Caires - 2ª Criminal
Jane Ribeiro Silva - 3ª Criminal
Eli Lucas de Mendonça - 4ª Criminal
Maria Celeste Porto Teixeira - 5ª Criminal

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Ayrton Maia - Nota biográfica 15

A visita da Família Real ao Tribunal da Relação de Ouro Preto - Nota histórica 17

NOTAS E COMENTÁRIOS

Fórum da Comarca de Mar de Espanha 19

DOUTRINA

A eficácia da boa-fé objetiva no negócio jurídico de crédito 21
CARLOS FREDERICO BRAGA DA SILVA

Requisitório de pequeno valor: direito intertemporal, inconstitucionalidade na inobservância ao princípio da proporcionalidade 49
RENATO LUÍS DRESCH

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Corte Superior 61

Jurisprudência Cível 89

Jurisprudência Criminal 373

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 479

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 505

ÍNDICE NUMÉRICO 515

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO 519

Desembargador AYRTON MAIA

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Nota biográfica

Desembargador Ayrton Maia *

Ayrton Maia nasceu em 8 de julho de 1926, em Juiz de Fora, na Zona da Mata mineira. Era filho de Francisco Maia e Rosa Falci Maia e casado com Laura Aparecida Guedes Maia, com quem teve dois filhos: Francisco Maia Neto e Cláudia Regina Guedes Maia, também Desembargadora.

Fez o curso secundário na Academia do Comércio de Juiz de Fora e bacharelou-se em Direito pela Faculdade de Direito de Juiz de Fora em 13 de dezembro de 1952.

Em 25 de abril de 1957, foi aprovado em concurso público para a Magistratura, sendo nomeado para a Comarca de Tombos. Foi promovido por merecimento para as Comarcas de Eugenópolis, em 22 de outubro de 1961; Muriaé, em 24 de outubro de 1964; e, em 6 de setembro de 1968, para Belo Horizonte, assumindo a 1ª Vara Criminal. Foi Diretor do Fórum no período de 1969 a 1971.

Em 1977, também por merecimento, foi promovido ao cargo de Juiz do extinto Tribunal de Alçada, sendo eleito Vice-Presidente desse órgão em 3 de agosto de 1982, cargo que assumiu por pouco tempo, pois, em 24 de agosto do mesmo ano, foi promovido por antiguidade a Desembargador do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Aposentou-se compulsoriamente em 8 de julho de 1996, no cargo de 1º. Vice- Presidente.

Foi Presidente do Tribunal Regional Eleitoral no biênio 1992/1994; Presidente do Tribunal de Justiça Desportiva da Federação Mineira de Futebol de 1992 a 1999; Auditor-Geral do Estado de Minas Gerais de 1999 a 2002 e Presidente da Comissão de Ética Pública do Estado de Minas Gerais de 2004 a 2005.

No magistério, foi professor de “História Geral” no Ginásio de Tombos em 1958, de “Direito Usual” na Escola de Comércio de Muriaé, de 1967 a 1968, e titular da cadeira de “Direito Comercial” no curso de Administração de Empresas da FUMEC.

Publicou os artigos: “Julgamento Antecipado da Lide” (1977, Revista Forense e Revista Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais), “Locação não residencial - Denúncia Vazia” (1981, Revista Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais).

Ao longo de seus 39 anos de dedicação à magistratura mineira, foi agraciado com inúmeras condecorações e homenagens: Colar de Mérito Judiciário, Grande Medalha da Inconfidência, Medalha de Honra da Inconfidência, Medalha no Grau Ouro Santos Dumont, Medalha no Grau Prata Santos Dumont, Medalha do Alferes Tiradentes da Polícia Militar de Minas Gerais, Medalha do Mérito Legislativo da Câmara Municipal de Belo Horizonte, Medalha Juiz Cível do Ano de 1976, Medalha no Grau Ouro Coronel Fulgêncio, Medalha Juscelino Kubitscheck, Comenda Ministro Vitor Nunes Leal,

---

(*) Elaborado pela Assessoria da Memória do Judiciário Mineiro.

Medalha do Mérito Mobiliário, Medalha Comendador Henrique Halfeld, Grã-Cruz do Mérito Judiciário Federal; Cidadão Honorário das cidades de Tombos, Eugenópolis, Muriaé, Cataguases e Belo Horizonte; Título de Cidadão Benemérito de Juiz de Fora.

Faleceu em 10 de setembro de 2006.

Referências bibliográficas

FAGUNDES, Ezequiel. Ayrton Maia morre em BH, aos 80 anos. *Jornal O Tempo*, Belo Horizonte, 11 set. 2006. Disponível em: <http://www.otempo.com.br/ impressao/?idMateria=60962>. Acesso em: 18 maio 2007.

MONTEIRO, Norma de Góis; MINAS GERAIS. *Dicionário biográfico de Minas Gerais*: período republicano, 1889/1991. Belo Horizonte: Alemg: UFMG, Centro de Estudos Mineiros, 1994. 2v., ISBN 858515702X (enc.)

PRECISÃO CONSULTORIA. *Currículo: Desembargador Ayrton Maia*, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.precisao.eng.br/cvitae/amaia.html>. Acesso em: 17 maio 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Missa da Ressurreição em memória de Ayrton Maia*, Belo Horizonte, 18 set. 2006. Disponível em: http://www.tjmg.gov.br/anexos/nt/noticia.jsp?codigoNoticia=6794>. Acesso em: 18 maio 2007.

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

-:::-

Nota Histórica

A visita da Família Real ao Tribunal da Relação de Ouro Preto *

Mais de cem anos se passaram, desde a instalação do Tribunal da Relação de Ouro Preto, e ainda hoje a Memória do Judiciário se engrandece ao resgatar fatos relevantes à nossa instituição.

Os livros de Atas Manuscritas do Tribunal da Relação, pertencentes ao acervo da Memória, merecem uma atenção especial nesta breve nota histórica. Através da sua leitura, descobrimos uma evolução dos procedimentos, das audiências, da atuação dos desembargadores da Relação, da descrição dos fatos e acontecimentos de grande valor à época.

Ao percorrermos as páginas de um dos livros, que ao total somam sete, encontramos, com muita satisfação, inserido à história da nossa instituição, o relato da visita da Família Imperial ao Tribunal da Relação de Ouro Preto.

No livro de Atas[1] referente ao período de 1888 a 1890, logo abaixo da data - Ouro Preto, 24 de julho de 1889, encontramos as seguintes assinaturas: D. Pedro II, Thereza Christina Maria (Imperatriz, 3ª do Brasil), Isabel Condessa d'Eu (Princesa Imperial), D. Pedro Augusto (filho da Princesa D. Leopoldina), [...] Barão de Ibituruna, Barão de Muritiba, Tito de Mattos.

Já nos tempos do nosso saudoso Desembargador Walter Veado, várias questões haviam sido levantadas. Certa feita, o então Superintendente encaminhou o assunto para a apreciação do Museu Imperial de Petrópolis, em busca de provas documentais que sustentassem a autenticidade das mencionadas assinaturas e comprovassem a viagem da Família Imperial a Ouro Preto. [2]

Em resposta, o Arquivo Histórico do Museu Imperial enviou correspondência ao Desembargador, ratificando a veracidade das assinaturas e também a confirmação da visita ao Tribunal da Relação de Ouro Preto. Fato curioso e de grande valor histórico, merece ser conhecido, através da transcrição do documento da época:

> - Não mencionaremos, por brevidade, outras viagens menores que o imperador e a imperatriz fizeram às províncias vizinhas do Rio de Janeiro, por motivos de inaugurações de obras públicas, como estradas de ferro e de rodagem, telégrafos, etc. A última excursão desse gênero (e por isso merece se assignale) foi à província de Minas Geraes, em julho de 1889; nella acompanhava o imperador o visconde de Ouro Preto, presidente do Conselho de Ministros.[3]

---

* Texto de autoria de Andréa Vanêssa da Costa Val, Assessora, sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

[1] Livro de Ata do Tribunal da Relação de Ouro Preto.1888-1890.folha 136. Arquivos da Memória do Judiciário Mineiro. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG.

[2] Ofício nº. 037/2000 - MEJUD, de 24 de outubro de 2000. Arquivo da Memória do Judiciário Mineiro. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG.

[3] O Museu Imperial encaminhou ao Desembargador Walter Veado, através do ofício s/n, de 20 de novembro de 2000, parte de um artigo, *Viagens de D. Pedro II,* de Rodolfo Garcia, publicado na Revista do IHGB, tomo 98, volume 152, p.115-125, que confirma a viagem da Família Imperial a Ouro Preto. Arquivo Histórico do Museu Imperial. Petrópolis, RJ.

> - Rio 29 de Julho de 1889. Snr. Maya Monteiro. Vi o seo perfil na multidão da chegada. Soube que a condessa estava doente. Peço-lhe que dê lembranças minhas e votos pelo seo restabelecimento. Amanhã estarei em casa das 11h até as 4. O amigo. D. Pº.[4]

Através da leitura da descrição do 2º parágrafo, de 29 de julho de 1889, confirma-se o retorno de D. Pedro Augusto de uma viagem, provavelmente à cidade de Ouro Preto, pois, cinco dias antes do referido dia, deixou registrada a sua assinatura no livro de Atas Manuscritas do Tribunal da Relação. Sobre a veracidade das assinaturas presentes no documento, o Arquivo Imperial responde:

> Tanto a letra da data como a assinatura são de D. Pedro II.[5]
> Trata-se certamente do 2º Barão de Muritiba (neste ano 1889 seu pai já era marquês), desembargador aposentado da Relação da Corte e foi o último procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional. Foi do Conselho do imperador e vereador da imperatriz.[6]
> O barão de Ibituruna era o presidente da província de Minas Gerais, tendo tomado posse a 18/06/1889.[7]
> Trata-se de desembargador do Tribunal da Relação da Corte, Tito Augusto Pereira de Mattos.[8]

A Memória do Judiciário, portanto, como órgão de documentação, pesquisa e divulgação de relevantes eventos históricos, sente-se muito honrada em poder dividir com a comunidade judiciária o resultado de mais uma valiosa investigação, que ganha dimensão ainda maior se considerado o momento de grande efervescência política pelo qual passava o Brasil naquele ano de 1889, com a consolidação acelerada do movimento republicano.

-:::-

---

[4] Carta de D. Pedro Augusto ao Sr. Maya Monteiro, com data posterior à assinatura no citado livro de atas. Arquivo Grão-Pará, de propriedade de D. Pedro de Orleans e Bragança. Arquivo Histórico do Museu Imperial. Petrópolis, RJ.

[5] Correspondência encaminhada pelo Arquivo Histórico do Museu Imperial. Ofício s/n, de 20 de novembro de 2000. Petrópolis, RJ.

[6] *Idem* nota 5.

[7] *Idem* nota 5.

[8] *Idem* nota 5.

Notas e comentários

Fórum da Comarca de Mar de Espanha

FÓRUM DA COMARCA DE MAR DE ESPANHA *

Este prédio abriga os serviços da Justiça na Comarca de Mar de Espanha, constituindo motivo de orgulho de sua gente.

Foi construído no ano de 1927, e sua arquitetura lembra muito as edificações espanholas de origem mourisca. Recentemente, na gestão do Desembargador Hugo Bengtsson Júnior, o prédio foi pintado, fazendo realçar, ainda mais, a sua beleza.

No ano de 1870, o Município de Mar de Espanha figurava como termo da Comarca de Rio Novo, e, por força da Lei 2.002, de 15/11/1873, foi desmembrado e anexado à Comarca de Leopoldina.

No ano de 1876, por força da Lei 2.273, de 7 de julho, o Município de Mar de Espanha passou a ser sede de Comarca. A efetiva instalação ocorreu, entretanto, em 3 de maio de 1892, sendo o primeiro Juiz o Dr. José Augusto Souza Amaranto.

Integra a Comarca de Mar de Espanha, além do Município sede, também o Município de Chiador, que era antigo distrito e veio a ser emancipado no ano de 1953.

---

[1] Texto enviado pelo Desembargador Paulo Roberto Pereira da Silva, 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Passaram pela Comarca de Mar de Espanha inúmeros Juízes. Dentre eles se destacam os nomes dos Drs. José Augusto Souza Amaranto, Felipe Gabriel Castro Vasconcelos, Edgard Carlos Cunha Pereira, Antônio Arnaldo de Oliveira, Rafael de Almeida Magalhães.

E mais, ainda: os Drs. Olinto Augusto Ribeiro, João Lima Rodrigues, João Alves de Oliveira, Arnald Gribel, Francisco Ferreira Siqueira Neto, Mário Cândido da Rocha, Afonso Teixeira Lages, Ernani Andrade, José de Oliveira Juncal, João de Pinho Pessoa, Orlando Lopes Coelho, Maurício de Paula Delgado, Carlos Alberto Poncinelli.

Depois vieram os Drs. Wellington Jones Paiva, Edivaldo George dos Santos, Raimundo Alexandre Pereira, Manuel Bravo Saramago, Jorge Druda Gomes, Francisco da Silva Goulart, Amaury de Lima e Souza e Ricardo Rodrigues de Lima.

Origem do nome: segundo informa Celso Falabella de Figueiredo Castro, Mar de Espanha foi denominação de uma extensa faixa à margem direita do Rio Paraíba, em fins do século XVIII, na então Capitania do Rio de Janeiro, entendendo-se, mais tarde, para a banda de Minas, pois assim foi chamada a partir da segunda década do século XIX.

Segundo o referido historiador,

> são várias e inverossímeis as versões que correm para explicar a origem do pitoresco topônimo. E não menos curiosas as perguntas que nos fazem, havendo mesmo quem haja suposto a existência do mar banhando as costas da mineiríssima cidade encravada entre montanhas...[1]

Atualmente têm assento no Tribunal de Justiça de Minas Gerais dois filhos de Mar de Espanha, os Desembargadores Antônio Marcos Alvim Soares e Paulo Roberto Pereira da Silva.

-:::-

[1] CASTRO, Celso Falabella de Figueiredo. *Os sertões do leste*: achegas para a história da Zona da Mata. Belo Horizonte, Imprensa Oficial de Minas Gerais - Janeiro/1987.

DOUTRINA

A eficácia da boa-fé objetiva no negócio jurídico de crédito

*Carlos Frederico Braga da Silva**

Sumário: 1 Introdução. 1.1 Justificativa. 1.2. Objetivos. 2 Princípios constitucionais e legais incidentes. 2.1 Requisitos de validade do negócio jurídico: formais, substanciais e implícitos. 3 A boa-fé objetiva. 3.1. Compreensão. 3.2 Direito comparado e regras internacionais. 3.3 Legislação e jurisprudência sobre o contrato de crédito. 3.3.1 Positivação da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. 4 Interpretação do negócio jurídico de crédito e a boa-fé objetiva. 4.1 Dever de informar. 4.2 Deveres de consideração e de cuidado. 4.3 Dever de execução precisa do combinado. 4.4 Honestidade e eficácia restritiva do conteúdo do contrato. 5 Vícios: onerosidade excessiva, lesão e abuso de direito. 6 Critérios jurisprudenciais objetivos para a conservação do negócio jurídico de crédito: usos do lugar da celebração. 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.

1 Introdução

É intuitiva a importância das relações jurídicas de direito privado nos dias atuais. Sem avisar, elas acontecem rotineiramente na vida de todos, porquanto simplesmente decorrem da interatividade das relações humanas.

Durante a gênese do negócio jurídico, muitas vezes os interessados têm o pleno domínio do seu processo de formação. Trata-se do mais próximo do ideal. Nesses casos, proporciona-se mais liberdade de escolha, certeza, previsibilidade e segurança jurídica, valores relevantes para o direito.

Lado outro, percebe-se rotineiramente que importantes negócios jurídicos de crédito surgem de maneira quase automática, apenas de acordo com o que se vem praticando na rotina bancária, sem observar a legalidade e os princípios gerais que compulsoriamente teriam de impregnar o seu processo de formação e restringir o seu conteúdo.

Entende-se inadequado que os negócios jurídicos produzam os seus efeitos, quando não estão de acordo com os princípios fundamentais nos quais se assenta o edifício do direito positivo do Brasil, tanto no plano constitucional quanto no do legislador ordinário.

Não se pode olvidar que, numa sociedade liberal e capitalista, o contrato de crédito celebrado com as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional assume especial relevância. Grande parte das aquisições levadas a efeito pela população em geral é feita por meio do parcelamento do pagamento do valor da compra, como é sabido, mediante financiamento suportado pelas instituições bancárias. Vale dizer, outras vezes a concessão de crédito é feita por meio do simples manuseio de terminais de atendimento automático espalhados pelos bancos em espaços públicos, em conseqüência da maciça publicidade direcionada aos consumidores.

---

* Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Passos. Pós-graduado em Direito Civil - EJEF/PUC Minas Virtual. Mestrando em Direito Comparado – Cumberland School of Law, Alabama, USA.

Com efeito, a relativa facilidade para a obtenção do crédito e a falta de maiores estudos cautelares para a sua concessão, aliadas, ainda, à necessidade da sua circulação para a movimentação do sistema capitalista, produzem conseqüências positivas e negativas.

No Brasil, infelizmente, inúmeras contestações judiciais aos contratos de crédito decorrem do inadimplemento. De um lado, as pessoas contratantes sustentam que o valor do empréstimo fornecido pelos bancos está sempre acompanhado da cobrança de encargos financeiros elevados, taxas caras, juros exagerados e ilegais, lesionando-as profundamente. Por sua vez, as instituições mutuantes argumentam que simplesmente exigem o pagamento daquilo que os clientes expressamente contrataram e que a cobrança feita está autorizada por lei especificamente incidente nas operações formalizadas pelas financeiras.

Em junho de 2006, o Supremo Tribunal Federal alterou a sua trintenária jurisprudência e decidiu que as disposições dos Códigos de Defesa do Consumidor e Civil também incidem nos contratos bancários. Assim, com base na análise de precedentes - inclusive internacionais -, pretende-se, neste trabalho, identificar os pontos de vista antagônicos e propor critérios *objetivos* de interpretação do negócio jurídico de crédito, levando-se em consideração, ainda, a doutrina pesquisada e observando-se os usos do lugar da celebração.

Para tanto, a análise da eficácia da boa-fé objetiva nos processos de formação e de execução dos negócios jurídicos de crédito e, conseqüentemente, na exegese dos contratos de crédito é extremamente pertinente.

1.1 Justificativa

Os negócios jurídicos de crédito fazem parte da nossa rotina atual. Integram a nossa cultura e dominam os nossos desejos. Numa sociedade baseada na concepção de valores do mundo ocidental, a satisfação e a felicidade muitas vezes são buscadas na acumulação material de riquezas. A vontade de *ter* é vetor da circulação de bens e serviços. Para a obtenção de conforto e segurança - ainda que supostamente -, somos influenciados e verdadeiramente conduzidos socialmente a buscar o mérito individual, a trabalhar para agregar valores, economizar dinheiro (salvar agora para gastar depois), obter informação, educação e estudo, enfim, qualificar a nossa capacidade de aquisição e incrementar cada vez mais a nossa competência para *consumir*, talvez com a ilusão de, dessa maneira, nos relacionarmos melhor também com o mundo exterior.

A busca pela sobrevivência e a necessidade de realizar os desejos na sociedade liberal e capitalista moderna, após serem tingidas pelas fortes cores da publicidade, influenciam sobremaneira a declaração de vontade particular, atualmente muito mais complexa do que aquela verificada em tempos passados. Observa-se que essa verdadeira ansiedade particular por maior acolhimento no plano coletivo gera reflexos e conseqüências relevantes para o direito. Uma das maiores é o consumismo. Outra direta é o endividamento exagerado, ou além da capacidade financeira de pagamento. Trata-se de algo rotineiramente verificado. Reiteradas vezes as pessoas são verdadeiramente seduzidas pela propaganda e pela ausência de zelo a financiar a sua felicidade e a esquecer as suas frustrações realizando contratos bancários para que possam pagar o preço das suas aquisições.

Porém, apesar das suas evidentes peculiaridades subjetivas, o negócio jurídico de crédito não está situado em compartimento estanque no ordenamento positivo. Em decorrência do postulado da validade, é intuitivo que sobre todos os negócios jurídicos imperiosamente incidem as disposições constitucionais e do legislador ordinário, além daquilo que é normal da prática jurídica bancária. Ora, nos dias atuais *todas* as relações de direito privado têm de observar um padrão objetivo de compor-

tamento no seu processo de formação, que irá facilitar, em muito, a sua interpretação e a delimitação dos seus efeitos residuais.

Assim, investigar e compreender a extensão das funções da boa-fé objetiva, especialmente nos negócios jurídicos de crédito, despertou a nossa atenção e justificou a realização do presente estudo.

1.2 Objetivos

No presente trabalho, pretende-se compreender a eficácia dos requisitos implícitos do negócio jurídico: manifestação de vontade *livre e declarada* e, especialmente, boa-fé *objetiva*. A intenção é identificar os parâmetros já internacionalmente assimilados como válidos pela jurisprudência e pela doutrina, tendo sempre como norte o princípio que recomenda a conservação do negócio jurídico.

Considera-se que o oferecimento da informação indispensável à contratação honesta durante o processo de formação do ajuste, mediante a realização de comunicação adequada, minuciosa e transparente, assim como a demonstração da preocupação com os efeitos do combinado para a contraparte e, conseqüentemente, irradiados para a sociedade – nos subseqüentes processos de interpretação e execução daquilo que foi celebrado – são cruciais para que os contratos de crédito possam produzir validamente os seus efeitos. Aliás, muito mais. Possam atingir a sua precípua e obrigatória finalidade social colimada na Constituição da República, vontade essa também amplamente declarada na esfera infraconstitucional.

Em verdade, percebe-se claramente que a falta de certeza e de segurança experimentada em nosso ordenamento jurídico é conseqüência da ausência de bons parâmetros sobre a matéria objeto do presente estudo. A questão polêmica é o que se procura harmonizar, numa tentativa de conjugar os princípios clássicos com aqueles que atualmente estão informando as relações de direito privado. Isso porque se compreende a boa-fé objetiva como um cânone fundamental que permite a conservação do negócio jurídico de crédito, concretizando-se, em última análise, os valores fundamentais da segurança jurídica e da justiça social.

2 Princípios constitucionais e legais incidentes

No Estado Democrático de Direito implementado pela Constituição Federal de 1988, o antigo antagonismo existente entre o direito público e o privado perdeu sentido. A Constituição da República, ao mesmo tempo em que assegura o direito de propriedade (art. 5º, XXII) e determina o atendimento da sua função social (XXIII), tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV). Além disso, os objetivos constitucionais previstos no art. 3º colocaram os valores existenciais da pessoa humana no vértice do ordenamento jurídico brasileiro.[1]

A ordem econômica prevista no art. 170 da Constituição da República é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios, dentre outros: propriedade privada (inciso II), função social da propriedade (inciso III) e defesa do consumidor (inciso V).

---

[1] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

Está constitucionalmente sedimentada a necessidade da destinação econômico-social da propriedade, ou seja, o seu aproveitamento de acordo com o estabelecido pela lei, bem como que o seu uso deve ser direcionado à realização do bem comum. Posto isso, é imperioso considerar que o crescimento econômico e o bem-estar individual e coletivo, quando não preservam a qualidade de vida em sentido lato, ou seja, a liberdade e a dignidade humana, não atingem plenamente os valores constitucionais e infraconstitucionais.

Na esteira da recente jurisprudência internacional e da doutrina de direito privado, afirma-se que todos os negócios jurídicos e, por conseguinte, os contratos bancários aí abrangidos se submetem aos princípios gerais de direito universalmente aceitos e, em especial, aos requisitos previstos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, não se subordinando única e exclusivamente ao estabelecido na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

2.1 Requisitos de validade do negócio jurídico: formais, substanciais e implícitos

Afirma-se que todos os negócios jurídicos de crédito se submetem aos princípios gerais de direito previstos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, não se subordinando única e exclusivamente ao estabelecido na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (STF, ADIN 2591).

O art. 104 do Código Civil de 2002 presume a existência formal e substancial do negócio jurídico ao estabelecer, expressamente, os seus requisitos de validade, quais sejam: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

Ensina o professor Caetano Levi Lopes que, em decorrência do princípio da eticidade, constituem requisitos implícitos para a sanidade do negócio jurídico a declaração emanada de vontade livre e consciente e a boa-fé objetiva.

A lição do Professor Miguel Reale é que o artigo-chave do Código Civil de 2002 é o art. 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. De acordo com o mestre:

> Desdobrando essa norma em seus elementos constitutivos, verifica-se que ela consagra a eleição específica dos negócios jurídicos como disciplina preferida para regulação genérica das relações sociais, sendo fixadas, desde logo, a eticidade de sua hermenêutica, em função da boa-fé, bem como a sua socialidade, ao se fazer alusão aos ‘usos do lugar de sua celebração’.
> Eis aí já esboçada a incidência dos três princípios (eticidade, socialidade e operabilidade) que, a meu ver, presidem à atual Lei Civil, conforme penso ter demonstrado em minha conferência intitulada ‘Visão Geral do Código Civil’, publicada pela *Revista dos Tribunais* como introdução da seu (*sic*) livro *Novo Código Civil Brasileiro*, 3ª edição.
> Quanto à apontada predileção pelo instituto dos negócios jurídicos, preferindo-se a espécie ao gênero, fatos jurídicos, cabe notar que no negócio jurídico o que sobreleva não é o aspecto da ‘declaração de vontades’ - como sustentam alguns juristas - mas sim ‘o encontro das vontades’ para dar nascimento a um conjunto de direitos e obrigações.
> A bem ver, essa questão transcende os limites do Direito Civil para elevar-se à problematicidade das fontes do Direito. Como saliento em meu livro *Fontes e modelos do direito*, Hans Kelsen, se, por um lado, exagerou seu formalismo normativo, por outro lado genialmente alargou os horizontes da normatividade, acrescentando às três fontes tradicionais do Direito (fonte legal, fonte jurisdicional e fonte costumeira) uma terceira, a fonte negocial que emerge da própria sociedade civil através da autonomia de vontades concordantes, vontades essas que se conjugam para dar origem a direitos e deveres recíprocos, sobretudo através de avenças ou contratos.
> Trata-se, em suma, como afirmo na citada obra, do poder negocial que instaura relações jurídicas válidas, desde que não conflitantes com expressas determinações de ordem legislativa.

> Isto posto, é a fonte negocial que se desenvolve no plano das relações civis, justificando-se, por esse motivo, o tratamento privilegiado que lhe foi dado pelo novo Código Civil, o que tem escapado a comentaristas situados apenas no âmbito do Direito Privado, sem a visão ampla de toda a experiência jurídica. Com razão, o supratranscrito artigo 113 dá preferência aos negócios jurídicos para fixar as diretrizes hermenêuticas da eticidade e da socialidade.

A doutrina antes transcrita evidencia claramente que, nos dias atuais, foi dada extrema importância à maneira como as partes negociam e atingem o chamado encontro das vontades, ou seja, todo o processo de formação da obrigação assumiu especial relevância.

Os usos rotineiramente adotados na sociedade para a celebração dos negócios jurídicos também foram devidamente salientados pelo jurista. Se válidos - a conduta e os usos -, serão chancelados pela jurisprudência, no caso de realizarem os fins buscados pela sociedade e previstos nas leis.

Interessante a lição de Antônio Junqueira de Azevedo:

> Em síntese, o que caracteriza o negócio jurídico é o fato de ser uma manifestação de vontade qualificada por circunstâncias que fazem com que ele seja visto socialmente como dirigido à produção de efeitos jurídicos (é uma declaração de vontade - característica primária). Depois, acompanhando a visão social, atribui, a essa declaração, efeitos, em correspondência com os efeitos manifestados como queridos (efeito constitutivo de relações jurídicas - característica secundária), mas, já então, somente desde que, *in concreto*, haja os demais pressupostos de existência, e, ainda principalmente, os de validade e eficácia.

Posto isso, entende-se que o negócio jurídico pode ser estudado como sendo a manifestação de vontade feita de acordo com o estabelecido no ordenamento positivo e que seja apta a produzir os efeitos queridos pelas partes; porém, no seu processo de formação, têm de ser observados todos os elementos jurídico-sociais necessários à produção válida dos seus efeitos, inclusive os requisitos implícitos que constituem o objeto do nosso estudo, quais sejam manifestação de vontade *livre e declarada* e, especialmente, boa-fé *objetiva.*

Adicione-se que a jurisprudência, ao ajuizar da validade dos usos, em uma aproximação muito grande do nosso sistema ao do *common law*, irá ditar as regras aptas a reger imperiosamente os negócios jurídicos de crédito, configurando-se um processo de criação do direito pela decisão judicial e se implementando um instrumento importante para a concretização dos fins sociais previstos na lei.

3 A boa-fé objetiva

Acredita-se que limitar o sentido da expressão boa-fé não foi a intenção do legislador que editou o Código Civil em vigor, porquanto não a definiu minuciosamente. Sustenta-se que as razões a serem seguidas estão na lei, as quais devem ser interpretadas razoavelmente pelo Poder Judiciário, último responsável pela criação e aplicação do direito em cada caso concreto, frise-se. No item seguinte do presente estudo, será transcrita a definição legislativa constante do Código Comercial Uniforme dos Estados Unidos da América, local em que os usos e o direito consuetudinário têm especial relevância, como é sabido. Além disso, existem princípios do direito internacional que podem ser úteis para que se entenda o real sentido prático da modificação feita no atual direito privado do Brasil.

3.1 Compreensão

No Brasil, de acordo com a nossa realidade e nos dias atuais, sabiamente se optou por cláusulas abertas, que demandam a interpretação do juiz para se aferir o que válido, justo, proporcional e razoável em cada caso concreto.

O professor Rizzato Nunes (2005) alerta que é necessário deixar-se claro que, quando se fala em boa-fé objetiva, tem-se que afastar o conteúdo da conhecida boa-fé subjetiva, a qual diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É, pois, a falsa crença sobre determinada situação pela qual o detentor do direito acredita em sua legitimidade, porque desconhece a verdadeira situação. Ensina, ainda, que se pode, grosso modo, definir a boa-fé objetiva como sendo uma regra de conduta a ser observada pelas partes envolvidas numa relação jurídica. Essa regra de conduta é composta basicamente pelo dever fundamental de agir em conformidade com os parâmetros de lealdade e honestidade. Anote-se bem, a boa-fé objetiva é fundamento de todo sistema jurídico, de modo que *ela pode e deve ser observada em todo tipo de relação existente*, é por ela que se estabelece um equilíbrio esperado para a relação, qualquer que seja esta. Este equilíbrio - tipicamente caracterizado com um dos critérios de aferição de Justiça no caso concreto -, é verdade, não se apresenta como uma espécie de tipo ideal ou posição abstrata, mas, ao contrário, deve ser concretamente verificável em cada relação jurídica (contratos, atos, práticas, etc.).

Venosa (2005) ensina que o Código Civil atual busca uma aplicação social do Direito, dentro de um sistema aberto, sendo o princípio da boa-fé objetiva um elemento dessa manifestação. Esclarece que, nos contratos e nos negócios jurídicos em geral, os declarantes buscam, em princípio, o melhor cumprimento das cláusulas e manifestação a que se comprometem. O que se tem em vista é o correto cumprimento do negócio jurídico, ou melhor, *a correção desse negócio.* Cumpre que se busque, no caso concreto, um sentido que não seja estranho às exigências específicas das partes no negócio jurídico.

Amaral (2004) doutrina que a perspectiva da boa-fé objetiva significa a consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou a imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte, o que é próprio de um comportamento leal, probo, honesto, que traduz um dever de lisura, correção e lealdade, a que o direito italiano chama de *correttezza*. No que se refere especificamente ao art. 113 do atual Código Civil, ensina o gabaritado civilista:

> Ora na boa-fé objetiva reconhecem-se três funções, a interpretativa, no sentido de ser um critério para se estabelecer o sentido e alcance da norma, a integrativa, no sentido de que se constitui em princípio normativo a que se recorre para preencher eventuais lacunas, e ainda uma função limitadora de direitos subjetivos, principalmente no campo da autonomia privada. No caso do art. 113 do Código Civil, tem-se uma boa-fé objetiva imprópria, no sentido de que, sendo um princípio normativo que se realiza por meio da integração, é, neste caso, invocado como critério orientador no processo de fixação do conteúdo e sentido da declaração de vontade. Seria, a meu ver, um princípio com função interpretativa-integrativa.

Sobre o assunto em exame, é a lição de Reale (2003):

> Boa-fé é, assim, uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado sem distorções ou tergiversações, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes.
> Como se vê, a boa-fé é tanto forma de conduta como norma de comportamento, numa correlação objetiva entre meios e fins, como exigência de adequada e fiel execução do que tenha sido acordado pelas partes, o que significa que a intenção destas só pode ser endereçada ao objetivo a ser alcançado, tal como este se acha definitivamente configurado nos documentos que o legitimam. Poder-se-ia concluir afirmando que a boa-fé representa o superamento normativo, e como tal

> imperativo, daquilo que, no plano psicológico se põe como *intentio* leal e sincera, essencial à juridicidade do pactuado.
> É o que vê bem Judith Martins Costa quando afirma que a boa-fé, com o advento do novo Código Civil, se transformou em 'topos subversivo do direito obrigacional', funcionando 'como cânone hermenêutico integrativo do contrato; como norma de criação de deveres jurídicos, e como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos'.

Nos dias atuais, sem qualquer dúvida, nos negócios jurídicos de crédito, importa consubstanciar uma manifestação de vontade com eficácia suficiente a demonstrar o padrão objetivo de conduta adotado para se obterem os efeitos queridos quando da sua celebração. Agora, são muito importantes os fatos concretos do caso e as circunstâncias negociais para a validade do combinado, que integram o seu conteúdo útil e regem os seus efeitos. Não são mais absolutamente preponderantes as intenções subjetivas das partes. O processo de formação da obrigação contratual tem de ser inteiramente analisado e somente pode ser considerado válido no caso de ter observado o que a lei imperiosamente determina.

3.2 Direito comparado e regras internacionais

É unânime na doutrina pesquisada a origem romana do princípio da boa-fé. Na modernidade, é feita expressa referência pelos doutrinadores ao direito alemão, que exerceu influência mundial no que se refere ao assunto objeto deste estudo. Classicamente, trata a boa-fé objetiva de norma de comportamento que imperiosamente rege a conduta dos contratantes e obriga que eles não causem prejuízo ao outro no momento da celebração do contrato nem na sua execução.

No Brasil, por influência da raiz romano-germânica, a valorização do direito codificado sempre foi muito maior do que o chamado consuetudinário.

Nos Estados Unidos da América, uma das mais reconhecidas fontes secundárias do direito é o chamado "*Restatement (Second) of Contracts*", especialmente levando em consideração o conceito gozado pelos autores da referida publicação.

Destacado e relevante princípio que incide na formação dos contratos está descrito no § 205 da referida obra, segundo o qual todo contrato impõe às partes um dever de boa-fé e de lealdade[2] na sua execução e na sua obrigatoriedade. Nos Estados Unidos da América, a boa-fé é definida como sendo a honestidade de fato nas condutas ou nas transações em causa e a observância de razoáveis padrões comerciais de lealdade no comércio.

Corolário prático do princípio descrito no parágrafo anterior, no pragmático direito americano, não se admite uma conduta na execução do contrato que impeça a contraparte de obter os benefícios do ajuste ou, na tradução literal do inglês, de receber os frutos decorrentes do contrato. Ou seja, para que o negócio seja considerado celebrado de boa-fé, o ajuste tem de proporcionar benefício para ambas as partes. No caso de o contrato ser prejudicial para um dos interessados, consagrando uma

---

[2] *Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement. a. Meanings of "good faith." Good faith is defined in Uniform Commercial Code § 1-201(19) as "honesty in fact in the conduct or transaction concerned." "In the case of a merchant" Uniform Commercial Code § 2-103(1)(b) provides that good faith means "honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade."*

burla ou o aproveitamento de uma situação do momento, considera-se que não está presente o implícito dever de boa-fé e lealdade. [3]

No que se refere ao direito europeu, o Professor Alberto M. Musy (2001) doutrina que os estudiosos franceses, a partir dos anos setenta, expandiram a aplicação do princípio da boa-fé, considerando-o incidente no processo de formação dos contratos, bem como limitador do princípio da liberdade de contratar. Leciona que, no direito alemão, as obrigações contratuais se submetem ao padrão de boa-fé, mencionando o art. 242 do festejado BGB. Ensina, ainda, que o Código Civil Italiano de 1942 sofreu forte influência do mencionado artigo do direito alemão, e, por esse motivo, a legislação civil italiana ressaltou a importância da boa-fé nas relações contratuais em vários dispositivos, como, por exemplo: art.1.366 "O contrato deve ser interpretado de acordo com a boa-fé"; art.1.375 "O contrato deve ser executado de boa-fé"; art.1.175 "Devedor e credor devem se comportar de acordo com as regras da boa-fé e da lealdade" e finalmente, o artigo 1.337 prevê que, "no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, as partes devem se comportar de acordo com a boa-fé". Já com relação ao direito positivo inglês, o professor esclarece que não há um dever de boa-fé imposto aos contratantes, talvez porque se prefere acreditar que as próprias partes são aptas a solucionar sozinhas as questões de seu interesse; porém, o doutrinador adverte que a regra da eqüidade é ainda ressonante no direito inglês, oferecendo proteção judicial contra possíveis situações prejudiciais.

O Professor Álvaro Villaça Azevedo (2003) cita, ainda, o art. 227 do Código Civil português, de 1966, segundo o qual "Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte".

A Diretiva 93/13 do Conselho das Comunidades Européias, de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, estabelece no artigo 3.1 que uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato. [4]

Assimilando toda experiência, estudo e cultura dos juristas das mais variadas partes do mundo, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), ao qual o Brasil é filiado, em sua sessão de número 83, realizada em 2004, adotou a nova edição dos Princípios para os Contratos de Comércio Internacional. Neste trabalho, gostaria de destacar a regra 1.7., segundo a qual cada parte tem de agir de acordo com a boa-fé e a lealdade no trato comercial internacional, bem como que é vedado às partes excluir ou limitar esse dever. [5]

Trata-se da consagração mundial do princípio da boa-fé e da importância da sua incidência no âmbito do direito privado.

---

[3] *Generally, there is an implied covenant of good faith and fair dealing in every contract, whereby neither party shall do anything which will have the effect of destroying or injuring the right of the other party to receive the fruits of the contract* (AMJUR CONTRACTS § 370 17A Am. Jur. 2d Contracts § 370), acesso em 15.06.2006.

[4] Disponível em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:PT:HTML, acesso em 04.02.2007.

[5] *ARTICLE 1.7 (Good faith and fair dealing) (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty*. Disponível em http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf, acesso em 14.09.2006.

3.3 Legislação e jurisprudência sobre o contrato de crédito

O art. 192 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003.

O vetusto Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933, é conhecido como sendo a Lei da Usura. O enunciado da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal é de que as disposições do referido decreto não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional. O primeiro precedente da jurisprudência utilizado como fundamentação da súmula antes mencionada é o RE 78.953, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 05.03.1975. Consta, da terceira parte da ementa do decisório antes referido, que o artigo 1º do Decreto 22.626, de 1933, está revogado não pelo desuso ou pela inflação, mas pela Lei 4.595, de 1964, pelo menos no pertinente às operações com as instituições de crédito, públicas ou privadas, que funcionam sob o estrito controle do Conselho Monetário Nacional.

Assim, a norma infraconstitucional em vigor é a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.

Nada obstante, é imperioso frisar que, nos termos do art. 3º, § 2º, da Lei 8.078, de 1990, incidem nos contratos celebrados pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o assunto é clara a recente jurisprudência dos Tribunais Superiores. O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 297, estabelecendo a orientação de que "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras". Atualmente, não há mais qualquer dúvida sobre o raciocínio antes mencionado, pois, decidindo definitivamente o assunto, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado em 07.06.2006 e publicado no DJ de 29.09.2006, adotou o entendimento de que as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, quando julgou improcedente o pedido formulado pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras (Consif) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.591. Consta do acórdão que o Poder Judiciário poderá exercer controle e revisão, nos termos do disposto no Código Civil de 2002, em cada caso, sendo alegada a ocorrência de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. [6]

Assim, deve ser apurado se o contrato é válido ou se, em sentido diametralmente oposto, se caracterizou alguma das nulidades previstas no Código Civil de 2002 ou no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

3.3.1 Positivação da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro

---

[6] Disponível em www.stf.gov.br, acesso em 10.10.2006.

O Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 4º, III,[7] e 51, IV, [8] inovou o ordenamento jurídico pátrio ao positivar o princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo.

Acrescente-se, ainda, que, nos termos dos incisos do art. 6º do Código antes mencionado, constitui direito básico do consumidor 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; 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; a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Ainda, é imperioso afirmar que o art. 39, V, veda que se exija do consumidor vantagem manifestamente excessiva, sendo que o inciso XI proíbe a aplicação de fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

A preocupação com o equilíbrio material do conteúdo do contrato de crédito é bastante enfatizada. Nada obstante, não se trata de conceito novo no Brasil, pois o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil já estabelece há muitos anos que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Por sua vez, como já ressaltado, o novo Código Civil brasileiro sintetiza diretrizes válidas para todo o sistema ao dispor que no seu art. 113 que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". Reale (2003) diz que o Código Civil em vigor volta a dar importância ao direito consuetudinário, o qual foi banido do Código anterior, que atuava somente como um sistema de normas legais, por sinal que rigorosas e auto-suficientes, em contraste com o ora vigente, com suas regras genéricas e abertas, que permitem ao advogado e ao juiz apreciarem as relações jurídicas *in concreto*.

Observa-se que atualmente a boa-fé objetiva se consolidou definitivamente como cânone fundamental com o advento do atual Código Civil, pelo conteúdo ético e moral que imprime a todas as relações jurídicas de direito privado (TJRJ, 8ª C. Cível, Apelação nº 2005.001.060207, Relatora a

---

[7] "III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

[8] "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;
(...)
§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.
§ 2° A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes".

Des.ª Letícia Sardas, j. em 14.06.2005). Porém, não se trata de novidade no Brasil. O Código Comercial do longínquo ano de 1850 já fazia referência ao referido princípio geral de direito. [9]

O vigente Código Civil indica ainda os princípios que disciplinam a formalização dos contratos, uma vez que dele constam os arts. 421 e 422, os quais estabelecem que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, bem como que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

É interessante afirmar que existe atualmente o Projeto de Lei nº 6.960, de 2002, tramitando perante o Congresso Nacional com o intuito de modificar, dentre outros, a redação do art. 422 para a seguinte:

> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da eqüidade.

A justificativa constante da proposta de alteração é a seguinte: [10]

> Art. 422: O dispositivo apresenta, conforme aponta o Desembargador Jones Figueiredo Alves, insuficiências e deficiências, na questão objetiva da boa-fé nos contratos. As principais insuficiências convergem às limitações fixadas (período da conclusão do contrato até a sua execução), não valorando a necessidade de aplicações da boa-fé às fases pré-contratual e pós-contratual, com a devida extensão do regramento.

A ilação obrigatória é que o legislador brasileiro reconhece a mundial relevância da boa-fé, bem como que há uma tendência de se prestigiá-la ainda mais, inclusive estendendo a irradiação dos seus efeitos para a fase pós-contratual. Assim, será minuciosamente esclarecida a sua esfera de incidência, reduzindo inclusive as críticas da doutrina, para que não exista mais sequer sombra de dúvida sobre a sua aplicação em *todos* os contratos celebrados, inclusive desde as primeiras negociações. Corroborando a assertiva supra, registre-se que o Conselho da Justiça Federal[11] já se pronunciou a respeito do assunto em sua primeira Jornada de Direito Civil, concluindo que o "art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé objetiva nas fases pré e pós-contratual".

4 Interpretação do negócio jurídico de crédito e a boa-fé objetiva

Azevedo (2002) faz menção a dois sistemas de interpretação dos negócios jurídicos: a) o francês, que dá importância fundamental à pesquisa da intenção, admitindo outras regras apenas como adminículos para a procura da vontade real; e b) o alemão, que distingue entre negócios jurídi-

---

[9] "Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e à natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras".

[10] Disponível em http://www2.camara.gov.br, acesso em 14.09.2006.

[11] *Apud* NICOLAU, Gustavo Rene. Implicações práticas da boa-fé objetiva. *Revista IOB Direito Civil e Processual Civil*, ano VII, n. 39, p. 7-16, jan.-fev. de 2006.

cos em geral e contratos (e negócios patrimoniais análogos), predominando, para a interpretação dos primeiros, a intenção, e admitindo-se, para a interpretação dos segundos, em posição de paridade, a pesquisa da vontade real e o atendimento às exigências da boa-fé, aliada aos usos e costumes.

A redação do art. 85 do Código Civil de 1916 era de que nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem. A redação do art. 112 do Código Civil atual é que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Trata-se de evolução legislativa, a nosso ver. Entende-se melhor que se não dê mais tanta importância à intenção, como no Código Civil revogado, pelas óbvias dificuldades de apurar questões subjetivas. Agora, a vontade consolidada está objetivamente mais tutelada. Quanto mais clara a negociação, melhor. Assim, excelente opção fez o legislador pela boa-fé objetiva.

Considera-se ser bem mais fácil aferir, na prática, por exemplo, se o processo de formação do negócio jurídico que deu origem ao contrato de crédito fora celebrado de forma livre, consciente e de boa-fé, de acordo com os usos do lugar, bem como se atingiu a sua precípua e obrigatória finalidade social.

Alguns sustentam que muitas decisões judiciais proferidas com base nos princípios atualmente em vigor seriam excessivamente subjetivas e discricionárias, revelando não mais do que a opinião do Poder Judiciário, o que acarretaria imprevisibilidade e até mesmo insegurança ao ordenamento positivo e, em última análise, quebrariam a espinha dorsal de um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, qual seja a autonomia da vontade, consagrada pela liberdade de contratar.

A reação conservadora contra as chamadas cláusulas abertas é incisiva. Talvez porque as iniqüidades anteriormente verificadas nos negócios particulares não incomodavam os responsáveis pela criação do direito. Outro argumento de cunho antropológico, mas que não pode passar despercebido para o direito, é de que as desigualdades sociais geradoras de crises do direito reclamam solução por parte do Poder constitucionalmente instituído para fazê-lo. A coletividade, de maneira geral, não mais aceita as desigualdades rotineiramente verificadas na realidade brasileira. Ao contrário, clama fervorosamente para que se observem os objetivos e compromissos claramente assumidos no texto da Constituição da República.

Registre-se, por imperioso, que a opção por cláusulas abertas foi do legislador do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, delegando ao juiz a análise da aplicação dos dispositivos legais ao caso concreto. Assim, ao apreciar o direito subjetivo refletido pelo conteúdo do contrato, o juiz não estará fazendo nada mais do que cumprir o comando do art. 127 do Código de Processo Civil, o qual determina que o juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei. É mais do que sabida a proximidade existente entre os conceitos de boa-fé e eqüidade, porquanto ambos consagram os efeitos da ética sobre o direito positivado.

Em estudo intitulado “Eqüidade”, adverte o Professor Osmar Brina Corrêa Lima:

> A correta aplicação da eqüidade ocorre quando o juiz, sem desconsiderar a lei, procura realizar o seu verdadeiro conteúdo espiritual, porque, como revela a Bíblia, ‘a letra mata e o espírito vivifica’. Almeida Melo (1997) traduziu com perfeição a correta aplicação da eqüidade, ao afirmar que ‘o apelo à eqüidade está em evitar que o direito por demais estrito seja a injustiça demasiado grande (*summum jus summa injuria*)’.

Dalmo de Abreu Dallari, com a autoridade que lhe é reconhecida, assim se pronunciou em recente artigo:

> (...) Quanto à possibilidade de que os juízes venham a assumir um novo papel social e político muito mais ativo, em face do Direito novo, não há dúvida de que essa possibilidade existe, mas, evidentemente, há necessidade de adaptação às novas circunstâncias. Essa adaptação começa pela formação dos futuros juízes, que não poderão ser 'devotos do Código', legalistas formais ou 'escravos da lei', mas deverão preparar-se adequadamente para conhecer e avaliar com sensibilidade os fenômenos sociais que informam a criação do Direito e estão presentes no momento de sua aplicação, sem esquecer que a prioridade deve ser dada à pessoa humana, sem privilégios e discriminações.

Atualmente, o Poder Judiciário é reconhecidamente muito mais cobrado e bem mais presente na rotina das pessoas. Ultimamente, reconheceu-se ao juiz a discrição equilibrada para decidir de acordo com o que lhe parece ser justo e razoável.

Musy (2001) [12] ensina que a francesa "*bonne foi*", a alemã "*Treu und Glaube*", a italiana "*buona fede*" e "*correttezza*" e a inglesa "*good faith*" não são situações sinônimas; elas são fenótipos de um genótipo mais amplo, oferecendo aos profissionais da lei uma maneira alternativa de tentar evitar o brutal prejuízo em decorrência da aplicação estrita das regras do "*contrat, Vertrag or contract*". Todos os sistemas requisitam alguma discricionariedade judicial em nome do justo.

Partindo da referida premissa, devem ser evitados os desvios de rota aptos a produzir desequilíbrios e levar as partes para situações absolutamente diversas daquelas previstas originariamente no contrato.

Com efeito, o parâmetro a ser atingido na atividade interpretativa do contrato de crédito desenvolvida com ênfase na boa-fé objetiva é aferir a perfeita adequação legal daquilo que fora avençado, bem como se o preço pago é justo e não causa lesão. Sob esse prisma, devem ser levadas em consideração especialmente as condições de validade do negócio jurídico, explícitas e implícitas. De acordo com o pensamento de Azevedo (2002), o negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico.

O professor Joaquim de Souza Ribeiro (2005) ensina que ocasionar, pela conformação contratual, uma "desvantagem exagerada" à contraparte comporta sempre, no contexto aplicativo da norma, uma violação da boa-fé. Leciona ainda que a experiência legislativa européia, a partir do diploma alemão sobre condições negociais gerais, abona eloqüentemente esta perspectiva. Afirma o professor sobre o controle judicial do contrato:

> Onde se constata, em certas zonas do tráfego ou em relação a certos mecanismos e circunstâncias da contratação, que os processos de auto-regulação, deixados a si próprios, não desempenham satisfatoriamente a tarefa de ordenação que lhes cabe, por não darem voz a todos os interesses relevantes, à liberdade contratual é retirada a sua genérica competência reguladora, ficando legitimado um *directo controlo* da razoabilidade e do equilíbrio dos termos contratuais.

Estamos na vigência do Código Civil do século XXI, e a realidade é que, atualmente, o juiz está obrigatoriamente investido da função de intervir no ajuste de vontades, no caso de o contrato não ter

---

[12] *"The French bonne foi, the German Treu und Glaube, the Italian buona fede e correttezza and the English good faith situations are not synonymous; they are phenotypes of a broader genotype offering the legal professionals a way out from the harshness of the strict application of the rules of contrat, Vertrag or contract. They all call for some judicial discretion in the name of fairness.*"

sido preparado de acordo com os princípios que, na modernidade, compulsoriamente têm de impregnar a formação do negócio jurídico. Em síntese: publicizou-se o direito civil, ainda que existam resistências contra a tendência legislativa atual. Esclareça-se melhor: humanizou-se o direito privado, atualmente absolutamente devoto dos princípios da justiça social e comutativa, afastando-se a possibilidade de interpretação egoística com base no apego servil ao literalismo.

4.1 Dever de informar

Sustenta-se que uma das principais conseqüências da boa-fé é o dever de informar, ou seja, de revelar para o interessado tudo aquilo que estiver relacionado com o negócio jurídico que ele está celebrando, possibilitando a mais ampla compreensão do conteúdo do ajuste e das suas conseqüências.

Sobre a declaração de vontade, leciona Azevedo (2002):

> (...) a declaração de vontade, tomada primeiramente como um todo, deverá ser: a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má-fé (se não for assim, o negócio poderá ser nulo, por exemplo, no primeiro caso, por coação absoluta, ou falta de seriedade; anulável por erro ou dolo, no segundo; por coação relativa, no terceiro; e por simulação, no quarto).

Como já afirmamos anteriormente, a boa-fé objetiva é atualmente vetor da produção jurídica no direito privado em todo o País e gera conseqüências inderrogáveis. Judith Martins Costa (1998) ensina:

> Com efeito, da boa-fé nascem, mesmo na ausência de regra legal ou previsão contratual específica (84), os deveres, anexos, laterais ou instrumentais (85) de consideração com o *alter*, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo, os quais, enucleados na conclusão e desenvolvimento do contrato, situam-se, todavia, também nas fases pré e pós-contratual, consistindo, em suma, na adoção de 'determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato (...) dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da contratação' (86).
> O que importa bem sublinhar é que, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários. Estão, antes, referidos ao exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente. Dito de outro modo, os deveres instrumentais 'caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes', servindo, 'ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato...' (87).

Entendo que, de maneira muito especial, o dever de informar é o que verdadeiramente permite às partes avaliarem exatamente aquilo que estão contratando, ou seja, é o que essencialmente realiza o princípio da liberdade de contratar. Registre-se, novamente, que a vontade de contratar *livre e consciente* constitui requisito de validade do negócio jurídico. Ao menos em tese, quanto maior o número de informações reciprocamente apresentadas - especialmente nas tratativas realizadas na fase pré-contratual - maior a possibilidade de as partes celebrarem um contrato que efetivamente atenda aos seus interesses. É direito do consumidor conhecer com precisão a obrigação que está assumindo, no momento da formação do ajuste (TJMG, Apelação Cível nº 1.0105.04.124581-9/001, Relatora: Des.ª Heloísa Combat, julgada em 03.08.2006, disponível em www.tjmg.gov.br, acesso em 01.02.07).

De acordo com Azevedo (2003), desde o início, devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando

razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa.

No Brasil, as operações de crédito têm de ser autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional, mas a liberdade de remuneração foi assegurada aos bancos no fundamento jurídico contido no enunciado da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, afastando a incidência da chamada Lei da Usura nos contratos celebrados com as financeiras. Registre-se que o tabelamento dos juros não foi solução de sucesso no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto a definição de limites máximos por texto legal não produziu os efeitos esperados.

Na ADIN 2.591, já mencionada neste trabalho, foi ainda adotado o raciocínio de que ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro, bem como que ao Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia.

Em verdade, não existe lei específica - compreendida como ato legislativo formal emanado do Poder competente para editá-lo - que limite objetivamente o percentual dos juros a serem cobrados dos clientes dos bancários nem a maneira do seu cálculo. Cabe aos juízes de Direito Privado fazer justiça mediante a percuciente análise de cada caso concreto, investigando especialmente com base nas disposições sobre o ônus da prova se os requisitos legais de validade do negócio jurídico foram devidamente observados.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental interposto aos Embargos de Declaração opostos no Agravo de Instrumento nº 746433/RJ, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, julgado pela Terceira Turma em 28.06.2006, publicado no *DJ* de 1º.08.2006, p. 437, adotou o entendimento de que, por força do art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, é possível a capitalização mensal dos juros nas operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que pactuada nos contratos bancários celebrados após 31 de março de 2000, data da publicação da primeira medida provisória com previsão dessa cláusula (art. 5º da MP 1.963/2000), conforme precedentes indicados.

Com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça antes mencionada, verifica-se que, nos contratos recentes, não existe mais oportunidade para a incidência da Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal.

A constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, está sendo questionada perante o Supremo Tribunal Federal, e não há decisão definitiva, porque o julgamento da liminar se encontra suspenso. Lado outro, a validade da referida medida provisória está sendo reconhecida pela Segunda Seção do STJ. O parágrafo único do art. 5º da medida provisória estabelece que:

> Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais.

A referida legislação se aplica no interesse público, tanto para permitir a liberdade de atuação dos bancos quanto para mostrar o padrão de comportamento que as instituições financeiras têm de adotar objetivamente na sua relação com os seus clientes: a transparência é o que deve imperar.

Trata-se de um bom parâmetro, porquanto apto a esclarecer as informações que obrigatoriamente têm que ser expostas aos interessados, desde as tratativas iniciais e que também devem constar do contrato na fase final da celebração, para que o referido ajuste possa ser considerado de observância compulsória. Observa-se que referida planilha é específica para o caso de contrato bancário e realiza amplamente o comando legislativo contido no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, para que se apure se o dever de informar foi objetivamente respeitado, considera-se que a declaração de vontade deve ser aferida no seguinte plano: o contratante deve ter ao menos a condição de prever minuciosamente as responsabilidades econômicas que lhe serão impostas no momento da contratação, de maneira determinada ou ao menos determinável. Ou seja, a informação a lhe ser passada tem de ser adequada, clara e precisa. Se assim não for, não se vislumbra como, no futuro, impor-lhe uma surpresa desagradável e conta verdadeiramente kafkaniana e lesiva aos interesses do tomador do crédito.

Geraldo de Faria Martins da Costa se manifesta sobre o assunto em exame:

> É por isso que a todo fornecedor de crédito é imposta uma obrigação primária de não enganar o consumidor (arts. 6º, III; 31; 37, § 1º, c.c. o art. 67; e art. 38, todos do CDC). Nesse diapasão, a Corte de Cassação Francesa (*Cour de Cassation*), em um julgado de 10.05.1989, sancionou, a título de dolo por reticência e de infração da obrigação de contratar de boa-fé, o estabelecimento bancário que, mesmo sabendo da precária situação financeira de seu devedor, omitiu esta informação ao fiador, induzindo este último a assumir a fiança.
> Não só a omissão dolosa deve ser combatida. O legislador busca um consentimento esclarecido pelo cumprimento adequado da obrigação positiva de informar, com o objetivo de prevenir os litígios, de dissipar a falta de clareza, de estimular a escolha racional do consumidor de crédito. O Judiciário deve ficar atento ao descumprimento generalizado da obrigação positiva de informar adequadamente o consumidor de crédito. Este tem direito a informações de boa-fé (art. 4º, III, c.c. o art. 6º, III, do CDC), completas, adequadas, postas em forma de menções precisas (art. 52 do CDC) e escritas (art. 54, §§ 3º e 4º, do CDC, c.c. o art. 13, XX, do Dec. 2.181/1997).

Contratos de crédito excessivamente longos e demasiado complexos, dos quais constam letrinhas miúdas e cláusulas que fazem referências indiretas a cestas de tarifas, não são suficientes, nos termos da legislação transcrita neste estudo. A ilação mais do que obrigatória é que é defeso ao banco deixar de mostrar o valor exato, determinado ou determinável, que o tomador irá pagar, criando, no sentido inverso, indecifráveis labirintos ou então um verdadeiro quebra-cabeças de taxas, encargos contratuais e juros, além de várias outras cobranças sem explicação clara. Ora, é óbvio que a instituição financeira não pode se valer da sua falta de transparência no momento do combinado para atingir uma cobrança desautorizada, porquanto ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

A Diretiva 93/13 do Conselho das Comunidades Européias, de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, estabelece no artigo 4.2 que a avaliação do caráter abusivo das cláusulas não incide nem sobre a definição do objeto principal do contrato nem sobre a adequação entre o preço e a remuneração, por um lado, e os bens ou serviços a fornecer em contrapartida, por outro, *desde que essas cláusulas se encontrem redigidas de maneira clara e compreensível*. [13]

---

[13] Disponível em em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:PT:HTML, acesso em 04.02.2007.

4.2 Deveres de consideração e de cuidado

Em razão da adoção do requisito da boa-fé objetiva, nos dias atuais, aquele que irá formalizar negócios jurídicos tem de agir como homem probo, correto e honesto.

A lição de Nicolau (2006) é de que a boa-fé objetiva impõe às partes contratantes deveres que não são os centrais ou nucleares, mas que estão anexos, marginais, laterais ao contrato e que muitas vezes nem sequer foram redigidos. São obrigações decorrentes justamente daquela justa expectativa que existe em nossas relações sociais de sempre lidar com pessoas íntegras e probas. São deveres de proteção ao contratante que concernem principalmente à segurança do contratante, ao sigilo que resguarda a intimidade e a vida privada do cidadão, à plena informação dos termos contratados, evitando subterfúgios ou penumbras de interpretação no contrato, ao zelo e à lealdade que os contratantes devem guardar um em relação ao outro.

Assim, não prevalece mais unicamente o pensamento liberal dos séculos XIX e XX, muito menos a boa-fé subjetiva. Nos dias atuais, a influência germânica (art. 242 do BGB)[14] é evidente, e existe um dever de revelar honestidade, transparência e lealdade pelo padrão de comportamento. Desde o início da negociação, deve o contratante oferecer ao outro o maior número possível de informações, exteriorizando a consideração com os interesses da contraparte, especialmente por possibilitar a previsão dos efeitos residuais do ajuste e por evidenciar a confiança que há de imperar para que o combinado produza validamente os seus efeitos.

Na oportunidade em que o crédito é concedido, também deve o banco procurar obter o maior número possível de informações para aferir se o recebedor tem condições objetivas de realizar o pagamento a que se comprometeu, porquanto não faz sentido permitir a celebração de um ajuste que irá certamente culminar no inadimplemento, por absoluta falta de capacidade financeira do tomador do crédito. É mais do que evidente que a análise de crédito para a formalização do contrato é importantíssima e deve, sim, integrar o seu conteúdo útil. Um cadastro com boas informações constitui verdadeiro facilitador da identificação do contratante e é praticamente imperioso. Ora, quando a análise do caso concreto permite a conclusão de que o cuidado não se fez presente, pode-se afirmar que a instituição financeira foi negligente ao conceder o crédito sem observar o dever objetivo de cautela nas tratativas negociais, as quais deram início ao processo de formação do contrato.

A lição de Lopes (2006) é de que é preciso determinar os mecanismos jurídicos e sociais que cooperam no endividamento. Assim, no Brasil, a maior parte do crédito é adiantado como crédito pessoal, sem garantias. Não parece haver, da parte dos mutuantes, os cuidados mínimos no emprestar, confiados na liberdade de fixar os juros que incorporam facilmente o custo das transações em pouquíssimas prestações. Mas, também para saber isso com números, é necessário fazer pesquisas, a despeito das enormes reticências que se encontrarão junto às instituições financeiras. Hoje a situação está mais dramática, visto que o crédito consignado automatiza o empréstimo e dispensa cuidados do mutuante.

Costa (2006) ensina que, numa visão individualista, a questão do consumidor superendividado é tratada como um problema pessoal, de causas internas ou psicológicas, por ser uma pessoa descontrolada, esbanjadora, perdulária e má pagadora. Leciona, ainda, que é muito fácil atribuir a

---

[14] "BGB § 242 – O devedor é obrigado a cumprir a sua obrigação de boa-fé, atendendo às exigências dos usos do tráfego jurídico."

inadimplência às causas internas, esquecendo-se das causas externas do problema. É muito fácil esquecer que os produtos e serviços e o próprio crédito, utilizado como argumento publicitário, foram ofertados por meio de poderosos aparatos de propaganda. Cita, ainda, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2005.002.27037, realizado pela Décima Oitava Câmara Cível em 17.01.2006, em que a Corte assimilou o entendimento de que não é admissível o deferimento de uma medida cautelar para determinar que "o Banco se abstenha de dar cumprimento à cláusula contratual que permite débito em conta corrente". Menciona, ainda, que a Corte, por um lado, considerou abuso de direito oferecer empréstimos sem uma cuidadosa e responsável análise da capacidade de endividamento do tomador, o que violaria a boa-fé objetiva e não poderia contar com o beneplácito do Judiciário; por outro lado, deve ser aferido se o beneficiário do crédito não seria pessoa esclarecida e consciente dos riscos implícitos na tomada de diversos empréstimos bancários e na utilização descontrolada dos limites do cheque especial. Nas suas considerações finais, o referido autor concluiu afirmando que "[E]m matéria relativa ao problema social do superendividamento do consumidor, o princípio da boa-fé se impõe em todos os sentidos. A solidariedade e a luta contra as exclusões são imperativos nacionais".

O ordenamento jurídico já está assimilando o entendimento acima. A Lei nº 10.820, de 17.12.03, com a redação da Lei nº 10.953, de 27.09.04, fixa o valor máximo de comprometimento/desconto no contracheque de 30% da renda líquida.

4.3 Dever de execução precisa do combinado

É imperioso que se respeite e se procure observar o equilíbrio verificado no momento da contratação. Especialmente nessa oportunidade, a confiança e a alteridade são instrumentos essenciais para evitar a caracterização da onerosidade excessiva.

De acordo com Peres (2005), a vantagem da boa-fé objetiva é impor aos contratantes um modelo de comportamento que os direcione à eqüidade, desimportando se alguma das partes conhecia ou não o vício. A cláusula geral de boa-fé fornece ao julgador o substrato teórico que, a partir dos fatos concretos, irá levá-lo a decidir de maneira equânime tal qual se espera da realização de um contrato, bem como serve de meio para re-equilibrar as forças contratuais.

Para que se conserve a essência do combinado - em verdade, como sustentado por Miguel Reale, do encontro das vontades atingido no momento exato da celebração do ajuste -, é mister salientar que cada parte deve à outra o dever recíproco de cooperação, com o objetivo de se dar plena eficácia àquilo que fora efetivamente celebrado.

Na realidade, a boa-fé objetiva somente se verifica quando há a abstenção de vantagem para um em detrimento do empobrecimento sem causa do outro. Nos dias atuais, o espaço legislativo para um contrato vantajoso para apenas uma das partes está infimamente reduzido, pois não se pode admitir como se fosse certo um efeito diametralmente oposto ao procurado quando da celebração da avença. O negócio jurídico deve ser interpretado para que se obtenham os verdadeiros objetivos procurados pelas partes quando da sua celebração, aferindo-se como se deu a negociação e impedindo-se a produção de efeito não desejado, qual seja: o contrato não pode ser desvirtuado da sua finalidade precípua e servir de óbice à realização do bem comum. Antes o contrário, deve sempre contribuir para a consecução desta última finalidade, colimada tanto pelo legislador constituinte quanto pelo infraconstitucional.

Assim, se uma das partes vislumbrar uma oportunidade de levar vantagem exagerada no combinado além daquilo que inicialmente restou ajustado, não estará atuando de acordo com a boa-fé, e,

na verdade, estará sendo contrariado o princípio universalmente aceito que veda o enriquecimento ilícito. Não se aceita que o tomador do empréstimo seja enganado. Exige-se que o banco não tenha a intenção deliberada de se aproveitar do devedor. Ou seja, a boa-fé objetiva não se coaduna com o oportunismo, antes o contrário, a boa-fé se verifica exatamente quando o contrato não permite a ocorrência de uma oportunidade para uma das partes conseguir mais do que o razoavelmente devido para aquele caso concreto. Assim, em sentido econômico, boa-fé é a exata oposição de oportunismo, conforme a síntese dos professores da Universidade de Montreal, Canadá, Ejan Mackaay e Violette Leblanc. [15]

4.4 Honestidade e eficácia restritiva do conteúdo do contrato

É intuitivo o efeito econômico decorrente da observância do requisito da boa-fé objetiva sobre o preço a ser pago no contrato de crédito. A honestidade comercial somente é observada quando há a correção da contraprestação exigida. Objetivamente, o contratante honesto, informado e esclarecido não pode aceitar receber mais do que o justo, sob pena de se ferir o imperativo ético que se impõe e se realiza em cada caso concreto.

Sobre o assunto em exame, registre-se a lição de Eduardo de Oliveira Gouvêa (2003), segundo o qual é inegável que o princípio da eticidade é um dos mais importantes, dentro do sistema de valores adotado pelo novo Código Civil, alterando a superada ética instalada pelo pensamento liberal, ao criar um pensamento ético e exigir uma atitude negocial revestida pela ética, que descarta, até mesmo, e principalmente, o determinado *dolus bonus*. Ou seja, não se pode mais admitir que um negócio feito com o intuito da vantagem não merecida, do engano, em resumo, do oportunismo exagerado possa produzir efeitos, em face do estabelecido no ordenamento positivo-constitucional.

Cláudia Lima Marques ensina que a doutrina européia atual se manifesta pela necessidade de uma razoável equivalência de prestações, em face do princípio da igualdade no direito privado. Diz que, em especial, merece análise a tendência da doutrina alemã atual, que, com base nos deveres de cooperação da boa-fé e na antiga exceção da ruína, está ativamente estudando a existência de um dever geral de renegociação nos contratos de longa duração. Afirma ainda a doutrinadora:

> Estes autores alemães partem da premissa de que haveria uma cláusula ou um dever de modificação de boa-fé (no caso brasileiro, com previsão expressa no art. 6º, V, do CDC) dos contratos de longa duração, sempre que exista quebra da base objetiva do negócio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) e onerosidade excessiva daí resultante. Assim, considera a parte majoritária da doutrina alemã que haveria uma espécie de dever *ipso jure* de adaptação (*ipso jure-Anpassungspflicht*) ou dever de antecipar e cooperar na adaptação, logo, dever (ou para alguns *Obligenheit*) de renegociar (*Neuverhandlungspflicht*) o contrato.
> Interessante é que a doutrina alemã vai buscar no direito comercial (na *lex mercatoria* dos princípios dos contratos internacionais do UNIDROIT e na teoria da *law and economics*) a origem da aceitação deste dever, considerando *usus* comercial incluir tais cláusulas de readaptação nesses contratos, retirando daí a necessidade de a lei incluir claramente este dever nos contratos civis, especialmente naqueles entre partes com forças de negociação diferentes (onde a inclusão da cláusula é improvável), como concretização atual da boa-fé. A base desse dever é, pois, em resumo, o novo *standard* de boa-fé nas negociações e na execução dos contratos no tempo.

---

[15] "*This article has explored what the economic analysis of law has to offer by way of clarification of the concept of good faith. In an economic analysis, the law of contracts appears to have two broad functions: to reduce transactions costs and to curtail opportunism. Good faith, or rather its absence, is linked to the second function. Good faith is the exact opposite of opportunism*".

Acrescente-se, ainda, que a liberdade de remuneração assegurada aos bancos pelo fundamento jurídico contido no enunciado da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal não equivale a um salvo-conduto para a instituição financeira cobrar aquilo que ela entender devido, sem a prévia e específica autorização do cliente, sob o singelo argumento de que não existe proibição legal, mas sim autorização da normatização administrativa do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil nesse sentido. Cobranças surpreendentes e subliminares - como se fossem coelhos tirados da cartola - servem apenas para desequilibrar a já bastante desigual sociedade brasileira e não atendem aos vários dispositivos de lei transcritos neste estudo.

Também não se pode olvidar que a súmula do Supremo Tribunal Federal antes mencionada foi editada na década de setenta, muito antes da Constituição Federal, promulgada em 05.10.1988, do Código de Defesa do Consumidor e do atual Código Civil.

É a seguinte a visão do economista Eduardo Giannetti sobre o assunto, *verbis*:

> Os termos de troca entre presente e futuro - a relação entre a parte da renda cedida para custear os investimentos, de um lado, e o valor do produto adicional obtido para consumo, de outro - definem a 'taxa natural de juros' (para utilizarmos aqui a expressão cunhada pelo economista sueco Knut Wicksell). Essa taxa, é possível mostrar, funciona como um eixo ou centro de gravidade ao redor do qual flutua, em condições normais, a taxa de juros cobrada pelos bancos por empréstimos em dinheiro. Pois, se os juros bancários se descolam da taxa natural, ficando muito acima ou abaixo dela, isso provoca a entrada em operação de mecanismos de mercado que tendem a anular essa divergência.
> Quando a taxa cobrada pelos bancos está, por exemplo, acima da taxa natural de juros, isso faz cair a demanda por empréstimos para novos investimentos e pressiona para baixo o preço dos fatores de produção, o que tende a deprimir os juros bancários e elevar o retorno esperado dos investimentos. Idem, na direção contrária, quando eles estão abaixo da taxa natural. Como sintetiza Adam Smith, 'aquilo que se pode comumente dar pelo uso do dinheiro é necessariamente regulado pelo que se pode comumente obter pelo seu uso'.

A concretização da boa-fé objetiva não tolera o juro abusivo como regra inclusive para os bons pagadores. Não se há de falar em visão esquerdista ou altruísta, como se fosse vedado ao interessado obter o lucro inerente ao sistema capitalista. Também não se pretende demonizar o credor. A intenção é demonstrar que a boa-fé objetiva é um dos sustentáculos do próprio sistema de direito que tem imperiosamente de viger em um estado liberal e capitalista, exatamente para que a sociedade desfrute da dignidade instituída como objetivo fundamental pela Constituição da República. Basta assimilar a lição de Adam Smith, reconhecidamente um dos maiores expoentes da teoria liberal. A boa-fé objetiva é um elemento diferenciador, que serve de base para a evolução do indivíduo e, conseqüentemente, da sociedade que ele integra. Ora, para que o sistema como um todo funcione bem, é imperativo que se proíba o desequilíbrio, ou seja, é mister que não se permita a obtenção de vantagem excessiva nos contratos levados a efeito, especialmente para que se evite a produção de efeitos nocivos indiretos que, em última análise, tornar-se-iam prejudiciais a toda a coletividade, no momento em que se concentraria o fluxo de dinheiro e se impediria a sua circulação de maneira mais capilarizada.

No Brasil, diferentemente de outros países como os Estados Unidos da América, ainda não existem agências reguladoras fortes o suficiente nem um mercado de consumo apto a incrementar uma concorrência efetiva entre as instituições financeiras. Assim, entendo que cabe ao Poder Judiciário restringir o conteúdo excessivo do contrato bancário que não observa os princípios gerais incidentes, especialmente nas hipóteses de os juros se descolarem da referida taxa natural e consagrarem um abuso do poder econômico praticado pelas casas bancárias. Tal intervenção há de ser feita com base nos parâmetros fornecidos pela lei e de acordo com a interpretação da jurisprudência

sobre a validade dos usos rotineiramente praticados pelos bancos, restringindo efetivamente o excesso, no caso de ficar provado que está sendo praticado um abuso.

O argumento de que os juízes brasileiros são condescendentes com as classes sociais menos favorecidas e tendem a decidir contra os credores, contribuindo para incrementar o valor dos juros exigidos pelas instituições financeiras, foi negado em recente estudo feito por Brisa Lopez de Mello Ferrão e Ivan César Ribeiro (2006). Os resultados obtidos pelos pesquisadores mostraram que o juiz afasta o contrato quando este descumpre a lei e que a chance de descumprimento da lei é maior quando o número de normas limitando a livre contratação é maior. Segundo os autores não existe, no Brasil, favorecimento voluntário à parte em desvantagem na relação, assim como o juiz não exorbita em suas atribuições, protegendo estas partes além do disciplinado em lei.

5 Vícios relativos: lesão, onerosidade excessiva e abuso de direito

A informação clara, precisa e adequada contribui de maneira efetiva para a justeza do negócio jurídico.

Diz o art. 157 do Código Civil de 2002 que "ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta". O § 1º do referido artigo estabelece que se aprecia "a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico", sendo que o § 2º determina que "não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito". O vício da onerosidade excessiva também é expressamente previsto no Código de Defesa do Consumidor, conforme já transcrito.

Ensina Álvaro Villaça de Azevedo (2003) que, pelos contratos, os homens devem compreender-se e respeitar-se, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses, e não um meio de opressão. Para que esse espírito de fraternidade nos contratos se preserve, no âmbito do direito interno, têm os Estados modernos lançado mão de normas cogentes, interferindo nas contratações, com sua vontade soberana, para evitar lesões. Vale transcrever o seguinte trecho:

> Ao direito repugna a atuação ilícita e mesmo o enriquecimento indevido, pois a lesão está presente neles.
> O fenômeno da lesão, no Direito Contratual, deve ser encarado objetivamente. Causado o prejuízo, estabelecido o nexo de causalidade e ocorrendo o desequilíbrio nas prestações, deve ser restabelecida a igualdade entre os contratantes.
> Isso porque o agravamento unilateral da prestação de uma das partes contratantes torna excessivamente onerosa sua obrigação e, por via de conseqüência, insuportável o cumprimento desta.
> Resumindo, nesta oportunidade, meu entendimento, julgo que a cláusula *rebus sic stantibus* pode ser admitida sem a moderna teoria da imprevisão, que reduz a sua intensidade, possibilitando sua aplicação somente em situações futuras e imprevisíveis.
> Para mim, portanto, a lesão enorme ocorre quando existe mero desequilíbrio contratual, desde que presentes graves modificações no contrato, pressupondo, assim, a álea extraordinária.

Considera-se claríssima e densa em conteúdo a lição do eminente jurista antes transcrita. Em verdade, o oportunismo de uma das partes não pode prevalecer para se sacrificar verdadeiramente o devedor e impor-lhe um valor incompatível com a natureza não aleatória do contrato de crédito, muito menos com a função social prevista pelo ordenamento positivo, que veda expressamente a ocorrência de lesão, da onerosidade excessiva e do abuso do direito ao contratar.

De acordo com Reale (2003), nos dias atuais, estamos longe da concepção romana - seguida pelo Direito anterior - conforme a qual *neminem laedit qui iure suo utitur*, ou seja, que, no exercício de

direito próprio, não se causa dano a ninguém. Pelo atual Código Civil, ao contrário, o direito subjetivo, como vimos, deve ser empregado de conformidade com a boa-fé e os usos do lugar. O contrato não pode ser utilizado como um instrumento que prejudique o outro.[16]

Caio Mário da Silva Pereira (2001) ensinou que, embora o Código de Defesa do Consumidor não se refira ao instituto da lesão, não faltam elementos para, conforme as circunstâncias, poder-se considerar presentes os elementos etiológicos característicos do instituto. Afirmou, ainda, que não será, portanto, heterodoxa a idéia de analisar esse diploma sob a inspiração da idéia-força central da lesão, citando, expressamente, a vedação à onerosidade excessiva, prevista no artigo 6º, V, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lecionou o doutrinador mencionado:

> Com esta norma, o novo Código entende que um contrato, que originariamente não seria lesionário, poderá importar em lesão para o consumidor, em decorrência de ocorrências supervenientes. Em assim acontecendo, cabe aplicar-se a tese, segundo a qual a lesão não conduz necessariamente à invalidade do contrato. Pode autorizar a sua sobrevivência, com redução de proveito (...)
> Numa sensível aproximação com os requisitos etiológicos do instituto da lesão, o Código do Consumidor fulmina de nulidade as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, ou exageradamente desvantajosas para o consumidor, atentando contra a boa-fé ou a eqüidade (art. 51, número IV); e ainda as que ameaçam o 'equilíbrio contratual', isto é, afrontam o princípio da justiça comutativa.

Sustento que se dá a atuação do Poder Judiciário, especialmente das instâncias ordinárias, exatamente para se apurar a correção do negócio, devendo ser feita uma operação de análise, em cada caso concreto e de acordo com o conjunto probatório apresentado, com o intuito de se aferir se o contrato celebrado está equilibrado ou, em sentido diametralmente oposto, se permite que um dos contraentes obtenha mais do que o justo e razoável, de acordo com os padrões de usos definidos pela jurisprudência como sendo aqueles rotineiramente aceitos no mercado e na sociedade. Além disso, a análise das provas a serem produzidas sob o crivo do contraditório é que vai apurar se o tomador do empréstimo era inexperiente ou se contraiu a dívida sob premente necessidade.

No que se refere à contraprestação paga pelo capital mutuado, entende-se, ainda, que não é o mercado financeiro, isoladamente, que pode decretar o valor dos seus lucros. Decisão em causa própria não pode ser considerada equilibrada, por óbvio. Ora, não faz sentido considerar que as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional não têm de se enquadrar naquilo que serve para todas as outras demais empresas, ou seja, que elas não têm de observar a função social da propriedade e do contrato.

Além disso, não existe justificativa plausível para se cobrar de todos os consumidores o valor máximo de juros exigido quando se trata de operação bancária de risco, porquanto realizada com devedor inadimplente contumaz. Assim, no caso de evidente desproporção entre os juros e encargos cobrados e o valor do contrato, considera-se que cabe ao Poder Judiciário intervir no ajuste de vontades para reconhecer a ocorrência de desonestidade comercial e violação direta ao princípio da boa-fé, caracterizando-se, ainda, lesão, onerosidade excessiva ou abuso de direito.

A lição de Alves (2003) é que o contrato não é apenas um instrumento jurídico, de interesses puramente interpessoais ou de operação de proveitos. O seu conteúdo deve importar nos fins de

---

[16] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

justiça e de utilidade, em superação do egocentrismo individual em que permeiam a fragilização do débil e a dominação do mais forte.

Afirma-se que o negócio jurídico de crédito analisado não trata de jogo de bolsa de valores, muito menos de roleta de cassino. Nos Estados Unidos da América, é sempre dado o exemplo de uma mesa de pôquer, local em que um contratante perde e o outro ganha, porquanto faz parte da natureza da relação estabelecida. Porém, o contrato de crédito não tem natureza aleatória e não é feito para tornar o banco cada vez mais rico, e o contraente do empréstimo não pode empobrecer sem causa jurídica. Atualmente, é vedado à instituição financeira receber muito mais do que o razoável e justo pelo financiamento fornecido. É óbvio que, dentro de um Estado Democrático de Direito, que adota a filosofia liberal e capitalista, a casa bancária deve, sim, receber um valor adequado e proporcional para remunerar o contrato que fez. Porém, afirmo que o lucro abusivo em detrimento do custo excessivo para a outra parte não constitui a função social do contrato, de acordo com o ordenamento positivo vigente, mas sim a facilitação de circulação de riquezas inerentes ao sistema produtivo, liberal e capitalista. Trata-se, em verdade, de afirmar a saúde do sistema e se extirpar a possibilidade de excesso, com base, é óbvio, nos parâmetros fornecidos pelo legislador e reconhecidos como válidos pela jurisprudência.

6 Critérios jurisprudenciais objetivos para a conservação do negócio jurídico de crédito: usos do lugar da celebração

Com efeito, para que se cumpra o princípio da conservação do negócio jurídico, a sua validade é presumida. Referida presunção de validade gera o princípio da conservação do negócio jurídico. Sob esse prisma, interessante seria que a atividade judicante pudesse ser voltada também para o futuro, proferindo decisões que procurassem conservar, em qualquer dos três planos - existência, validade e eficácia -, o máximo possível do negócio jurídico realizado, desde que observadas as peculiaridades de cada caso concreto. Entende-se que o aproveitamento daquilo que, ao menos em tese, poderia produzir validamente os seus efeitos jurídicos, revelando validade e eficácia jurídica, é ato de inteligência e está de acordo com a modernidade, desde que seja legal, possível e respeite a declarada vontade dos interessados. É importante a solução de continuidade dos negócios jurídicos, para que bons efeitos sejam produzidos e se atinja a eficácia replicante das boas condutas, a serem identificadas pelo prudente arbítrio do julgador. O reiterado reconhecimento de bons usos pela jurisprudência possibilitará maior previsibilidade, aproximando o nosso sistema do *common law*. Não se pode olvidar que a segurança jurídica dá sustentação e confiabilidade a todo o sistema de normas positivas, possibilitando que se alcance maior estabilidade pela contínua produção válida dos efeitos pretendidos.

Azevedo (2002) assim se manifesta:

> Tanto dentro de cada plano quanto nas relações entre um plano e outro, há um princípio fundamental que domina toda a matéria da inexistência, invalidade e ineficácia; queremos referir-nos ao princípio da conservação. Por ele, tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos - existência, validade e eficácia -, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente.
> O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo o que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto-regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil. A utilidade de cada negócio poderá ser econômica ou social, mas a verdade é que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico admite a categoria negócio jurídico, sua utilidade passa a ser jurídica, visto vez que somente em

> cada negócio concreto é que adquire existência a categoria negócio jurídico. Não fosse assim e esta permaneceria sendo sempre algo abstrato e irrealizado. Obviamente, não foi para isso que o ordenamento jurídico a criou. O princípio da conservação, portanto, é a conseqüência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto.

O Enunciado nº 149 - III Jornada de Direito Civil - Conselho da Justiça Federal (02 a 03.12.2004) é no seguinte sentido:

> Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado promover o incitamento dos contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do CC de 2002. A lesão de que trata o art. 157 não exige dolo de aproveitamento. [17]

Os usos reconhecidos atualmente na jurisprudência reiteram a necessidade da observância da boa-fé objetiva para a correta interpretação dos negócios jurídicos. Também não se pode olvidar que as instituições financeiras, em face da grande capacidade de penetração dos seus contratos em todo o território nacional, possuem um incrível poder de impor as suas condições no momento da celebração dos contratos de adesão.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg nos EDcl no REsp 727756/RS, Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, realizado pela 3ª Turma em 23.11.2005, decidiu que, conforme jurisprudência firmada na Segunda Seção, não se pode dizer abusiva a taxa de juros só com base na estabilidade econômica do País, desconsiderando todos os demais aspectos que compõem o sistema financeiro e os diversos componentes do custo final do dinheiro emprestado, tais como o custo de captação, a taxa de risco, os custos administrativos (pessoal, estabelecimento, material de consumo, etc.) e tributários e, finalmente, o lucro do banco. Com efeito, a limitação da taxa de juros em face da suposta abusividade somente se justificaria diante de uma demonstração cabal da excessividade do lucro da intermediação financeira, o que, no caso concreto, não é possível de ser apurado nesta instância especial, a teor da Súmula nº 7/STJ. [18]

Com base nos critérios fornecidos pelo precedente antes mencionado, verifica-se claramente que cabe às instâncias ordinárias determinar a produção da prova apta a apurar a possível ocorrência dos vícios já mencionados neste estudo nos negócios jurídicos de crédito levados à apreciação do juiz.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 436.853-DF, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, decidiu que o Estado deve, na coordenação da ordem econômica, exercer a repressão do abuso do poder econômico, com o objetivo de compatibilizar os objetivos das empresas com a necessidade coletiva. Basta, assim, a ameaça do desequilíbrio para ensejar a correção das cláusulas do contrato, devendo sempre vigorar a interpretação mais favorável ao consumidor, que não participou da elaboração do contrato, consideradas a imperatividade e a indisponibilidade das normas do CDC. O juiz da eqüidade deve buscar a Justiça comutativa, analisando a qualidade do consentimento. Quando evidenciada a desvantagem do consumidor, ocasionada pelo desequilíbrio contratual, deve ele receber uma proteção compensatória. Uma disposição legal não pode ser utilizada para eximir de responsabilidade o contratante que age com notória má-fé em detrimento da coletividade, pois a ninguém é permitido valer-se da lei ou de exceção prevista em

---

[17] *Apud* BENHAME, Mário. *Comentários ao Código Civil*. Coordenação de Carlos Eduardo Nicoletti Camilo e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 244.

[18] Disponível em www.stj.gov.br, acesso em 19.01.2007.

lei para obtenção de benefício próprio quando este vier em prejuízo de outrem. Somente a preponderância da boa-fé objetiva é capaz de materializar o equilíbrio ou a justiça contratual.

O precedente acima transcrito consagra no Brasil um entendimento já adotado com sucesso em outros países.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, no julgamento do processo nº 97B607, nº JSTJ00033414, Relator Miranda Gusmão, realizado em 11.05.1997, decidiu que as cláusulas contratuais indiciadoras de um certo desequilíbrio material entre as vantagens auferidas, graças ao contrato, pelas partes são contrárias à boa-fé. O Relator cita a doutrina de Menezes Cordeiro, segundo o qual, para a concretização da boa-fé, coloca-se a bitola de um certo equilíbrio material entre as vantagens auferidas, graças ao contrato, pelas partes: não se admitem prejuízos desproporcionados.[19]

Ribeiro (2005) cita precedente do Tribunal Constitucional Alemão, no qual foi adotado o entendimento de que "o princípio da boa-fé indica limites imanentes ao poder de conformação contratual, fundamentando a autorização para o controlo judicial do conteúdo do contrato". O professor português esclarece que a "queixa constitucional" foi apresentada por uma jovem de 19 anos, uma operária sem qualificações, de baixo salário e sem patrimônio relevante, a qual, por imposição do banco mutuante, afiançara uma dívida comercial, de montante significativo, contraída por seu pai. Contra decisões anteriores do Supremo Tribunal alemão, em casos análogos, o Tribunal Constitucional considerou a fiança ineficaz. Diz ainda o professor Ribeiro que poucas sentenças de apreciação de constitucionalidade terão motivado, como esta, um tão apaixonado debate na doutrina, e não só na alemã. Contam-se seguramente por largas dezenas os comentários que a têm por objeto.

7 Conclusão

O ordenamento constitucional prioriza a destinação econômico-social da propriedade, bem como que o seu uso deve ser direcionado à realização do bem comum. Assim, é imperioso considerar que o crescimento econômico e o bem-estar individual e coletivo, quando não preservam a qualidade de vida em sentido lato, ou seja, a liberdade e a dignidade humana, não atingem plenamente os valores constitucionais e infraconstitucionais.

O negócio jurídico de crédito, assim como toda e qualquer manifestação de vontade considerada apta a produzir os efeitos jurídicos queridos, tem de ser claramente qualificado por elementos objetivos inderrogáveis, verdadeiros padrões de comportamento imperiosamente determinados pela legislação e definitivamente consolidados pelo Direito do século XXI.

Para que sejam considerados válidos, os contratos celebrados com as instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional devem observar o requisito implícito da boa-fé objetiva previsto nos Códigos do Consumidor e Civil, desde as tratativas iniciais, ou seja, durante o seu processo da formação, bem como nas fases de execução e, ainda, pós-contratual, porquanto não estão situados em compartimento estanque no ordenamento constitucional positivo.

Como todo princípio normativo, a boa-fé apresenta relevante conteúdo semântico e pouca determinação no que se refere à sua aplicação em cada caso concreto. A sua compreensão será obtida após se perceber que a irradiação normativa dos fundamentos jurídicos se faz dos casos particulares para os gerais.

---

[19] Disponível em www.dgsi.pt/jstj, acesso em 29.12.2006.

Quando a instituição financeira deixa de mostrar que adotou, *prima facie*, a boa-fé objetiva ao contratar, não evidencia um padrão de comportamento que ateste a lisura da conduta dos seus prepostos, que têm a obrigação de zelar pela correção dos seus negócios.

O dever de informar é o que verdadeiramente permite às partes celebrarem contrato de crédito de maneira responsável, realizando o princípio da liberdade de contratar e permitindo a obtenção da honestidade comercial, proporcionando previsibilidade e transparência. A ilação obrigatória é que o banco que não esclarece ao devedor tudo que dele será exigido, de maneira clara, precisa e facilmente compreensível, desde o momento das tratativas iniciais, não age com transparência nem atua em boa-fé.

É intuitivo que a cláusula contratual que consagre abusividade em detrimento do consumidor não está de acordo com a lei e deverá ser objeto de controle na decisão judicial que aprecie a sua validade.

A abusividade de juros e demais encargos contratuais desproporcionais à natureza do negócio jurídico de crédito caracteriza a invalidade das cláusulas constantes dos contratos bancários. Para que se apure a sua ocorrência, é adequada a realização de um exame das provas dos autos, com o intuito de se aferir se os contratos são conformes ao estabelecido no ordenamento jurídico e aos usos reconhecidos como válidos pela jurisprudência. Ainda, o excesso deve ser apurado levando-se em consideração o valor total e histórico do crédito concedido, o montante dos juros e demais encargos cobrados e a duração do contrato, com o intuito de se calcular, com base nos referidos parâmetros, se o valor cobrado pela instituição financeira é compatível com a realidade da sociedade brasileira.

O contrato de crédito celebrado sem a observância do requisito intrínseco da boa-fé objetiva e, por conseguinte, violador da honestidade comercial caracteriza também lesão e onerosidade excessiva para uma parte em detrimento de vantagem indevida para a outra, além de configurar abuso do direito de contratar. Trata-se de vícios aptos a infirmar a validade dos ajustes, porquanto não observados fielmente os valores constitucionais e infraconstitucionais que imperiosamente têm de informar todos os negócios jurídicos nos dias atuais.

O negócio jurídico de crédito que observa a boa-fé objetiva é aquele que cumpre os deveres de informar, de cuidado, de consideração e de execução precisa do combinado de maneira responsável. Além disso, o seu conteúdo econômico revela honestidade no trato e não causa lesão a qualquer das partes nem acarreta a cobrança de prestação excessivamente onerosa, obedecendo à sua característica sinalagmática e à eqüidade. Nessa hipótese, entende-se que o Poder Judiciário deverá optar pela manutenção do contrato, em prestígio ao princípio que recomenda a conservação do negócio jurídico, porque se atinge a função social prevista na lei, consistente na validade do conteúdo material contratado.

Afirma-se que a exigência da rotineira adoção da boa-fé objetiva é um costume apto a produzir eficácia no campo do direito privado, permitindo um maior aproveitamento dos ajustes livremente pactuados e, é claro, a sua reprodução em larga escala. Além disso, considera-se que a individuação e a conseqüente divulgação de determinados usos permitem o incremento da atividade judicante em busca da justiça em cada caso concreto, possibilitando ao juiz aplicar o princípio que orienta a conservação do negócio jurídico e obstando o exagero das críticas existentes contra o suposto excesso de discricionariedade do julgador, facilitando a incidência do princípio da concretude. Assim, a interpretação adequada das cláusulas abertas irá permitir a prolação de decisório razoável para cada caso concreto, além de induzir a manutenção do equilíbrio contratual obtido no momento da celebração do negócio jurídico de crédito, o que auxilia a sua conservação e possibilita o aproveitamento das partes válidas da avença, no caso de contestação da eficácia daquilo que fora combinado pelas partes.

O reconhecimento pela jurisprudência da efetividade da função normativa da boa-fé objetiva produzirá bons enunciados voltados ao futuro, aptos a indicarem a maneira pela qual serão atingidas as finalidades sociais previstas na lei e a realizarem o processo de criação do direito pela decisão judicial, consagrando a influência do Direito consuetudinário no Brasil.

O princípio da boa-fé constitui matriz normativa da restrição compulsória do conteúdo do negócio jurídico de crédito, uma vez que a honestidade comercial - obrigatoriamente decorrente da concretização do princípio antes referido - não tolera os vícios previstos em lei, tais como onerosidade excessiva, lesão e abuso de direito.

8 Referências bibliográficas

ALVES, Jones Figueiredo. *A nova teoria do direito contratual no Brasil*. Disponível em http://conjur.estadao.com.br/static/text/7638,1. Acesso em 07.09.2006.

AMARAL, Francisco. *Direito civil* - introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 659 p.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). *Revista Jurídica*, a. 51, n. 308, p. 7-25, jun. 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico, existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 172 p.

BENHAME, Mário. *Comentários ao Código Civil*. CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti *et al* (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1.407 p.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In *Direitos do consumidor endividado, superendividamento e crédito*. MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 400 p. (Biblioteca de Direito do Consumidor; v. 29).

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, disponível em http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm. Acesso em 09.09.2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A hora do Judiciário. *Revista da Escola Nacional da Magistratura da Associação dos Magistrados Brasileiros*, p. 15/16.

FERRÃO, Brisa Lopez de Mello; RIBEIRO, Ivan César. Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca? *Berkeley program in law & economics, latin american and caribbean law and economics, association (ALACDE) annual papers* (University of California, Berkeley). Disponível em . Acesso em 04.02.2007.

GIANETTI, Eduardo. *O valor do amanhã* - ensaio sobre a natureza dos juros. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. 337 p.

GOUVÊA, Eduardo de Oliveira. Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual - principais inovações. *Revista Forense*, 369, p.73-88, set./out. 2003.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. Eqüidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 37, p. 231.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos do consumidor endividado, superendividamento e crédito*. Prefácio. MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 08. (Biblioteca de Direito do Consumidor; v. 29)

MACKAAY, Ejan; LEBLANC, Violette. The law and economics of good faith in the civil law of contract, prepared for the 2003. *Conference of the European Association of Law and Economics*, Nancy, 8-20 september 2003. Acesso em 09.09.2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumidor: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Apud* Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do consumidor endividado, superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 400 p. (Biblioteca de Direito do Consumidor; v. 29.)

MUSY, Alberto M. The good faith principle in contract law and the precontractual duty to disclose: comparative analysis of new differences in legal cultures. *Global Jurist Advances* (referred), Berkeley Electronic Press, v.: 1, Issue: 1, Page: NA.

NICOLAU, Gustavo Rene. Implicações práticas da boa-fé objetiva. *Revista IOB Direito Civil e Processual Civil*, ano VII, n. 39, p. 7-16, jan./fev. 2006.

NUNES, Rizzato. A boa-fé objetiva como paradigma da conduta na sociedade contemporânea. São Paulo: *Revista Jurídica*, 327, p. 9-12, jan. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. Edição com referência à Constituição de 1988, ao projeto do Código de Obrigações de 1965, ao projeto do Código Civil de 1975 e ao Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 227 p.

PERES, Rodrigo Mizunski. A boa-fé como paradigma contratual: uma limitação aos princípios clássicos - doutrina cível. *Revista Jurídica*, n. 330, p. 55-68, abril/2005.

REALE, Miguel. Um artigo-chave do Código Civil. Disponível em http://www.miguelreale.com.br. Acesso em 10.09.2006.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa-fé. Disponível em article/view/5184/3899. Acesso em 03.02.2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil* - parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 681 p.

-:::-

Requisitório de pequeno valor: direito intertemporal, inconstitucionalidade na inobservância ao princípio da proporcionalidade

*Renato Luís Dresch**

Sumário: 1 Considerações introdutórias. 2 A disciplina constitucional e infraconstitucional do RPV. 3 A competência legislativa limitada dos Estados e Municípios. 4 A inconstitucionalidade das normas locais desproporcionais para dívidas de pequeno valor. 4.1 Algumas situações paradigmáticas. 5 Normas processuais de efeito substancial. 6 A eficácia intertemporal das leis locais que definem dívidas de pequeno valor. 7 Da jurisprudência sobre o início de vigência dos novos valores para RPV. 8 Conclusão. 9 Referências bibliográficas.

1 Considerações introdutórias

O Requisitório de Pequeno Valor - RPV, introduzido na Constituição Federal com o intuito de dar efetividade à tutela jurisdicional, para que o credor obtivesse satisfação rápida de seus créditos junto à Administração Pública, tem sido instrumento de eficácia incontestável. A nova sistemática evita que créditos considerados de pequeno valor fiquem sujeitos às longas e intermináveis listas cronológicas no procedimento previsto para o precatório comum. Trata-se de matéria disciplinada nos §§ 3º ao 5º do art. 100 da Constituição Federal e no art. 87 do ADCT.

Ocorre que a Carta da República definiu apenas provisoriamente no art. 87 do ADCT os considerados como sendo de pequeno valor para fins de RPV, estabelecendo, em nível estadual, o valor de quarenta salários mínimos e, na esfera municipal, trinta salários mínimos. Por delegação constitucional expressa, Estados e Municípios foram autorizados a definir no âmbito da sua competência o que considerassem dívida de pequeno valor para incidência do precatório, admitindo o § 5º do art. 100 que os valores fossem diferentes daqueles estabelecidos provisoriamente.

Os Estados-membros e Municípios passaram a editar normas locais com valores de regra inferiores àqueles previstos no art. 87 do ADCT referido. Alguns questionamentos já surgiram acerca da competência local, mas isso já está superado, com o reconhecimento pelo STF de sua competência legislativa. Contudo, há divergência quanto ao direito intertemporal na aplicabilidade dos novos limites instituídos em leis locais sobre as sentenças já transitadas em julgado ou para as execuções de sentenças iniciadas antes da alteração legislativa local.

Para melhor definir os limites temporais de aplicabilidade das novas regulações sobre as dívidas de pequeno valor, verificamos a necessidade de fazer uma análise um pouco mais minuciosa da matéria, visando encontrar a melhor solução jurídica, já que se trata de matéria que sem dúvida será questionada reiteradamente quanto aos limites da incidência temporal das leis locais, considerando que muitos Municípios ainda estão por regular a matéria no âmbito de sua competência.

2 A disciplina constitucional e infraconstitucional do RPV

Em sua redação original, a Constituição Federal de 1988 nada dispunha sobre a satisfação diferenciada das dívidas de pequeno valor de responsabilidade das Fazendas Públicas, de modo que todos os créditos se sujeitavam ao pagamento através do moroso precatório disciplinado no seu art. 100.

A Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, acrescentou o § 3º ao art. 100, instituindo o precatório de pequeno valor com o seguinte teor:

---

* Mestre em Direito Público. Especialista em Processo Civil. Professor de Processo Civil. Juiz Titular da 4ª Vara de Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte-MG.

> § 3º O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

A partir dessa alteração constitucional, o art. 128 da Lei nº 8.213/1991 foi alterado pela Lei nº 10.099, de 19.12.2000, instituindo o valor de sessenta salários mínimos e o prazo de sessenta dias para liquidação das obrigações de pequeno valor no âmbito da previdência social.

Posteriormente, a Lei nº 10.259, de 12.07.2001 (Lei do Juizado Especial Federal), instituiu, no seu art. 17, uma regra geral aplicável no âmbito federal, estabelecendo o limite de sessenta salários mínimos para o Requisitório de Pequeno Valor. Também fixou o prazo de sessenta dias para o pagamento, contados a partir da entrega da requisição, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório. Essa lei se aplica apenas à Administração Pública federal,[1] não alcançando as execuções de competência dos Estados e Municípios.

Como os Estados e Municípios não editaram normas para determinar o que viesse a ser dívida de pequeno valor para submetê-las ao procedimento especial do RPV, a Emenda Constitucional nº 37, de 12.06.2002, acabou acrescentando o art. 87 no ADCT, fixou transitoriamente os limites de quarenta salários mínimos aos Estados e trinta salários para os Municípios das dívidas que se submetiam ao procedimento do requisitório de pequeno valor. A mesma EC acrescentou os §§ 4º e 5º ao art. 100 da Constituição Federal.

A partir da EC nº 37/2002, os §§ 3º, 4º e 5º do art. 100 da CF passaram a ter a seguinte redação:

> § 3º O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.[2]
> § 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.
> § 5º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

O art. 87 do ADCT estabelece:

> Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário que tenham valor igual ou inferior a:

---

[1] As Resoluções nº 438, de 30.5.2005, e nº 439, de 30.5.2005, do CJF, que regulamentam, no âmbito do Conselho e da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, os procedimentos relativos à expedição de requisições, ao cumprimento da ordem cronológica dos pagamentos, ao saque e levantamento dos depósitos, respectivamente, aprovam o Manual de Procedimentos para a Apresentação e o Pagamento de Precatórios e Requisições de Pequeno Valor - RPV. A Instrução Normativa STJ nº 3, de 07.07.2006, dispõe sobre os procedimentos aplicáveis, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quanto à expedição, processamento e pagamento dos precatórios e das requisições de pequeno valor.

[2] Esse parágrafo foi acrescentado pela EC nº 20/98, alterado pela EC nº 30/2000.

> I - quarenta salários mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;
> II - trinta salários mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.
> Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100.

Tanto o § 5º do art. 100 como o art. 87 do ADCT são claros ao determinar que os valores de quarenta salários mínimos para os Estados federados e trinta salários para os Municípios seriam transitórios, enquanto não houvesse a superveniência de norma local estabelecendo, no âmbito de sua competência, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito púbico**,** os valores diversos considerados como dívidas de pequeno valor. Desse modo, de acordo com José Afonso da Silva (2007, p. 943), com a superveniência das leis locais os valores definidos pelo ADCT perdem a sua eficácia para cada entidade devedora que venha a elaborar lei respectiva.

Depois da disciplina constitucional quanto aos limites dos créditos sujeitos ao Requisitório de Pequeno Valor, os juízes passaram a aplicar a nova regra requisitando o pagamento da dívida diretamente à autoridade citada para a causa. Descumprida a ordem de pagamento haverá seqüestro diretamente na conta bancária do ente administrativo devedor com entrega do numerário ao credor. [3]

A constitucionalidade dos seqüestros de numerários em ativos dos entes públicos descumpridores das ordens de pagamentos dos RPVs foi bastante questionada, mas o plenário do STF decidiu, no julgamento da Reclamação nº 3.396/SP, relatada pelo Min. Carlos Britto, julgada em 13.12.2006, que o ato judicial é legal e constitucional.

O RPV é inquestionavelmente um instrumento de eficácia da atividade jurisdicional, atendendo à garantia da razoável duração do processo instituído no inciso LXXVIII do art. 5º da CF pela EC nº 45/2004.[4] Como os entes municipais passaram a ser obrigados a satisfazer em curto prazo as condenações judiciais, estes se apressaram em editar normas estabelecendo, no âmbito de sua competência, valores geralmente inferiores àqueles previstos no art. 87 do ADCT para efeitos de dívidas de pequeno valor, prestando um verdadeiro desserviço para a efetividade da atividade jurisdicional, atuando em detrimento dos pequenos credores da Fazenda Pública, retardando a satisfação dos débitos, mitigando sobremaneira a teleologia constitucional para que os pequenos valores fossem saldados rapidamente.

Deve ser salientado que, por força do art. 100, § 3º, da CF, assim como está previsto nos arts. 17, *caput*, da Lei nº 10.259/02 e no 2º-B da Lei nº 9.494/97,[5] a requisição para pagamento à Fazenda Pública somente é possível depois do trânsito em julgado, não se admitindo nesses casos a execução provisória, nem sequer para os créditos de natureza alimentar (confira Araken de Asis, 2005, p. 926). Essa vedação, segundo Humberto Theodoro Júnior (2003, v. IV, p. 599), ocorre especialmente na sentença que tenha por objeto a liberação de recursos, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores, em todos os níveis da administração pública.

---

[3] No Estado de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça baixou a Resolução nº 415/2003, fixando o prazo de 90 dias para o cumprimento dos RPVs.

[4] Art. 5º, LXXVIII - *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

[5] Embora o art. 2º-B da Lei nº 9.494/97 se constitua de norma processual e tenha sido acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, não fere o art. 62, I *,b*, da CF, porque foi editado antes da EC nº 32 de 11.09.2001.

3 A competência legislativa limitada dos Estados e Municípios

Em razão de delegação expressa inserida no § 5º do art. 100 da Constituição Federal e no *caput* do art. 87 do ADCT, como visto, fica cristalina a competência legislativa dos Estados membros e Municípios para fixarem valores diferentes daqueles constantes dos inícios I e II do art. 87 referido para efeitos de RPV. A competência legislativa dos Estados e Municípios foi reconhecida pelo plenário do STF na ADI-MC 3.057/RN, julgada em 19.02.2004, relatada pelo Ministro Cezar Peluso.

O inciso I do art. 22 da Constituição Federal estabelece a competência privativa da União para legislar sobre direito processual. O inciso XI do art. 24 da CF admite a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal de legislar sobre procedimentos em matéria processual.

Com isso, a União não pode impedir que os Estados federados editem normas procedimentais nesse sentido, desde que não se trate de normas processuais gerais (confira Arruda Alvim, 2003, p. 140) e que não contrariem ou venham apenas suprir a inexistência de normas federais que regulem a matéria, o que não ocorre no caso em questão.

A Constituição Federal delegou aos Estados e Municípios a competência para regulamentar os limites das dívidas de pequeno valor para expedir Requisitórios de Pequeno Valor, observada a capacidade de cada unidade federativa.

Portanto, é legítima a competência estadual e municipal para editar normas no âmbito de sua competência para definir os limites dos débitos que devem ser considerados de pequeno valor.

4 A inconstitucionalidade das normas locais desproporcionais para dívidas de pequeno valor

O § 5º do art. 100 da Constituição Federal permite que os Estados federados e Municípios editem normas locais fixando valores distintos daqueles previstos nos incisos I e II do art. 87 do ADCT para fins de dívidas de pequeno valor. Disso se extrai que a Constituição não delega no § 5º uma liberdade discricionária de maneira que a alteração nos valores das dívidas de pequeno valor deve ser fixada segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público, observando o princípio da proporcionalidade, da simetria e o princípio federativo, mas os entes locais se sujeitam à teleologia constitucional, não lhes sendo lícito fixar valores ínfimos que poderiam representar supressão do próprio instituto do Requisitório de Pequeno Valor.

A Constituição Federal estabeleceu provisoriamente o valor de quarenta salários para os Estados e trinta salários mínimos para os Municípios, donde se extrai, em interpretação teleológica, que esse é considerado um valor médio, que poderia ser elevado ou reduzido pelos entes locais em razão de sua peculiaridade. Verifica-se que o poder de legislar é contido.

Na atuação legislativa, alguns Municípios não têm observado qualquer linha de proporcionalidade ou razoabilidade, havendo abuso na liberdade legislativa delegada em razão da fixação de valores ínfimos como limites das dívidas de pequeno valor para expedição de RPV. Com isso estarão ferindo de morte a teleologia constitucional, que instituiu, através do Requisitório de Pequeno Valor, instrumento eficaz da tutela jurisdicional.

Caso se admita que Estados e Municípios têm ampla liberdade para limitar as dívidas de pequeno valor sem atentar para a proporcionalidade ou a razoabilidade, seríamos obrigados a admitir que, numa situação absurda, o Município pudesse considerar dívida de pequeno valor as importâncias que não superassem R$ 10,00. Essa é a razão pela qual se deve atentar para a proporcionalidade.

Raquel Denize Stumm (1995, p. 71) escreve sobre o princípio da proporcionalidade:

> Dessa forma, a princípio, uma lei infraconstitucional que contradiga um princípio constitucional é inválida. Só não será assim considerada se resultar declarada a interpretação conforme a Constituição. Na análise do conteúdo significativo, o intérprete-aplicador não pode deixar de atender ao escopo da lei. Caso a intenção do legislador ultrapasse o permitido pela Constituição, o Tribunal poderá interpretar restritivamente, configurando o caso 'de uma redução teleológica' (Larenz, 1983, p. 411).

Com as razões expostas, sustentamos que, na fixação daquilo que deve ser considerado dívida de pequeno valor, devem os Estados federados e os Municípios se pautar por critérios de capacidade financeira do ente federado. Devemos partir da premissa de que a Constituição Federal estabeleceu como razoável trinta salários para os Municípios e quarenta salários mínimos para os Estados, o que poderá ser alterado para mais ou para menos dependendo da situação financeira de cada entidade de direito público.

Ao estabelecerem valores muitos baixos, que podem ser considerados ínfimos, algumas unidades da Federação vêm golpeando de morte o próprio instituto da efetividade da jurisdição instituído com o RPV, o que sem dúvida exigirá brevemente nova intervenção do legislador constituinte para fixar critérios objetivos dentro da proporcionalidade, considerando o tamanho ou capacidade financeira de cada Estado ou Município.

Quando se pronunciou sobre a competência legislativa local, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que os Municípios não possuem discricionariedade para fixar qualquer valor como limite dos precatórios de pequeno valor. Embora tenha agido de forma bastante benevolente quanto à liberdade dos Estados e Município, o nosso Tribunal Maior tem deixado claro o entendimento de que é necessário que as leis locais observem a proporcionalidade considerando a capacidade de cada unidade.

O Ministro Carlos Ayres de Brito firmou o entendimento no seu voto vencido na ADI nº 2868-PI de que o valor de quarenta e trinta salários mínimos fixados no art. 87 do ADCT é o piso para fins de Requisitórios de Pequeno Valor, estando as unidades federativas locais autorizadas a fixar apenas valores que lhes fossem superiores.

A fixação dos valores do art. 87 do ADCT como piso para fins de RPV poderia comprometer sobremaneira alguns Municípios diminutos, de modo que não nos parece ser a melhor solução. Contudo, numa análise sistemática e teleológica da Constituição Federal, a conclusão que parece melhor se adequar à situação é a de que os valores estabelecidos constitucionalmente em quarenta e trinta salários mínimos devem servir de paradigma para elevação ou diminuição do pequeno valor para fins do § 3º do art. 100 da CF.

Desse modo, partindo dos valores provisoriamente fixados na Constituição Federal, os Estados e Municípios de pequeno porte poderiam reduzir o valor fixado, enquanto os Estados e Municípios maiores poderiam manter o valor provisório da Constituição ou elevar o seu teto. O que não se admite é que Estados e Municípios estabeleçam valores ínfimos para fins de precatório, comprometendo a própria razão instituidora do Requisitório de Pequeno Valor, que ficaria mitigado, transformado num instrumento meramente formal e ineficaz.

Considerada inconstitucional a norma local, restabelece-se o limite previsto no art. 87, I e II, da Constituição Federal.

4.1 Algumas situações paradigmáticas

Partindo da premissa de que o valor de quarenta e trinta salários mínimos estabelecidos no art. 87 do ADCT tenha sido instituído como paradigma para que leis estaduais e municipais estabele-

cessem valores diferenciados para mais ou para menos, é relevante que se analisem algumas situações específicas sobre a matéria.

O Município de São Paulo muito bem compreendeu a teleologia constitucional para fins de requisitório, tanto que a Lei nº 13.179, de 25.9.2001, daquele Município fixou o valor de R$ 7.200,00 para efeitos de Requisitório de Pequeno Valor. Esse valor correspondia, à época da edição da norma, a quarenta salários mínimos, contra os trinta salários fixados provisoriamente na Constituição Federal.

Diferentemente do Município de Belo Horizonte, a terceira maior capital do País, a Lei Municipal nº 9.320, de 22.01.2007, fixou como dívida de pequeno valor o limite de cinco salários mínimos, afrontando qualquer princípio de proporcionalidade ou de razoabilidade quando se utiliza como paradigma o limite constitucional instituído provisoriamente como dívida de pequeno valor.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal, ao delegar competência legislativa [conferida] aos Estados e Municípios para fixar o limite das dívidas de pequeno valor, não lhes concedeu liberdade discricionária absoluta, já que se sujeita ao princípio da proporcionalidade.

Admitir a fixação de teto desproporcional para fins de precatório pode levar à supressão do próprio instrumento do precatório de pequeno valor.

Ao se pronunciar sobre a matéria na ADI nº 2868-PI, o plenário do STF, por maioria, com base nos votos dos Ministros Nelson Jobim, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Celso de Melo, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa, entendeu que era proporcional o valor de cinco salários mínimos fixados pelo Estado do Piauí como limite para requisitório de pequeno valor. É necessário que se observe que nesse julgamento não participaram os Ministros Sepúlveda Pertence, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Carmem Lúcia, de modo que em nova apreciação daquele plenário poderá ser revertida a posição anterior, corrigindo-se aquele entendimento que nos parece não ter levado à melhor solução jurídica da matéria.

Na Reclamação nº 4.988/MC/PE, interposta pelo Município de Petrolina-PE, o Ministro Gilmar Mendes concedeu liminar, entendendo que o valor de R$ 900,00, como referencial de pequeno valor para fins de aplicação do art. 100, § 3º, da Constituição Federal, era proporcional.

Ao decidir a Apelação nº 1.0283.05.002701-2/001, a 1ª Câmara do TJMG, em voto relatado pelo Desembargador Geraldo Augusto de Almeida, entendeu por unanimidade que a Lei nº 1.585/2005, do Município de Guaranésia, que fixou o limite de R$ 1.500,00 para efeitos de Requisitório de Pequeno Valor, não ofendia o princípio da proporcionalidade.

No caso de Municípios de pequeno e médio porte, parece razoável a limitação substancial do que possa ser considerado pequeno valor para fins de precatório. Isso, contudo, não se pode admitir para grandes capitais, como é o caso do Município de Belo Horizonte, porque haverá ofensa ao princípio da proporcionalidade.

As normas locais que limitam substancialmente o valor das dívidas de pequeno valor sem utilização de critérios razoáveis devem ser consideradas inconstitucionais.

5 Normas processuais de efeito substancial

Diante da existência de uma infinidade de demandas tramitando no Poder Judiciário, surgem algumas dúvidas sobre a incidência dos novos valores para efeito de RPVs nos processos em curso

na data de entrada em vigor das novas leis locais que definiram limites diferentes para determinar as dívidas da Administração Pública consideradas de pequeno valor.

Por isso, é necessário fazer algumas considerações sobre a natureza jurídica das normas locais destinadas a estabelecer novos limites para débitos de pequeno valor.

O sistema normativo brasileiro se divide entre normas de direito material, para regular a conduta das pessoas e os efeitos dos atos e fatos jurídicos, e as normas de direito processual, constituídas de um complexo de princípios e regras que regem o exercício da jurisdição pelo Estado-juiz (confira Antônio Carlos de Araújo Cintra e outros, 2002, p. 40).

As normas de direito material incidem a partir do momento em que ocorre o fato da causa, não podendo reger situações que lhe são precedentes, porque se impõe o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

O processo civil é o instrumento colocado à disposição do Estado, donde emergem as regras aplicáveis para a reparação do direito material violado, que se faz por meio da atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário.

Quanto às normas de direito processual, aplica-se a regra *tempus regit actum*, de modo que, "ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes" (CPC, art. 1.211). Contudo, também devem respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (veja Ernane Fidélis dos Santos, 2006, p. 04), que são garantias decorrentes da Constituição Federal.

Em razão disso, à primeira vista, parece que estaríamos forçados a admitir que as novas normas locais seriam auto-aplicáveis às execuções em andamento. Contudo, a solução não é tão simplista como parece.

Às vezes, é difícil distinguir com nitidez norma processual geral daquela de natureza procedimental, já que ambas regulam o processo. Embora a doutrina não seja muito simpática a essa cisão entre normas processuais e procedimentais, a Constituição Federal fez essa distinção, ao instituir a competência concorrente entre União e Estados para legislarem sobre procedimento (art. 24, XI), enquanto estabeleceu competência federal privativa para editar normas de direito processual (art. 22, I).

Além da separação entre normas de direito material e de direito processual e a subdivisão desta em normas processuais gerais e procedimentais, existem ainda normas processuais que projetam efeitos materiais.

Cândido Rangel Dinamarco (2001, v. I, p. 67) escreve:

> Dado que no processo entrelaçam-se o procedimento e a relação jurídica vinculativa de seus sujeitos, entende-se as normas processuais *stricto sensu* como sendo os preceitos destinados a definir os poderes, deveres, faculdades, ônus e sujeição dos sujeitos processuais (relação jurídica processual), sem interferir no desenho das atividades a realizar (procedimento). Normas procedimentais, nesse contexto, seriam aquelas que descrevem os modelos a seguir nas atividades processuais, ou seja, (a) o elenco de atos que compõem cada procedimento, (b) a ordem de sucessão a presidir a realização desses atos, (c) a forma que deve ser observada em cada um deles (modo, lugar e tempo) e (d) os diferentes tipos de procedimentos disponíveis e adequados aos casos que a própria norma estabelece.

Arruda Alvim (2003, p. 154) inclui em seus estudos as regras quanto às dívidas de pequeno valor previstas no art. 87 do ADCT como sendo norma processual na Constituição Federal, mas não se pode

esquecer que se constituem normas procedimentais com efeitos substanciais. Quando as leis locais modificam os valores que se submetem aos precatórios de pequeno valor, influenciam no procedimento a ser adotado para determinado limite de crédito, projetando seus efeitos no modo de satisfação do direito material, já que os precatórios de pequeno valor devem ser saldados em sessenta dias, quando o devedor é órgão da União, e noventa dias no Estado de Minas Gerais, conforme regulação interna do TJMG.

Aqueles créditos que excedem ao que venha a ser definido como pequeno valor se sujeitam ao moroso precatório, influenciando diretamente no modo de satisfação do direito substancial, a não ser que a parte renuncie àquilo que exceder ao limite do pequeno valor como previsto no parágrafo único do art. 87 do ADCT.

As leis estaduais e municipais que estabelecem novos limites para os pagamentos das dívidas de pequeno valor são normas de natureza procedimental substancial. Ocorre que a redução dos limites para expedição de Requisitórios de Pequeno Valor não altera o direito material reconhecido e que emanou da sentença prolatada; contudo, a alteração do valor influi na esfera patrimonial especialmente quanto ao modo de satisfação da obrigação. Há repercussão no tipo de procedimento a ser adotado nos atos executivos de cumprimento da sentença, cujos reflexos materiais são evidentes na realização do direito material.

O procedimento do Requisitório de Pequeno Valor previsto na Constituição Federal visa dar efetividade à tutela jurisdicional, de modo que, nas condenações de menor quantificação financeira (sessenta, quarenta ou trinta salários mínimos em nível federal, estadual e municipal, respectivamente), o direito material será reparado num processo com duração razoável (CF, art. 5º, LXXVIII), o que à evidência não ocorre com o procedimento do moroso precatório ordinário. Trata-se de matéria que se insere no chamado processo constitucional.

As leis locais de natureza procedimental não suprimem o procedimento do Requisitório de Pequeno Valor em que a satisfação é muito mais célere, razão pela qual, nas sentenças transitadas em julgado na data da alteração legislativa local (estadual ou municipal), a parte tem o direito de que a demanda continue sendo processada com base nos limites do art. 87 do ADCT.

Não se pretende defender a teoria privatista do processo em confronto com a doutrina publicista, esta que é aceita pela doutrina contemporânea. Não se pretende afirmar que a parte tem direito a meio executivo em vigor na data em que se tornou titular do direito material. A sustentação que fazemos é de que a alteração dos limites nas dívidas de pequeno valor estabelecidos pelos Estados federados e Municípios tem natureza da norma processual que projeta efeito substancial.

Como não está sendo suprimido o procedimento do RPV, o tipo de procedimento adequado para a natureza da causa é aquele em vigor na data do trânsito em julgado, de modo que a parte tem o direito adquirido à satisfação do seu crédito pelo procedimento que dê mais rápida reparação ao direito material.

Ademais, Chiovenda (1998, v. I, p. 118) escreveu:

> Por força, porém, do princípio de que a lei nova deve respeitar os efeitos dos atos regularmente praticados sob a lei antiga, deve-se entender que, no processo a iniciar, produzirão efeitos os contratos processuais estipulados sob o império da lei ab-rogada.
> Somente no caso de ser suprimido o procedimento poderia ser argüida a inaplicabilidade da regra ab-rogada, de modo que a matéria seria regida pela regra procedimental substituta. Isso não ocorre no caso em análise, porque, ao lado do precatório ordinário, subsiste aquele destinado ao pequeno valor.

6 A eficácia intertemporal das leis locais que definem dívidas de pequeno valor

Referindo-se à dimensão temporal da lei processual civil, Cândido Dinamarco (2001, v. I, p. 95) escreve:

> Mesmo já vigente, porém, ela deixa de impor seus preceitos a certas situações já consumadas sob o império da lei anterior e que, por razões políticas inerentes ao devido processo legal substancial, o Estado de direito opta por preservar. Restringe-se a eficácia da lei processual, por isso, para deixar intactos o ato jurídico perfeito, os direitos adquiridos e a coisa julgada.
> (...)
> As normas de direito processual intertemporal têm sua sede na Lei de Introdução ao Código Civil e são normas de superdireito, ou de direito sobre direito (elas são, especificamente, normas de produção jurídica).

Em outra passagem das *Instituições de processo civil*, o mesmo Dinamarco (2001, v. I, p. 45) reporta-se ao chamado direito processual material, afirmando que:

> São processuais substanciais as que outorgam ao sujeito certas situações exteriores ao processo e que nele repercutirão de algum modo se vier a ser instaurado. São processuais puras, ou processuais formais, as que operam exclusivamente pelo lado interno do processo e nele exaurem sua eficácia, disciplinando os atos e relações inerentes ao processo e não lançando efeitos diretos para o lado externo, ou seja, sobre a vida das pessoas.

Retomando mais uma vez as considerações de Chiovenda (1998, v. I, p. 118), que acaba tratando das novas processuais com efeitos substanciais, é oportuno anotar as seguintes passagens do mestre italiano:

> Concebamos antes de tudo a hipótese de que uma lei processual suprima alguns modos de atuação da lei ou alguns meios de atuá-la. Nesse caso, reduz-se o poder jurídico de pleitear-lhe a aplicação, de sorte que, sob o domínio da lei nova, não se pode pleitear a atuação da lei com aqueles meios e por aquela forma, e, isso, independente de consideração do tempo em que nasceu o direito de pleiteá-la.
> (...)
> Vice-versa, se a lei admite novos meios de atuação da lei ou amplia os meios existentes além dos casos admitidos antes, ou introduz novos meios executivos, podem gozar da extensão inclusive os titulares de direitos preexistentes;
> (...)
> Por força, porém, do princípio de que a lei nova deve respeitar os efeitos dos atos regularmente praticados sob a lei antiga, deve-se entender que, no processo a iniciar, produzirão efeitos os contratos processuais estipulados sob o império da lei ab-rogada.

No caso em análise, os novos limites para efeitos de Requisitório de Pequeno Valor não revogam o procedimento em vigor. As novas regras de natureza procedimental com efeitos substanciais produzem efeitos apenas para as sentenças que transitarem em julgado depois da sua edição. O trânsito em julgado constitui o que Chiovenda chama de “contrato processual”, que deve ser respeitado pela lei nova.

Sobre as normas de natureza instrumental com reflexo material, pronunciou-se o STJ no seguinte sentido:

> Processual civil. Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Fazenda Pública. Execução não embargada ajuizada após a edição da MP 2.180-35/2001. Lei 9.494/97. Honorários advocatícios indevidos. Requisição de pequeno valor. Inovação de argumentos. Agravo regimental improvido. - *1. As dis-*

> *posições contidas na Medida Provisória 2.180-35/01, por terem natureza de norma instrumental, com reflexos na esfera jurídico-material das partes, somente são aplicáveis aos casos ajuizados posteriormente à sua vigência, ou seja, 24.08.2001*. Hipótese em que a ação foi ajuizada posteriormente à referida data, pelo que é incabível a condenação da Fazenda ao pagamento de honorários advocatícios, conforme art. 1º-D da Lei 9.494/97, acrescentado pela MP 2.180-35/01 (ac. no AgRg no REsp nº 795.097-SC, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 14.3.2006, *in DJU* de 24.4.2006, p. 456) (grifei).

As novas regras quanto às dívidas de pequeno valor aplicáveis para o direito intertemporal, embora de natureza procedimental, têm reflexos na esfera jurídico-material, porque influenciam o modo de realização do direto material através da expropriação, razão pela qual as novas leis locais são aplicáveis apenas para as sentenças ainda não transitadas em julgado.

Com o trânsito em julgado, emana o direito adquirido[6] para a satisfação do direito substancial com direito de o credor utilizar o procedimento mais célere de acordo com a regra vigente nesse momento. Isso se alinha com a garantia constitucional de duração razoável do processo, que não pode ser suprido por norma processual superveniente editada por uma das partes interessadas na causa.

Com essas considerações, o entendimento que emerge é de que a redução no limite da dívida de pequeno valor instituído por leis locais tem natureza processual-procedimental que projeta efeitos substanciais, razão pela qual não se aplicam para as sentenças já transitadas em julgado na data de sua entrada em vigor, porque a parte possui o direito adquirido ao procedimento mais célere, especialmente quando este não tenha sido suprimido pela nova norma.

7 Da jurisprudência sobre o início de vigência dos novos valores para RPV

A questão sobre o direito intertemporal para fixar o momento em que incidem os novos limites definidos em leis locais para efeito de Requisitório de Pequeno Valor fora dos quarenta e trinta salários mínimos previstos nos incisos I e II do art. 87 do ADCT tem suscitado algum debate jurisprudencial.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, está prevalecendo o entendimento de que a lei local com novos limites para as dívidas de pequeno valor somente se aplica nas execuções de sentença que se iniciaram depois da alteração legislativa.

As justificativas variam, sob o entendimento de que se trata de norma de natureza material ou de que a norma tem efeitos substanciais.

Vejamos:

> Apelação cível. Embargos do devedor. Ação de execução por título judicial. Requisição de pequeno valor. Lei nova. Irretroatividade. Recurso não provido.
> - 1. A lei nova não pode retroagir para alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência.
> - 2. Assim, as requisições de pequeno valor anteriores à edição da lei local devem observar o limite disposto no art. 87, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República.
> - 3. Apelação cível conhecida e não provida (Número do processo: 1.0239.05.002485-4/001. Relator: Caetano Levi Lopes. Data do acórdão: 14.11.2006. Data da publicação: 15.12.2006).
> No corpo do acórdão consta:
> Em relação ao direito, é de elementar ciência que, por expressa disposição constitucional, a lei nova não pode retroagir para regência de fatos anteriores ao início de sua eficácia.

---

[6] Direito adquirido deve ser considerado aquele que poderia ter sido exercido em sua plenitude antes da alteração legislativa.

> (...)
> Portanto, afastada a regência da lei local, porque editada após o início da execução por título judicial, impõe-se observar o limite estabelecido no art. 87, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, ou seja, trinta salários mínimos, perante a Fazenda Municipal. A sentença está correta, o que torna mesmo inagasalhável o inconformismo.

Em linha semelhante, mas entendendo que se trata de norma de direito material, se pronunciou o TJMG em voto relatado pela Desembargadora Maria Elza.

> Direito administrativo municipal. Execução contra a Fazenda Pública. Lei Federal nº 10.259/2001. Requisição de pequeno valor. Legislação municipal fixando a RPV. Edição após o ajuizamento da ação. Inaplicabilidade. - A jurisprudência deste Tribunal de Justiça tem admitido a aplicação da Lei Federal nº 10.259/2001 nos processos de competência da Justiça Estadual. Tal fato decorre principalmente de a competência para legislar sobre direito processual civil ser privativa da União. O que foi outorgado aos Municípios e Estados foi legislar sobre o aspecto de direito material da Requisição de Pequeno Valor, ou seja, definir o seu montante diante da aferição da capacidade orçamentária peculiar de cada ente. Não há que se cogitar da aplicação da Lei Municipal nº 3.051/2003 aos processos ajuizados anteriormente à edição dessa lei. Somente a norma de natureza processual tem aplicação imediata aos processos em andamento. A norma que fixa o valor da RPV tem natureza material, tendo reflexo, inclusive, sobre direitos subjetivos do cidadão detentor de crédito representado por título executivo judicial (Número do processo: 1.0073.04.014821-2/001. Relatora: Des.ª Maria Elza. Data do acórdão: 24.02.2005. Data da publicação: 1º.04.2005).

Confira-se outro julgado relatado pelo Desembargador Eduardo de Andrade:

> Sendo assim, em face do princípio da irretroatividade da lei, o Decreto Municipal que regulamentou a matéria relativa ao § 3º do art. 100 da Carta Magna não pode ser aqui considerado, devendo prevalecer o valor de 30 (trinta) salários mínimos estabelecido constitucionalmente (TJMG, 1ª Câmara Cível, Ap. 1.0073.04.014602-6/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, julgado em 10.08.2004, *DOE* de 13.08.2004).

No mesmo sentido em voto relatado pelo Desembargador Silas Vieira:

> Administrativo - RPV - Lei municipal - Inaplicabilidade à época do ajuizamento. - Bloqueio em conta - Possibilidade.
> - Somente as normas processuais têm aplicabilidade imediata nas contendas que já estejam em curso; de outro lado, a legislação que fixa limites para a expedição de RPV é, de fato, regra de natureza meramente material, havendo de ser utilizado o teto previsto nas disposições transitórias do artigo 87, I, do ADCT.
> - Se a Municipalidade descumpre o prazo de noventa dias (art. 4º da Resolução 415/2003) é razoável a determinação judicial de seqüestro de bens do executado.
> - A previsão do § 2º do art. 100 da CF/88 não é compatível com as Requisições de Pequeno Valor, conforme se extrai da leitura do § 3º desse mesmo dispositivo (Número do processo: 1.0433.02.046568-1/001. Relator: Des. Silas Vieira. Data do acórdão: 26/10.2006. Data da publicação: 29.11.2006).

No mesmo sentido, decidiu a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.01.093805-8/001, em voto relatado pelo Desembargador Geraldo Augusto de Almeida, com o entendimento de que a Lei Municipal nº 9.320/07, do Município de Belo Horizonte, que limitou o valor do requisitório de pequeno valor, não se aplica às execuções em andamento na data da alteração legislativa local.

Como já exposto, as leis locais que fixam limites diferentes do art. 87, I e II, do ADCT para as dívidas de pequeno valor são normas processuais com efeitos jurídicos materiais, de modo que se aplicam apenas para as sentenças transitadas em julgado depois da sua vigência, sob o entendimento de que o trânsito em julgado se constitui no contrato processual que define o direito adquirido ao procedimento mais simples.

8 Conclusão

De tudo isso se extrai que, por força do § 5º do art. 100 da CF e do art. 87 do ADCT, os Estados federados e os Municípios estão autorizados a estabelecer no âmbito de sua competência valores diferentes daqueles estabelecidos na Carta da República como dívidas de pequeno valor para enquadrar na execução pelo chamado Requisitório de Pequeno Valor**.**

Do mesmo modo, conclui-se que os Estados federados e Municípios não possuem ampla liberdade ou discricionariedade para fixar qualquer valor como sendo dívida de pequeno valor, devendo observar a proporcionalidade e a razoabilidade em razão do princípio da simetria e do princípio federativo, consideradas as diferentes capacidades financeiras das entidades de direito público.

Na fixação de novos valores, as entidades de direito público devem partir da premissa de que a Constituição Federal considera razoável o valor de quarenta salários mínimos para os Estados e trinta salários mínimos para os Municípios, de modo que esses valores devem ser considerados como paradigma para diminuição ou elevação dos tetos nas dívidas de pequeno valor.

Em função disso, a inobservância desses princípios constitucionais leva à inconstitucionalidade das normas locais que fixem valores que se dissociem da capacidade do ente de direito público, mantendo-se, nesses casos, os limites do art. 87, I e II, do ADCT.

Do mesmo modo, os novos limites para fins de Requisitório de Pequeno Valor são aplicáveis apenas para as execuções de sentença que transitaram em julgado depois da vigência das normais locais, sob o entendimento de que se trata de norma procedimental com natureza mista, ou seja, processual com reflexos de natureza material.

9 Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil.* 8. ed. São Paulo: RT, 2003.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução.* 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Trad. por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil.* São Paulo: Malheiros, 2001, v. I.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. IV.

-:::-

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CORTE SUPERIOR

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE COROMANDEL - INCISO XIX DO ART. 42 - NOVA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA Nº 56/2004 - INICIATIVA PARLAMENTAR - AQUISIÇÃO DE LICENÇA-PRÊMIO - REDUÇÃO DO PRAZO - COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - AUMENTO DE DESPESA COM PESSOAL CENTO E OITENTA DIAS ANTES DO TÉRMINO DO MANDATO DO PREFEITO - ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - VIOLAÇÃO DO 173, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - INCONSTITUCIONALIDADE

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Redução do período aquisitivo para licença-prêmio. Modificação instituída em Lei Orgânica Municipal por força de proposição da Câmara Legislativa. Aumento de despesa 180 dias antes do término do mandato da atual Prefeita. Usurpação de competência. Matéria que deve ser tratada pelo Chefe do Executivo. Inconstitucionalidade reconhecida.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.05.422805-1/000 - Comarca de Coromandel - Requerente: Prefeito Municipal de Coromandel - Requerido: Presidente da Câmara Municipal de Coromandel - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2007. - *Sérgio Resende* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Sérgio Resende - Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade aforada pela Sra. Prefeita Municipal de Coromandel, visando à declaração de inconstitucionalidade do inciso XIX do art. 42 da Lei Orgânica do referido Município, com a redação dada pela Emenda nº 26/2004 e da Lei Complementar Municipal nº 56/2004, que dispõe sobre a redução do prazo para aquisição do benefício intitulado "licença-prêmio", de 10 para 5 anos.

Sustenta a requerente que a nova redação do referido inciso, ao reduzir o prazo para aquisição do benefício, implica aumento de despesas no prazo final de 180 dias antes do término do mandato. Aduz, ainda, que a inconstitucionalidade se torna patente ao observar-se que a emenda e a lei complementar em questão são de iniciativa da edilidade. A Câmara Municipal, ao legislar sobre o tema, fere o princípio da divisão de Poderes, usurpando matéria de competência privativa do Chefe do Executivo. Aponta, assim, violação do art. 66, III, *c* e art. 173, § 1º, da Constituição Estadual Mineira.

Às f. 107/108, o Des. Kelsen Carneiro concedeu medida cautelar, suspendendo, provisoriamente, a eficácia das normas impugnadas, sendo tal medida ratificada, à unanimidade, pela egrégia Corte Superior, como se vê do acórdão acostado às f. 112/117.

A Câmara Municipal, embora regularmente oficiada, deixou transcorrer *in albis* o prazo para prestar informações (f. 126).

Colheu-se, então, o parecer ministerial de f. 129/139, da lavra da Dra. Elaine Martins Parise, que opina pela procedência do pedido inicial para que seja reconhecida a inconstitucionalidade do inciso XIX do art. 42 da Lei Orgânica do Município de Coromandel.

É o relatório.

Procede a argüição.

Por iniciativa parlamentar, modificou-se a Lei Orgânica Municipal de Coromandel, reduzindo o período aquisitivo, de 10 para 5 anos, para que os servidores municipais adquirissem o benefício da licença-prêmio.

Ocorre que a referida matéria é de competência exclusiva do Chefe do Executivo, visto que a Constituição Federal bem como a Estadual garantem que a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, assim como a fixação da remuneração de tais agentes, é matéria de competência reservada exclusivamente ao Chefe do Executivo e qualquer interferência nesta esfera de competência configuraria vício formal, comprometendo a validade da norma, ferindo, ainda, o princípio da separação dos Poderes.

Nesse sentido, manifestou-se o STF:

> A locução constitucional 'regime jurídico de servidores públicos' corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com seus agentes. A cláusula de reserva pertinente ao poder de instauração do processo legislativo traduz postulado constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros. Incide em vício de inconstitucionalidade formal a norma legal estadual que, oriunda de iniciativa parlamentar, versa sobre matéria sujeita a iniciativa constitucionalmente reservada ao Chefe do Poder Executivo (STF - ADIN - Medida Cautelar nº 766, Relator Min. Celso de Mello, publicada no *DJ* de 27.05.94).

É sabido que o Município deve obedecer ao modelo federativo para o processo legislativo, o que não ocorreu no presente caso, uma vez que a Câmara legislou sobre matéria de competência exclusiva do Chefe do Executivo, como acima exposto.

É de se ressaltar que a referida mudança gera, ainda, despesa ao Município, não tendo a Câmara sequer, como dito pela ilustre Procuradora, "considerado a repercussão financeira nas leis orçamentárias".

Outro vício ainda padece, uma vez que a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 21, é cristalina ao afirmar que é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal, expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do Prefeito Municipal. Esse dispositivo é essencial, já que visa evitar edição de ato gerador de despesas para o próximo ocupante do cargo, que, provavelmente, não terá tido tempo de planejar suas futuras ações.

Assim, resta claro que o inciso questionado viola normas constitucionais.

Pelo exposto, acolhe-se a argüição de inconstitucionalidade do inciso XIX do art. 42 da Lei Orgânica do Município de Coromandel, com a redação que lhe foi dada pela Emenda nº 26/2004, bem como dos arts. 110, *caput* e 112, *caput*, da Lei Complementar nº 55/2002 - Estatuto do Servidor Público de Coromandel, suspendendo a respectiva eficácia em defintivo.

Custas, como de lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Reynaldo Ximenes Carneiro, Almeida Melo, José Antonino Baía Borges, Célio César Paduani, Hyparco Immesi, Kildare Carvalho, Jarbas Ladeira, Brandão Teixeira, José Domingues Ferreira Esteves, Francisco Figueiredo, Gudesteu Biber, Edelberto Santiago, Antônio Hélio Silva, Cláudio Costa, Isalino Lisbôa, Roney Oliveira, Schalcher Ventura, Herculano Rodrigues, Jane Silva* e *Alvim Soares.*

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE.

-:::-

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - CERTIDÃO DE DÉBITO EXPEDIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA - VOTO VENCIDO

Ementa: Uniformização de jurisprudência. Tribunal de Contas. Condenação. Execução. Ministério Público. Legitimidade.

- A titularidade, a legitimidade e o interesse imediato e concreto para proceder ao ajuizamento de ação de execução fundada em certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas do Estado somente pertencem ao ente público beneficiário da condenação, carecendo o Ministério Público de legitimidade para tanto.

- Divergência reconhecida e incidente de uniformização julgado no sentido de dar a interpretação de que o Ministério Público Estadual não tem legitimidade para promover a execução de julgados do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Uniformização de Jurisprudência n° 1.0000.06.445598-3/000 - Comarca de Contagem - Requerente: 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Requerida: Corte Superior do TJMG - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, em julgar procedente o incidente e reconhecer a ilegitimidade do Ministério Público para propor ações de execução de débitos apurados pelo Tribunal de Contas, vencidos os Desembargadores Brandão Teixeira e Célio César Paduani.

Belo Horizonte, 14 de março de 2007. - *Cláudio Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo interessado, Avair Salvador de Carvalho, a Dr.ª Ana Márcia dos Santos Mello, e proferiu sustentação oral, pelo Ministério Público, o Dr. Antônio Sérgio Rocha de Paula, que ratificou o parecer no sentido de uniformizar a jurisprudência reconhecendo a legitimidade do Ministério Público.

O Sr. Des. Cláudio Costa - Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado nos autos de apelação cível que corre junto à Primeira Câmara Cível deste Tribunal de Justiça quanto à legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação de execução fundada em certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas do Estado. A divergência foi reconhecida em acórdão de f. 531/533-TJ, tendo sido suspenso o julgamento do apelo e remetidos os presentes autos à Corte Superior. Os autos me vieram distribuídos, nos termos do § 1º do art. 449 do RITJMG, tendo sido cumprido o determinado pelo art. 450 do RITJMG, o que foi feito. O ilustre representante do *Parquet* neste Tribunal opinou às f. 572/585-TJ pelo reconhecimento de sua legitimidade para a propositura de ação de execução fundada em certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas do Estado, tudo conforme relatório.

Conheço do incidente, porquanto demonstrada a existência de divergência entre as Câmaras deste Tribunal sobre a matéria em exame.

Da legitimidade ativa do Ministério Público.

O inciso V do art. 23 da LC nº 33/1994, que dispõe sobre a organização e funcionamento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, previa a legitimidade do *Parquet* para a execução dos julgados do Tribunal de Contas.

Tal legitimação legal, entretanto, não mais existe em face da alteração do art. 23 da Lei Complementar Estadual nº 33/1994, levada a termo pelo art. 7º da Lei Complementar nº 93/2006.

Assim, manifesta a ilegitimidade do Ministério Público Estadual para promover execução de decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado.

No caso, a titularidade, a legitimidade e o interesse imediato e concreto para proceder ao ajuizamento de ação de execução fundada em certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas do Estado somente pertencem ao ente público beneficiário da condenação.

Não obstante, também há que se ressaltar a posição do egrégio STF, no julgamento do RE 223037/SE, publicado no *DJU* de 02.08.2002, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, assim ementado:

> Ementa: Recurso extraordinário. Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Competência para executar suas próprias decisões: impossibilidade. Norma permissiva contida na Carta Estadual. Inconstitucionalidade.
> - 1. As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, art. 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto.
> - 2. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente.
> - 3. Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões (CE, art. 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, por violação ao princípio da simetria (CF, art. 75). Recurso extraordinário não conhecido.

Dessa forma, clara a inconstitucionalidade do dispositivo anterior, do art. 23 da LC nº 33/1994, por violação do princípio da simetria, tanto que o legislador estadual veio a alterar tal dispositivo quando da edição da LC nº 93/2006.

Posto isso, reconheço a divergência e julgo no sentido de dar a interpretação de que o Ministério Público Estadual não tem legitimidade para promover a execução de julgados do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Sr. Presidente. Na esteira do respeitado pronunciamento do eminente Relator, estruturador de seu voto, fico em dizer que a divergência instalada é de ser reconhecida sob direcionamento interpretativo concludente de que o Órgão Ministerial Estadual não pode, por lhe faltar legitimidade, compor execução fundada em certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Ainda há de ser assinalado que a ementa colocada a lume pelo eminente Relator tem perfeito encaixe no caso e, ao meu sentir, ainda é perdurante. Assim, posiciono-me como o eminente Des. Relator.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Sr. Presidente. Por integrar Câmara Criminal, há mais de 10 anos, estou um pouco afastado dessa matéria, mas, a princípio, acompanho o Des. Relator, reservando-me analisar mais profundamente a questão em data oportuna.

Ainda que o Ministério Público Estadual tenha razão, não se pode esquecer que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas é específico; portanto, além dos argumentos do eminente Des. Cláudio Costa, entendo que, se o Ministério Público tiver legitimidade para propor ação, seria o órgão que atua junto ao Tribunal de Contas, e não o Ministério Público Estadual.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Sr. Presidente. Ia pedir vista, mas me convenci do acerto da posição do eminente Relator, tendo em vista a manifestação do Des. Sérgio Resende.

Entendo que, se existe a legitimidade, ela é restrita ao titular do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, apesar de ser uno o Órgão Ministerial.

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Não se manifestou.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Sr. Presidente. Sempre votei na linha de entendimento do voto do douto Relator, porque entendo que, efetivamente, ao Ministério Público não cabe executar débitos apurados pelo Tribunal de Contas, mas ao órgão que foi lesado pelo punido.

Com efeito, o Ministério Público pode e deve agir contra a autoridade que se mostrar omissa em relação à cobrança daquilo que é devido. Sabemos que há Prefeituras que deixam de cobrar impostos que acabam por prescrever, para que as autoridades municipais permaneçam no comando político. E também sabemos que no Estado há certos devedores que gozam de benefício com a omissão daqueles que devem agir contra esses faltosos com o erário.

Assim, *data venia*, ao Ministério Público cabe, sim, e ele deve fazê-lo, ou seja, entrar com a medida adequada, que seria, talvez, a ação civil pública, para que a autoridade que se omita seja punida, e não criar uma nova forma de perseguir, digamos assim, o ressarcimento de danos causados ao erário, através da execução, para a qual não está legitimado pela lei processual.

O Sr. Des. Carreira Machado - Sr. Presidente. Adoto toda a fundamentação do Relator, da revisão e dos demais Pares. Não vejo necessidade de maiores acréscimos. Estou de acordo com os votos que me antecederam.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente. Peço vista dos autos, porque o assunto merece, realmente, maior estudo.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Sr. Presidente, pela ordem.

Peço licença ao Des. Almeida Melo para antecipar o meu voto, porquanto, na 5ª Câmara Cível, temos votado no sentido de considerar a ilegitimidade do Ministério Público, que não se mostra como substituto processual do credor, nem se apresenta como curador do Município.

Além disso, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público há de existir junto ao Tribunal de Contas. Dessarte, peço licença para lembrar que está aberto concurso para provimento de cargo para o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

Com essas considerações, acompanho o eminente Relator.

O Sr. Des. Almeida Melo - Sr. Presidente, pela ordem. Gostaria, apenas, de observar que as duas decisões do Supremo Tribunal Federal, *data venia*, são muito fracas; os Ministros nem entram nesse aspecto da função institucional do Ministério Público. Dizem que precisaria do Estado, da pessoa jurídica entrar; não aceitam que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas entre, por entenderem que este só atua como *custos legis* e estão querendo, nas duas decisões do Supremo, que o Estado de Minas Gerais, no caso, entre, abstraindo o Ministério Público, dentro daquela idéia de que o Órgão Ministerial só pode ser parte processual em mandado de segurança e outras coisas assim.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Sr. Presidente, pela ordem. Peço vênia ao Des. Almeida Melo para, também, antecipar o meu voto, uma vez que em vários julgados de que havia participado como Relator, reconheci a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de execuções envolvendo decisões do Tribunal de Contas.

No entanto, após a alteração do art. 23 da Lei Complementar Estadual nº 33/1994, levada a efeito pelo art. 7º da Lei Complementar Estadual nº 93/2006, passei a entender que apenas o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas é que teria essa atribuição.

Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado pela 1ª Câmara

Cível deste Tribunal para fins de solidificar o entendimento acerca da legitimidade do Ministério Público para promover a execução da certidão de débito emitida pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Preliminarmente, acompanho o eminente Desembargador Relator quanto ao conhecimento do presente incidente, pois a matéria ora debatida encontra posicionamentos divergentes nas Câmaras deste Tribunal de Justiça.

No que se refere ao mérito, de igual forma, consoante tenho entendido quando do julgamento de processos envolvendo a matéria, após a Lei Complementar nº 93/2006, que alterou a redação do art. 23 da Lei Complementar nº 33/93 restou excluída, no âmbito do Estado de Minas Gerais, a competência do Ministério Público para a propositura de execução da certidão de débito emitida pelo Tribunal de Contas.

É que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Tribunal de Contas novas competências, deferiu-lhe autonomia administrativa e financeira, conferiu aos seus membros as prerrogativas e garantias dos membros do Poder Judiciário e deu-lhe roupagem de órgão totalmente independente em relação a qualquer dos Poderes do Estado.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança nº 21.466, reconhecendo essa nova moldura constitucional do Tribunal de Contas, assim decidiu:

> Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891, foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta.

O Tribunal de Contas, no exercício de seu mister constitucional, deve observar os princípios que presidem a Administração Pública (moralidade, legalidade, publicidade, impessoalidade e eficiência) como decorrência de princípios democráticos e constitucionais, promovendo o julgamento da responsabilidade administrativa e patrimonial dos ordenadores de despesa.

É imperioso observar, ainda, que a cobrança de numerário recebido indevidamente pelo ente público dispensa o processo de conhecimento, sendo certo que para tal mister "o procedimento inicia-se com a execução. A defesa, embora garantida, exercer-se-á nos estreitos limites previstos no processo de execução, por embargos de devedor", como escreveu o Prof. Edimur Ferreira de Faria, em seu Curso de direito administrativo positivo, p. 544.

É bem verdade que o § 2º do art. 75 da Lei Complementar Estadual nº 33/94 dispõe que, da decisão do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa, deve o responsável ser notificado, para, no prazo ali estabelecido, efetuar e comprovar o recolhimento do valor devido, podendo este autorizar o desconto em sua folha do pagamento do débito devidamente apurado.

Por outro lado, o Ministério Público, como se sabe, é conceituado pela Constituição como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, o Ministério Público não promove a defesa dos interesses dos governantes, de quem se acha desvinculado, mas busca a realização dos interesses da sociedade.

Com efeito, no âmbito do Estado de Minas Gerais, a legitimidade do Órgão Ministerial era disposta no art. 23, inciso V, da Lei Complementar 33/94, que conferia ao *Parquet* competência para promover a execução dos julgados do Órgão Fiscalizador, adotando as providências necessárias ao seu cumprimento.

Contudo, o referido artigo foi revogado pela Lei Complementar Estadual nº 93/2006, passando a ter a seguinte redação:

> Art. 23. Compete ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em sua missão de guarda da lei fiscal de sua execução, além de outras atribuições estabelecidas no Regimento Interno:
> I - promover a defesa da ordem jurídica, requerendo, perante o Tribunal de Contas, as medidas de interesse da justiça, da Administração e do erário;
> II - comparecer às sessões do Pleno e das Câmaras e dizer de direito, verbalmente ou por escrito, em todos os assuntos sujeitos à decisão do Tribunal;
> III - promover perante a Advocacia-Geral do Estado ou, conforme o caso, perante as procuradorias dos Municípios as medidas previstas no inciso II do § 6º do art. 75 e no art. 93 desta Lei, remetendo-lhes a documentação e as instruções necessárias;
> IV - acionar o Ministério Público para a adoção das medidas legais no âmbito de sua competência;
> V - emitir parecer conclusivo em todos os processos pertinentes ao controle externo e em outros, por solicitação do Presidente ou do Relator;
> VI - após o trânsito em julgado de decisão do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa, encaminhar ao jurisdicionado a respectiva certidão de débito para fim de notificação;
> VII - interpor os recursos permitidos em lei, sem prejuízo de poder ajuizar ações no cumprimento de sua missão, estabelecida no *caput* deste artigo.

Como se vê, a antiga redação do inciso V do referido art. 23 sofreu considerável alteração, visto que a competência anteriormente atribuída ao Ministério Público foi excluída, afastando por completo a legitimidade do *Parquet* para a promoção de execução dos julgados do Tribunal de Contas.

Registro, por fim, que tal entendimento já se encontra pacificado neste Tribunal, bem como no Supremo Tribunal Federal, a exemplo do julgado abaixo mencionado:

> Ementa: Recurso extraordinário. Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Competência para executar suas próprias decisões: impossibilidade. Norma permissiva contida na Carta Estadual. Inconstitucionalidade.
> 1. As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, art. 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto.
> 2. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente.
> 3. Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões (CE, art. 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, por violação ao princípio da simetria (CF, art. 75). Recurso extraordinário não conhecido (RE 223037/SE, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 02.05.2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Assim e sob tais considerações, julgo a presente uniformização no sentido de que seja reconhecida a ilegitimidade ativa do Ministério Público para a promoção de execução dos julgados do Tribunal de Contas.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Sr. Presidente, pela ordem. Rogando vênia ao Des. Almeida Melo, gostaria de antecipar o meu voto.

A Primeira Câmara Cível deste Tribunal suscitou incidente de uniformização de jurisprudência quanto à legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação de execução fundada em certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas do Estado.

Ouso divergir do eminente Des. Relator por entender que persiste a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação de execução fundada em certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas. Por ocasião do julgamento do Processo nº 1.0133.04.014954-3/001, de relatoria do Des. Jarbas Ladeira, tive oportunidade de apreciar a questão sob exame. O referido julgamento recebeu a seguinte ementa:

Apelação. Certidão de débito do Tribunal de Contas. Execução proposta pelo Ministério Público Estadual. Quantia recebida a maior por vereador. Resumindo-se a defesa do executado a alegar irregularidade da certidão e o fato de ter recebido o que lhe cabia, na Câmara Municipal de Faria Lemos, deveria fazer prova do que alegava. Não o fazendo, é de se confirmar a sentença que julgou improcedentes os embargos (Proc. j. em 17.05.2005 e pub. em 17.06.2005).

Rogo vênia do eminente Relator e peço licença aos ilustre Pares para retomar posicionamento ali manifestado:

> Em que pesem os judiciosos fundamentos insertos no v. voto condutor, rogo vênia, para, apresentando fundamentação diversa, reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público do Estado de Minas Gerais para promover execução de título proveniente de julgamento do TCE.
> *In casu*, verifica-se que o Órgão Ministerial atua como substituto processual, que, conforme determina o art. 6º do CPC, só poderá ocorrer quando a lei expressamente permitir.
> Nesses termos, ainda que se possa vislumbrar a atuação ministerial por via da ação civil pública, impõe-se o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público Estadual para promover execução de decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado. É o que se depreende do art. 23, inciso V, da Lei Complementar Estadual nº 33/94, que dispõe sobre a organização e funcionamento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, *in verbis*:
> 'Art. 23. Além de suas atribuições constitucionais, compete ao representante do Ministério Público: (...)
> V - promover a execução dos julgados do Tribunal, adotando as providências necessárias ao seu cumprimento'.
> No mesmo sentido, é a jurisprudência dominante:
> 'Ementa: Embargos de declaração. Ministério Público. Execução. Sucumbência. Honorários advocatícios.
> I - Deve o Ministério Público arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, vencido que foi na ação de execução movida contra parte ilegítima, uma vez que esta foi compelida a contratar advogado.
> II - O fato de ser atribuição do Ministério Público promover execução dos julgados do Tribunal de Contas de Estado não tem o condão de alterar a regra do art. 20 do CPC, que regula a sucumbência.
> III - Embargos de declaração rejeitados' (STJ-EDREsp 261.307/MG - Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro - pub. em 29.10.2001).
> 'Ementa: Processual civil. Execução. Embargos do devedor. Tribunal de Contas do Estado. Decisão. Título executivo extrajudicial. Prestabilidade. Executado. Notificação prévia. Inexigibilidade. Ministério Público. Legitimidade ativa. Prescrição. Inocorrência. Aplicação do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Parecer prévio. Rejeição pela Câmara Municipal. Irrelevância' (TAMG - Apelação Cível nº 294.257-6 - Rel. Juiz Kildare Carvalho - pub. em 17.05.2000).

Entendo que a alteração legislativa procedida pela LC 93/2006 não tem força para alterar a legitimidade do Ministério Público, anteriormente reconhecida.

A LC 93/2006 altera a Lei Complementar nº 33, de 28 de junho de 1994, que dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas e dá outras providências.

O art. 2º da LC 93/2006 tem a seguinte redação:

> Art. 2º - A Lei Complementar nº 33, de 1994, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 4º-A e 4º-B:
> Art. 4º-A - O Tribunal de Contas será dividido em Câmaras, observado o disposto no § 6º do art. 76 e no § 2º do art. 77 da Constituição do Estado.
> Art. 4º-B - Funciona junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, na forma estabelecida nos arts. 22 a 24 desta Lei.

O Art. 7º da LC 93/2006 tem a seguinte redação:

> Art. 7° - Os arts. 22, 23 e 24 da Lei Complementar nº 33, de 1994, passam a vigorar com a seguinte redação:
> Art. 22 - O Ministério Público *junto ao Tribunal de Contas*, essencial à função jurisdicional de

contas do Estado, compõe-se de quatro Procuradores, nomeados pelo Governador do Estado, dentre brasileiros, bacharéis em Direito com, no mínimo, três anos de atividade jurídica e que tenham mais de trinta e cinco e menos de sessenta anos de idade.
§ 1º - Ao Ministério Público *junto ao Tribunal de Contas* aplicam-se os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.
§ 2º - O Governador do Estado escolherá o procurador-Geral do Ministério Público *junto ao Tribunal de Contas* dentre aqueles indicados em lista tríplice elaborada e composta pelos integrantes da carreira, e o nomeará para mandato de dois anos, permitida uma recondução.
§ 3º - O Procurador-Geral, pelo exercício da função, terá um acréscimo de dez por cento em seu subsídio.
§ 4º - O ingresso na carreira far-se-á no cargo de Procurador, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais, em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação.
§ 5º - O Ministério Público *junto ao Tribunal de Contas* contará com o apoio administrativo e de pessoal do Tribunal, conforme organização estabelecida no Regimento Interno.
§ 6º - Aos membros do Ministério Público *junto ao Tribunal de Contas* aplicam-se as disposições da Seção I do Capítulo IV do Título IV da Constituição da República pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura e, subsidiariamente e no que couber, o disposto na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na parte relativa a direitos, garantias, prerrogativas, vedações, regime disciplinar e forma de investidura no cargo inicial da carreira.
Art. 23 - Compete ao Ministério Público *junto ao Tribunal de Contas*, em sua missão de guarda da lei fiscal de sua execução, além de outras atribuições estabelecidas no Regimento Interno:
I - promover a defesa da ordem jurídica, requerendo, perante o Tribunal de Contas, as medidas de interesse da justiça, da Administração e do erário;
II - comparecer às sessões do Pleno e das Câmaras e dizer de direito, verbalmente ou por escrito, em todos os assuntos sujeitos à decisão do Tribunal;
III - promover perante a Advocacia-Geral do Estado ou, conforme o caso, perante as procuradorias dos Municípios as medidas previstas no inciso II do § 6º do art. 75 e no art. 93 desta Lei, remetendo-lhes a documentação e as instruções necessárias;
IV - *acionar o Ministério Público para a adoção das medidas legais no âmbito de sua competência*;
V - emitir parecer conclusivo em todos os processos pertinentes ao controle externo e em outros, por solicitação do Presidente ou do Relator;
VI - *após o trânsito em julgado de decisão do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa, encaminhar ao jurisdicionado a respectiva certidão de débito para fim de notificação*;
VII - interpor os recursos permitidos em lei, sem prejuízo de poder ajuizar ações no cumprimento de sua missão, estabelecida no caput deste artigo.
Art. 24 - As funções previstas nos incisos III e IV do art. 23 serão exercidas pelo Procurador-Geral e, por delegação, pelos Procuradores.
§ 1º - O Procurador-Geral será substituído por Procurador, em caso de vacância do cargo e nas suas ausências e impedimentos por motivo de licença, férias ou outro afastamento legal, observada a ordem de antiguidade no cargo ou a maior idade, no caso de idêntica antiguidade.
§ 2º - O Procurador, nas substituições a que se refere o § 1º, terá direito, ainda que proporcional, ao acréscimo previsto no § 3º do art. 22 desta Lei (grifos nossos).

A Constituição da República criou um sistema de tutela dos interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública. O art. 129, II e III, da Carta Magna é expresso ao afirmar:

São funções institucionais do Ministério Público: (...)
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Além disso, o inciso IX do art. 129 da CF/88 admite que o Ministério Público exerça outras funções que lhe forem conferidas, desde

que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Note-se que a LC 93/2006 trata do Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas e não do Ministério Público como um todo. Os demais segmentos do Ministério Público mantêm a legitimidade para promover ações que tratem da defesa do patrimônio público.

Convém transcrever trecho do voto do em. Des. Alberto Vilas Boas, proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 387.559-6, no extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, constante do parecer ofertado pela D. Procuradoria-Geral de Justiça:

> Resta, para análise, o tema relativo à legitimidade ativa do Ministério Público para executar decisão proferida pelo Tribunal de Contas.
> Entende o recorrente que, conquanto tenha eficácia de título executivo a decisão do Tribunal de Contas que resulte em imputação de débito ou multa, a materialização do crédito somente poderia se dar mediante a invocação da tutela jurisdicional pelo Município de Contagem, através de sua respectiva Procuradoria.
> Não obstante o teor do precedente oriundo da Suprema Corte, não lhe assiste razão.
> Não se pode negar que o titular do crédito consubstanciado na certidão expedida pelo Tribunal de Contas seja o ente público cujo patrimônio foi agredido mediante o desembolso de quantia indevida a título de remuneração a agente político seu.
> Por conseguinte, não seria a própria Corte de Contas, a quem se deferiu particular forma de atuação na verificação de irregularidade das contas públicas, o órgão legalmente incumbido de concretizar a sanção aplicada consoante bem explicitado no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 223.037-1, Rel. Min. Maurício Corrêa.
> No entanto, há pormenor relevante que deve ser enfatizado no que concerne à ilegitimidade ativa do Ministério Público para promover a execução do citado título executivo.
> Com efeito, se se ler com atenção a íntegra do citado julgamento, ver-se-á que a restrição estabelecida o é em face do Ministério Público afeto ao Tribunal de Contas, e não quanto ao Ministério Público dos Estados ou da União.
> De fato, a Suprema Corte tem efetivado clara distinção entre os citados organismos públicos, entendendo, por conseguinte, que existem duas espécies de Ministério Público: o que tem atuação perante as Cortes de Contas - órgão autônomo e independente, cujas atribuições são estreitamente vinculadas à atividade deste colegiado especial - e os dos Estados e da União - e que não podem exercer atribuição relativa aos procedimentos afetos aos Tribunais de Contas.
> Em outras palavras, criou a Constituição Federal uma categoria especial relativa ao Ministério Público e o vinculou, expressamente, ao Tribunal de Contas, circunstância a revelar que é parte integrante da complexa estrutura deste órgão constitucional, conquanto não lhe deva hierarquia funcional.
> Nesse sentido, adverte José Afonso da Silva que:
> '(...) o art. 130 admite um Ministério Público especial, não mencionado no art. 128, junto aos Tribunais de Contas, portanto a órgão não jurisdicional (...). Ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas só compete o exercício de suas funções públicas de *custos legis*, porque a representação das Fazendas Públicas, aí, como em qualquer outro caso, é função dos respectivos Procuradores, nos termos dos arts. 131 e 132' (*Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, p. 554 e 558).
> Daí, por conseguinte, a procedência da argumentação feita pelo Supremo Tribunal Federal quanto a limitar a atividade de execução do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, uma vez que, sendo esta Corte integrante da Administração Direta, o poder de representação judicial será afeto à Advocacia-Geral da União, no plano federal, e à Procuradoria-Geral do Estado, no âmbito estadual.
> No entanto, é preciso perceber que a circunstância de o Ministério Público do Estado valer-se do título executivo emitido pelo Tribunal de Contas - no qual apurou-se a existência de lesão ao patrimônio público - não lhe retira a legitimidade para agir. Ao contrário, é o fato de o agravado munir-se deste documento com eficácia executiva que lhe permitirá exercer uma das mais destacadas atribuições hauridas em face do atual texto constitucional.
> Ao dispor, no art. 129, CF, que constituem funções institucionais do Ministério Público 'zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública

aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia' (inciso II) e 'promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos' (inciso III), deixou claro o legislador constituinte a intenção de criar organismo dotado de autonomia suficiente para combater prática de atos e condutas que objetivem ofender a moralidade e a probidade administrativas.

Ora, tornar-se-ia sem sentido prático exigir que o Ministério Público do Estado ou da União tenham, em face do eventual recebimento indevido de remuneração por agente político, que promover a instauração de processo de conhecimento para reconhecer os pressupostos do dever de indenizar quando, por força de provimento emitido por órgão constitucionalmente incumbido de zelar pela regularidade das contas públicas, existe título executivo disponível para, de forma mais eficiente e rápida, obter aquilo que seria alcançado na via morosa da ação ordinária.

Se a Carta da República atribuiu ao Ministério Público dos Estados e da União o encargo de zelar pelos direitos nela própria assegurados - e o cidadão tem a prerrogativa de o patrimônio público ser velado de modo probo e moralmente legítimo - e o de defender o patrimônio público, independentemente da atuação dos próprios entes públicos lesados, não é admissível que a decisão que impute multa ou débito originária das Cortes de Contas não possa ser, pelas citadas entidades ministeriais, utilizadas para restaurar a legalidade em face deste patrimônio que deve preservar.

Agir de forma contrária a esse propósito seria modo inequívoco de fraudar a vontade da Constituição e estimular, de forma bastante incisiva e concreta, que a decisão do Tribunal de Contas não sirva para a finalidade almejada pelo legislador constituinte: a de facilitar a reposição, aos cofres públicos das pessoas jurídicas lesadas, das quantias indevidamente obtidas por agentes públicos, políticos e quaisquer outras pessoas.

Outrossim, as regras da experiência ordinária transmitem a convicção de que é absolutamente raro, raríssimo, que a pessoa jurídica de direito público, violada por conduta tida como lesiva pelo Tribunal de Contas, adote qualquer postura no sentido de recuperar o dinheiro indevidamente gasto. A não ser naquelas hipóteses nas quais há repercussão nacional do ilícito cometido contra o patrimônio público, a regra geral é a omissão destas pessoas jurídicas em adotar qualquer espécie de providência que concretize a decisão da Corte de Contas.

Por isso, é que a Lei nº 8.625/93 - que instituiu a lei orgânica do Ministério Público nos Estados - legitima a instituição a 'ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas' (art. 25, VIII), e, desta forma, cuidou o legislador ordinário de prever forma extremamente facilitadora para dar eficácia definitiva da decisão proferida pelo Tribunal de Contas na forma preconizada pelo art. 71, § 3º, CF.

Consegue-se, deste modo, criar mecanismo eficiente que, sem retirar a natural legitimidade da pessoa jurídica de direito público para executar a decisão da Corte de Contas, inclui neste rol o Ministério Público dos Estados - que tem, como uma de suas missões, a de proteger o patrimônio público - que poderá propor as medidas judiciais (e a ação de execução forçada é uma delas) e dar feição concreta ao que o citado Tribunal deliberou.

Acentuo, ainda, que o art. 129, IX, CF, admite outorgar ao Ministério Público outra atribuição desde que compatível com sua finalidade, e, portanto, a regra do art. 25, VIII, da Lei nº 8.625/93 atende a esta determinação constitucional.

A conclusão que se encontra, pois, é aquela segundo a qual o precedente oriundo do RE nº 223.037-1 - que inibe o Ministério Público de executar a decisão do Tribunal de Contas que imputa débito ou multa - somente poderá ser oposto ao Ministério Público que perante a citada Corte se faz presente. Ao Ministério Público dos Estados-membros a citada decisão não se aplica, uma vez que o ato de ajuizar ação de execução lastreada em decisão dotada de executividade e que objetiva a devolução de quantias ao erário, é forma de inegável proteção ao patrimônio público.

Creio que pensar de forma contrária seria prestar um desserviço ao povo, que deseja a plena defesa do patrimônio público, e forma de fragilizar a atuação de instituições que têm objetivos comuns e não podem atuar de modo fracionado (f. 578/583).

O paradigma adotado pelo ilustre Relator diz respeito à norma inserida na Constituição do

Estado de Sergipe que legitimou o Tribunal de Contas para executar suas decisões. Não é, *data venia*, bem o caso do ordenamento jurídico do Estado de Minas Gerais que, como demonstrado, permite que o Ministério Público afeto ao Tribunal de Contas acione o Ministério Público Estadual para execução ou, na dicção da Lei Complementar nº 93/2006, "para a adoção das medidas legais no âmbito de sua competência", dentro da qual cabe perfeitamente a propositura de execuções para cobranças de multas e julgados, *data venia*, sem nenhuma quebra da violação ao princípio da isonomia com o centro, porque não incide na hipótese verificada no aresto do Tribunal Supremo colacionado no voto do eminente Relator.

Dessa forma, impõe-se reconhecer a legitimidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais para ajuizar ação de execução fundada em certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas do Estado.

Pelas razões acima, divirjo do em. Des. Relator para julgar no sentido de reconhecer a legitimidade do Ministério Público para promover ação de execução de julgados do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Sr. Presidente, pela ordem. Gostaria, também, de adiantar o meu voto.

A atuação do Órgão Ministerial como substituto processual só será admitida dentro daqueles casos previstos em lei.

Aqui, não há, expressamente, a possibilidade de o Ministério Público ser substituto processual para promover execução de crédito oriundo de certidão emanada do Tribunal de Contas.

Dizer que o art. 129 permite a ação civil pública para proteger o patrimônio público não significa a mesma coisa que permitir ao Órgão Ministerial promover a execução. Aliás, hoje, com a nova reforma do Código de Processo Civil, não há nem mais execução de sentença, há cumprimento de sentença como uma fase a mais no processo de conhecimento.

Então, não podemos tomar como exemplo a legitimidade para propositura de ação civil para autorizar Órgão Ministerial a promover execução de crédito do Tribunal de Contas, porque nem mesmo na ação civil pública, hoje, o Órgão Ministerial tem legitimidade para a execução de sentença, que não existe mais no nosso Código de Processo Civil.

Com essas razões, acompanho o eminente Des. Relator, pedindo vênia aos que entendem ao contrário.

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Sr. Presidente, pela ordem. Peço vênia ao eminente Des. Almeida Melo para antecipar o meu voto, no sentido de aderir integralmente ao entendimento exposto no voto do Relator.

É que, como entendo, a ação de cobrança, e aí incluída a execução, há que ser feita por agente devidamente autorizado por mandato da parte credora. Não posso entender que qualquer ente público possa dar procuração ao Ministério Público para recebimento dessas importâncias.

Por isso, reconhecendo a divergência, estou em que o Ministério Público não tem legitimidade para essas ações.

O Sr. Des. Alvim Soares - Sr. Presidente, pela ordem. Peço permissão ao eminente Relator para, apoderando-me de termos do seu voto, entender que carece ao Ministério Público legitimidade para promover a execução dos julgados do Tribunal de Contas, em face da alteração do art. 23 da Lei Complementar Estadual nº 33/94, modificada pelo art. 7º da Lei Complementar nº 93/2006.

Assim, com esses argumentos que tomei do eminente Relator, voto pela ilegitimidade do Ministério Público para tal mister.

Súmula - PEDIU VISTA O DES. ALMEIDA MELO. JULGARAM PROCEDENTE O INCIDENTE E RECONHECERAM A ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AÇÕES DE EXECUÇÃO DE DÉBITOS APURADOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS O

RELATOR E OS DESEMBARGADORES ISALINO LISBÔA, SÉRGIO RESENDE, RONEY OLIVEIRA, REYNALDO XIMENES CARNEIRO, CARREIRA MACHADO E, EM ADIANTAMENTO DE VOTO, OS DESEMBARGADORES JOSÉ FRANCISCO BUENO, KILDARE CARVALHO, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES E ALVIM SOARES. RECONHECEU A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO O DES. BRANDÃO TEIXEIRA.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Orlando Carvalho) - O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 28.02.2007, a pedido do Des. Almeida Melo. Julgaram procedente o incidente e reconheceram a ilegitimidade do Ministério Público para propor ações de execução de débitos apurados pelo Tribunal de Contas o Relator e os Desembargadores Isalino Lisbôa, Sérgio Resende, Roney Oliveira, Reynaldo Ximenes Carneiro, Carreira Machado e, em adiantamento de voto, os Desembargadores José Francisco Bueno, Kildare Carvalho, Antônio Carlos Cruvinel, José Domingues Ferreira Esteves e Alvim Soares.

Reconheceu a legitimidade do Ministério Público o Des. Brandão Teixeira.

Com a palavra o Des. Almeida Melo.

O Sr. Des. Almeida Melo - No precedente da Apelação Cível nº 1.079.02.006679-5/001, da Comarca de Contagem, admiti a legitimidade ativa do Ministério Público para efetivar a execução judicial do título executivo, firmado pelo Tribunal de Contas, ante a expressa previsão do art. 23, V, da Lei Complementar Estadual nº 33, de 1994.

Entretanto, o referido inciso V foi revogado pelo art. 7º da Lei Complementar nº 93, de 2006, como já foi visto pelo Desembargador Kildare Carvalho.

Os argumentos do Desembargador Alberto Vilas Boas, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.387.559-6, transcritos no voto do Desembargador Brandão Teixeira, impressionam-me bastante.

Aceito o argumento de que, raramente, as pessoas de direito público cuidam dos devidos ressarcimentos. Normalmente o fazem nos casos de escândalos denunciados pela imprensa.

É também bastante ilustrativa a afirmação do Desembargador Alberto Vilas Boas de que o julgado do Recurso Extraordinário nº 223.037-1, em termos técnicos, somente se opõe ao caso de execução de título judicial representativo de decisão do Tribunal de Contas, quando se tratar de caso do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, e não contra o Ministério Público do Estado, como representante da pessoa jurídica de direito público do Estado de Minas Gerais.

Faz sentido essa distinção para aqueles defensores de que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas tem apenas papel restrito de *custos legis*.

Como mencionei, anteriormente, os precedentes do Supremo Tribunal, daquele Recurso Extraordinário e do Recurso Extraordinário nº 106.923/ES, tendo como Relator o Ministro Sydney Sanches, julgado em 26 de abril de 1988, somente servem para descartar a legitimidade ativa do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por não ser considerado representante da pessoa jurídica de direito público e por não ter ele atribuição além daquela de *custos legis*. Não se estudou, naqueles precedentes, a possibilidade de o membro do Ministério Público representar judicialmente o Estado nas execuções de ações de defesa do patrimônio público, em que tenha atuado como autor ou em que possa ter atuado como autor.

A despeito de o Ministério Público ter reduzida sua competência de advocacia, com o surgimento da Advocacia da União e das advocacias dos estados, não é absoluta a retirada

daquele da legitimidade ativa para algumas ações, especialmente as ações coletivas.

No art. 129 da Constituição Federal, são previstas as funções institucionais do Ministério Público. Dentre essas funções, encontram-se algumas que têm de ser exercidas perante a Justiça. São os casos da ação penal pública; a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e da defesa dos direitos e interesses das populações indígenas.

No § 1º, está claro que a legitimidade do Ministério Público para as ações civis previstas no art. 129 não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição e nas leis.

O inciso IX do art. 129 confere ao Ministério Público outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

No art. 128, § 5º, II, *b*, a Constituição proíbe ao membro do Ministério Público o exercício da advocacia.

No art. 130, aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura dos membros do Ministério Público.

Como a Constituição Federal permitiu a ação civil pública, é natural que a respectiva execução possa também caber ao Ministério Público. Se a este é dado o impulso inicial, também se lhe reconhece o impulso intermédio, máxime quando a execução não é mais ação própria, distinta da primeira, mas continuação daquela.

O fato de não se tratar de execução de sentença, em ação na qual o Ministério Público tenha funcionado, por se tratar de execução de título extrajudicial, torna-se relevante, na medida em que a Constituição não lhe atribuiu, como devia, a ação subsidiária, pela inércia do autor. Ao contrário, vedou-lhe a advocacia e confirmou essa vedação quando lhe permitiu atividades compatíveis com suas funções institucionais, desde que não se trate de representação judicial de pessoa de direito público.

Ante as expressas e repisadas vedações constitucionais e na falta de texto expresso da Constituição do Estado, que foi revogado, adiro ao voto do Relator.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Sr. Presidente. É de meu conhecimento que há divergência entre julgadores e Câmaras deste Tribunal. Reconheço a legitimidade do Ministério Público para promover a execução de julgados do Tribunal de Contas, porém, inadmito a uniformização de jurisprudência.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Cinge-se a presente uniformização de jurisprudência à legitimidade ou não do Ministério Público para executar certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Com efeito, já tive oportunidade de examinar questão idêntica à ora em debate, perante a 5ª Câmara Cível deste Sodalício, da qual o ilustre Des. Cláudio Costa, Relator deste Incidente, também a compõe, quando prestei adesão a voto proferido por S. Ex.ª, no sentido da ilegitimidade do *Parquet* para tal *desideratum* (Apelação Cível nº 1.0400.05.017308-9/001, Comarca de Mariana, j. em 30.11.2006).

E, como Relator da Apelação Cível nº 1.0079.02.006709-0/001, julgada em 11.03.2004, à unanimidade, sufraguei a mesma tese, ao entender que "certidão expedida pelo Tribunal de Contas não pode ser objeto de ação executiva interposta pelo Ministério Público Estadual, por ausência de legitimidade *ad causam*".

Não merecendo, pois, a questão maiores indagações, acompanho, por inteiro, o voto pro-

ferido pelo eminente Relator, para reconhecer a ilegitimidade do Ministério Público para propor a ação executiva, tendo como base certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Sr. Presidente. Entendo, na forma da jurisprudência dominante deste Tribunal, pela ilegitimidade do Ministério Público para executar decisões que envolvam título executivo proveniente do Tribunal de Contas.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - O presente incidente de uniformização de jurisprudência foi suscitado, tendo em vista decisões divergentes neste Tribunal de Justiça, acerca da legitimidade ou não do Ministério Público Estadual para promover ação de execução com base em certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas do Estado.

Inicialmente, é de se reconhecer a divergência, porquanto restou demonstrada a sua existência através da juntada aos autos de acórdãos deste Tribunal de Justiça.

Com efeito, a teor do inciso XIII do art. 76 da Constituição Estadual, a Assembléia Legislativa exercerá o controle externo com o auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete aplicar aos administradores ou agentes públicos responsáveis a sanção prevista em lei, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, sendo certo que sua decisão de que resulte imputação de débito ou multa tem eficácia de título executivo (art. 75 da Lei Complementar Estadual nº 33/1994).

Depreende-se, então, que o credor do débito imputado é o próprio ente público prejudicado, aquele beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, ao qual caberá, através de seu representante judicial, o ajuizamento da respectiva ação de execução.

Ademais, sabe-se que a representação judicial, bem como a consultoria e o assessoramento jurídico, das unidades federadas é função de seus respectivos procuradores, como representantes da Fazenda Pública. Tanto que, em caso de eventual imputação de débito ou multa com eficácia de título executivo, compete ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas promover perante a Advocacia-Geral do Estado ou, conforme o caso, perante as procuradorias dos Municípios as medidas previstas, remetendo-lhes a documentação e as instruções necessárias (inciso III do art. 23 da Lei Complementar Estadual nº 33/94).

Quanto à legitimidade do Ministério Público, esta não há de ser reconhecida por força de disposição constitucional expressa, que veda a seus membros o exercício da advocacia, bem como a representação judicial e consultoria jurídica das entidades públicas (art. 129, IX, da Constituição da República).

Do acima exposto, julgo pela ilegitimidade do Ministério Público para promover execução judicial fundada em certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas do Estado.

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Sr. Presidente. Realmente, a divergência existe, mas, diante da notícia trazida pelo em. Des. Almeida Melo, quanto à posição do egrégio Supremo Tribunal Federal, ponho-me de acordo com o Relator.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo com o Relator.

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE O INCIDENTE E RECONHECERAM A ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÕES DE EXECUÇÃO DE DÉBITOS APURADOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS, VENCIDOS OS DES. BRANDÃO TEIXEIRA E CÉLIO CÉSAR PADUANI.

-:::-

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI N° 11.051/2004, QUE ACRESCENTOU O § 4º AO ART. 40 DA LEI N° 6.830/80 - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO PODER JUDICIÁRIO - NORMA DE CARÁTER PROCESSUAL - REFORMA - LEI ORDINÁRIA - SUFICIÊNCIA - ART. 24, I E XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DIREITO MATERIAL DECLINADO PELA FAZENDA PÚBLICA - AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO - NORMA GERAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - LEI COMPLEMENTAR - DESNECESSIDADE - ART. 146 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - VIOLAÇÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - INCONSTITUCIONALIDADE - INEXISTÊNCIA - DESACOLHIMENTO DO INCIDENTE - VOTO VENCIDO

Ementa: Incidente de inconstitucionalidade - Alegada ofensa à Constituição Federal, pela Lei nº 11.051/2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/1980, permitindo a pronúncia pelo juiz, de ofício, da prescrição do crédito tributário - Inocorrência - Matéria afeta ao campo da legislação processual, que não traz qualquer situação de modificação do direito material declinado, não reclamando, portanto, lei complementar para a sua reforma, bastando lei ordinária - Inteligência do art. 24, incisos I e XI, da CF/88.

- Inexistente qualquer inconstitucionalidade formal a ser reconhecida, senão o estabelecimento de uma nova política processual criada pelo legislador ordinário, que não conflita com quaisquer normas constitucionais, não há que se falar em violação aos seus mandamentos.

- Recalcitrância da Fazenda Pública Municipal em chancelar a vontade do legislador, que impôs o dever primário da Administração ao reconhecimento da prescrição antes mesmo de qualquer pronunciamento jurisdicional, nos termos do art. 1º, inciso II, letra *a*, da Lei Municipal nº 5.763/90, que antevê expressamente a remissão para o crédito tributário prescrito e o cancelamento da inscrição na dívida ativa. Incidente desacolhido.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE n° 1.0000.06.433466-7/000 - Comarca de Belo Horizonte - Requerente: Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Requerida: Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Relator: Des. GUDESTEU BIBER.

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DESACOLHER O INCIDENTE, VENCIDOS OS DES. ANTÔNIO HÉLIO E JOSÉ FRANCISCO BUENO.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2007 - *Gudesteu Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Gudesteu Biber - Cuida-se de incidente de inconstitucionalidade instaurado pela Quinta Câmara Cível deste eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sede da Apelação Cível nº 1.0024.97.012138-0/001, com a remessa dos autos à Corte Superior, para apreciação da alegada inconstitucionalidade da Lei nº 11.051, de 2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/1980, permitindo a pronúncia, de ofício, da prescrição do crédito tributário.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Dr.ª Elaine Martins Parise, opina pelo conhecimento do incidente, mas, no mérito, pela sua improcedência (f. 61/73).

É, em síntese, o relatório do essencial.

Preliminarmente.

Embora existam vários feitos em tramitação sobre a matéria ventilada, nenhum ainda foi julgado, ou seja, não houve apreciação por

parte desta egrégia Corte (informação de f. 58), o que denota a relevância da presente argüição.

Assim, conheço do incidente.

Mérito.

Sustenta a Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte a inconstitucionalidade do § 4º do art. 40 da Lei Federal nº 6.830/80, cuja redação é a seguinte:

> Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. (...)
> § 4º. Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, *de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente* e decretá-la de imediato. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 11.051, de 29.12.2004, *DOU* de 30.12.2004) (grifo nosso).

Segundo sua ótica, o dispositivo feriria a competência delimitada pelo art. 146, inciso III, da Constituição Federal, cuja disposição é a seguinte:

> Art. 146. Cabe à lei complementar: (...)
> III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...)
> b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Gostaria de lembrar, no entanto, que a norma de competência citada não excluiria, de modo algum, a legislação ordinária federal que estabelece, de modo específico, as regras a serem seguidas no curso do processo de execução, cujo conteúdo processual é inegável.

Não há dúvida de que o art. 174, *caput*, e parágrafo único, incisos I a IV, do Código Tributário Nacional, é a manifestação da competência constitucionalmente assegurada à legislação complementar, de modo que a disposição ali constante nada tem a ver com o fato da possibilidade do próprio reconhecimento do instituto no curso do processo executivo.

Na verdade, o reconhecimento da prescrição por parte do Poder Judiciário está afeta ao campo da legislação processual nem traz qualquer situação de modificação do direito material declinado pela Fazenda, porque uma coisa é regular a prescrição, e outra, muito diversa, é regular a possibilidade de seu reconhecimento no curso da lide instalada.

O exercício da competência geral complementar não exclui, de modo algum, o exercício da competência específica ordinária se com ela não é conflitante, e no caso não há o real conflito entre a norma ordinária com a norma complementar, mas tão-somente a adoção de uma política legislativa sobre o processo executivo fiscal.

A tese no sentido de que a norma de contenção do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980 não seria viável induziria a própria inconstitucionalidade de todos os dispositivos constantes do próprio dispositivo legal a regularem igual matéria, mesmo porque, se não pode a norma ordinária, de forma especial em relação ao crédito tributário, autorizar o reconhecimento da prescrição de ofício, por certo não poderia também regular sua suspensão, ou sua interrupção, devolvendo à norma complementar toda a questão processual que pudesse regular tal crédito.

No entanto, como a prescrição é norma de caráter material, a retirar do credor o seu direito de ação, a regulação de sua imposição não exigiria norma complementar, mesmo porque a regra do art. 24, incisos I e XI, da Constituição Federal estabelece competência ordinária a todos os entes da Federação para legislar sobre matéria tributária e processual, senão vejamos a redação dada à referida regra de competência:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
> I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
> (...);
> XI - procedimentos em matéria processual;

O fato de não ser lícito à norma ordinária dispor de forma diversa do Código Tributário

Nacional, em relação ao prazo prescricional, não traz nenhuma garantia constitucional à Fazenda quanto ao não-reconhecimento da prescrição de ofício, ou à imposição da imprescritibilidade do crédito tributário, mormente quando haja a ocorrência de prescrição intercorrente pela inação do credor em fazer certa a garantia de buscar a satisfação do crédito tributário, mesmo porque, por sua própria característica, o referido crédito seria indisponível, a impor à Administração o dever de chancelar a própria condição de sua extinção nas hipóteses legalmente declinadas.

Os argumentos a respeito da inconstitucionalidade da Lei Federal nº 11.051/04, que introduziu o § 4º no art. 40 da Lei Federal nº 6.830/80, são falaciosos, porquanto o tema deslindado pela norma de contenção não regula a prescrição dos créditos tributários, cuja disposição estaria definitivamente fincada no art. 174, *caput* e parágrafo único, incisos I a IV, do Código Tributário Nacional, por força da regra de competência do art. 146, inciso III, da Constituição Federal, mas, apenas, as regras processuais a autorizar a imposição de prescrição intercorrente em matéria tributária, cuja competência ordinária estaria fixada no art. 24, incisos I e XI, da Constituição Federal.

Outro não tem sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, ao dispor:

> Tributário e processual civil. Execução fiscal. Prescrição. Reconhecimento *ex officio*. Possibilidade. Novel legislação. § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830/80 acrescentado pela Lei nº 11.051/04. Norma processual. Aplicação imediata.
> I - O posicionamento do STJ sempre foi no sentido de que não é correta a decretação *ex officio* da prescrição em sede de execução fiscal, por versar sobre direito patrimonial disponível.
> II - A partir da Lei nº 11.051/04, que incluiu o § 4º no art. 40 da Lei nº 6.830/80, passou a ser admitido o reconhecimento de ofício da prescrição no executivo fiscal, ficando o magistrado autorizado a decretá-la de imediato, depois de ouvida a Fazenda Pública.
> III - O novel dispositivo introduzido na Lei de Execução Fiscal é de caráter processual, aplica-se de imediato a todos os processos em curso, inclusive à presente ação, porquanto a sentença que reconheceu a prescrição foi proferida quando já estava em vigor a aludida norma.
> IV - Recurso especial improvido (1ª Turma, REsp 835.264/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, j. em 06.06.2006, *DJU* de 30.06.2006, p. 204).
> Tributário e processual civil. Recurso especial. Execução fiscal. Prescrição intercorrente de ofício. Art. 40, § 4º, da LEF. - Tratando-se de execução fiscal, a partir da Lei nº 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/80, pode o juiz decretar de ofício a prescrição, após a ouvida da Fazenda Pública exeqüente... (2ª Turma, REsp 835.978/RS, Rel. Ministro Castro Meira, j. em 20.06.2006, *DJU* de 01.08.2006, p. 426).

Logo, inegável a adequação do art. 40, § 4º, da Lei Federal nº 6.830/80, com a redação que lhe deu a Lei Federal nº 11.051/04, ao sistema constitucional atual, mormente em virtude da competência instituída no art. 24, incisos I e XI, da Constituição Federal.

De outro lado, não havendo dúvida da condição processual da situação de reconhecimento da prescrição, seria indispensável observar que o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei Federal nº 11.280/2006, determinou a apreciação da prescrição de ofício, legislação que já passou do período de *vacacio legis* pelo prazo de noventa dias, estando em pleno vigor, de modo que os posicionamentos até então reinantes nos tribunais superiores, mormente no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a prescrição não poderia ser imposta pelo Juízo *ex officio*, por força da disposição contida no art. 194 do novo Código Civil, não possuem sustentação jurídica atual, porquanto o art. 11, da citada Lei Federal (nº 11.280/06), revogou expressamente a referida disposição, e o art. 3º, do mesmo diploma legal, fez introduzir o § 5º no art. 219 do Código de Processo Civil, para chancelar o dever do Juízo, de ofício, de conhecer da prescrição antes mesmo de ingressar nas demais questões suscitadas pelas partes.

Vejamos a Lei Federal nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006:

> Art. 3º. O art. 219 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:
> 'Art. 219 (...)
> § 5º. O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.
> (...)
> Art. 11. Fica revogado o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil'.

Logo, inexiste qualquer inconstitucionalidade formal a ser reconhecida, senão o estabelecimento de uma nova política processual criada pelo legislador ordinário, que não conflita com quaisquer normas constitucionais.

Finalmente, em se tratando do Município de Belo Horizonte, oportuno lembrar que seria dever primário da Administração o reconhecimento da prescrição antes mesmo de qualquer pronunciamento jurisdicional, porque o art. 1º, inciso II, letra *a*, da Lei Municipal nº 5.763/90, antevê expressamente a remissão para o crédito tributário prescrito e o cancelamento da inscrição na dívida ativa, de modo a não deixar sombra de dúvida de que a alardeada inconstitucionalidade é pura recalcitrância da Fazenda Municipal em chancelar a vontade do legislador, como se lhe fosse possível agir fora do princípio da estrita legalidade tributária.

Isso posto, e acolhendo o bem-lançado parecer ministerial, desacolho o presente incidente e declaro, *incidenter tantum*, a constitucionalidade da Lei nº 11.051/2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/1980.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Com o Relator.

O Sr. Des. Antônio Hélio Silva - Primeiramente, quero pedir vênia ao eminente Des. Relator para dele discordar, conforme tenho me posicionado em vários outros julgamentos a respeito da matéria ora em exame.

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela Quinta Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, nos autos da Apelação Cível nº 1.0024.97.012138-0/001, tendo em vista o pedido de declaração da inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Federal nº 11.051/2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei nº 6.830/80, formulado nas razões recursais pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte.

Conforme cediço, dentre as alterações promovidas pela Lei Federal nº 11.051/2004, encontra-se a possibilidade de o juiz declarar, de ofício, a prescrição intercorrente do crédito objeto de ação de execução fiscal proposta pela Fazenda Pública contra devedor inadimplente.

Sobre o tema, vale dizer que a prescrição intercorrente do crédito objeto de ação de execução fiscal é uma construção pretoriana, e tem por finalidade proteger o devedor da inércia da Fazenda Pública em conduzir o processo de execução. Assim, há muito se consolidou o entendimento de que, quando, por inércia da exeqüente, o executivo fiscal ficar paralisado por mais de cinco anos, sem que promova qualquer ato judicial no sentido de proceder à cobrança do crédito, opera-se a chamada prescrição intercorrente.

Todavia, antes da edição da Lei Federal nº 11.051/2004, a jurisprudência pátria vinha considerando que o reconhecimento da prescrição nos processos executivos fiscais, por envolver direito patrimonial, não podia ser feito de ofício pelo juiz, ante a vedação prevista no art. 219, § 5º, do CPC.

Ocorre que o art. 6º da Lei Federal nº 11.501/2004, através do qual se acrescentou ao art. 40 da Lei nº 6.830/80 o § 4º, viabilizou a decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial.

Entretanto, temos que, consoante o disposto no art. 146, III, *b*, da Constituição Federal, compete à lei complementar a atribuição de estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre obrigação, lança-

mento, crédito, *prescrição* e decadência (grifamos).

Daí decorre o entendimento de que a Lei nº 11.051/2004, por ser de natureza ordinária, não poderia dispor sobre matéria relativa à prescrição dos créditos tributários, havida como da reserva absoluta de lei complementar.

Assim, conclui-se com meridiana clareza que somente lei editada com a observância do processo legislativo previsto para lei complementar, que exige, inclusive, *quorum* qualificado, pode disciplinar a prescrição dos créditos tributários.

Releva anotar que não se trata apenas de hierarquia entre lei ordinária (Lei nº 11.051/2004) e lei complementar (CTN), mas de âmbitos materiais constitucionalmente fixados.

O grande e único argumento pelo qual se defende a possibilidade de disciplinar a prescrição de tributos por lei ordinária é o de que a Constituição Federal não exige nível mais elevado (lei complementar) para a edição de normas de caráter processual.

Todavia, temos que, enquanto as normas processuais se destinam ao exercício da jurisdição, as normas que disciplinam a prescrição tributária incidem diretamente sobre a relação jurídica de direito material, ou seja, sobre a obrigação tributária, possuindo, portanto, inequívoca natureza material.

Desse modo, conclui-se que a Lei nº 11.051/2004, ao dispor sobre a forma de declaração da prescrição tributária, deveria ter sido editada, processada e votada como lei complementar, mas, como não o foi, deve ser havida como inconstitucional.

Ressalta-se, entretanto, que a aludida inconstitucionalidade atinge tão-somente os créditos de natureza tributária, deixando de lado os demais créditos da Fazenda Pública, sobre os quais poderá incidir a regra inserta no § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830/80, introduzido pelo art. 6º da Lei nº 11.051/2004.

Por fim, vale frisar que tal entendimento vem sendo corroborado pela maioria da doutrina e jurisprudência pátrias, inclusive do STJ, sendo certo que, diante da inconstitucionalidade do art. 6º da Lei nº 11.051/2004, não pode o juiz, consoante o disposto no art. 219, § 5º, do CPC, declarar, de ofício, a prescrição intercorrente, quando o objeto da ação de execução fiscal for a cobrança de tributos, sob pena de violar o disposto no art. 146, III, *b*, da Constituição Federal.

Pelo exposto e renovando vênia ao eminente Des. Relator, é de se declarar a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Federal nº 11.051/2004, no caso concreto, devolvendo os autos à Câmara respectiva, para as providências cabíveis.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Sr. Presidente. Acompanho o Des. Gudesteu Biber.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Sr. Presidente. Vejo-me na condição de pedir vista, pois quero verificar o art. 174 do Código Tributário Nacional.

O Sr. Des. José Francisco Bueno - Sr. Presidente, pela ordem. Gostaria de adiantar o meu voto.

Renovando meu respeito ao ilustre Des. Schalcher Ventura, quando componente da Quinta Câmara Cível, já tive várias oportunidades de me manifestar a respeito da inconstitucionalidade dessa norma; assim, rendendo minhas homenagens a quem entende de forma diferente, acompanho a divergência e trilho o caminho pautado pelo Des. Antônio Hélio Silva.

O Sr. Des. Edgard Penna Amorim - Sr. Presidente, pela ordem. V. Ex.ª sabe, como ex-Presidente do Quarto Grupo de Câmaras e da Oitava Câmara Cível, que não tenho por costume antecipar voto quando o colega pede vista. Entretanto, como estou, aqui, na condição de convocado e tendo, por isso mesmo, examinado a espécie, que se cuida de matéria evidentemente jurídica, abro uma exceção, autori-

zada pelo Regimento Interno, para, pedindo vênia ao Des. Schalcher Ventura, antecipar o meu voto e o faço para acompanhar, também sob licença dos ilustres Pares que têm entendimento distinto, o eminente Des. Relator.

É que, a meu aviso, como bem exposto por S. Ex.ª, inclusive, mediante colação de precedentes jurisprudenciais de Tribunais Superiores, não obstante a matéria atinente à prescrição e decadência tributária seja, pela Constituição da República, reservada à lei complementar, o dispositivo objurgado, a meu aviso, trata exclusivamente de matéria processual, uma vez que autoriza, aliás, na esteira de recentes modificações, até mesmo do Código Civil de 2002, que o juiz, de ofício, desde que ouvida a Fazenda e decorrido o prazo prescricional previsto na Lei Complementar Tributária, proclame a ocorrência da prescrição.

A única ressalva que me permito fazer, também, sob vênia ao voto do eminente Relator, é que S. Ex.ª busca amparo no art. 24 da Constituição da República, pelo qual são de competência concorrente da União e dos Estados as leis que versem sobre procedimento em matéria processual e sobre o Direito Tributário, para legitimar a lei questionada, ao passo que me restrinjo à constatação de que, cuidando-se de matéria processual, a competência é privativa da União, a teor do art. 22, inciso I, da Constituição da República.

Com essas considerações, renovadas as vênias, acompanho o eminente Relator, para desacolher a argüição.

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - Sr. Presidente, pela ordem. Estou aqui, também, convocado em substituição e quero adiantar meu voto, porque acredito que essa matéria já foi tratada, em grande maioria, nas diversas Câmaras desta Casa, onde tem sido manifestado o mesmo entendimento do ilustre Relator, o qual acompanho.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Sr. Presidente, pela ordem. Indagaria de V. Ex.ª, se o julgamento for adiado, nós, que estamos convocados, teremos que voltar para julgar este caso? Se for assim, também gostaria de adiantar meu voto, até porque, no parecer do Ministério Público da Procuradoria de Justiça, o Procurador sustenta a inconstitucionalidade com base em um voto proferido por mim.

Então, pergunto a V. Ex.ª, se não tiver que voltar, aguardo e, se tiver que voltar, gostaria, também, de adiantar meu voto.

O Sr. Des. Isalino Lisbôa - Desembargador Eduardo Andrade. Por não ter havido preliminar, não há necessidade de V. Ex.ª voltar, mas pode adiantar seu voto.

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Sr. Presidente. Sendo assim, verifico que, no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, a ilustre Procuradora me honra ao fundamentar o seu entendimento não pela constitucionalidade, com base na Apelação Cível nº 1.0024.950795278.002, concluindo pela improcedência do incidente.

Em sendo assim, pedindo vênia ao eminente Des. Schalcher Ventura, adianto meu voto para, também, acompanhar o Relator, eminente Des. Gudesteu Biber.

O Sr. Des. Ernane Fidélis - Sr. Presidente, pela ordem. Também gostaria de adiantar meu voto.

Essa matéria foi objeto recente de exame, quanto ao aspecto processual; aliás, nem sei se é matéria processual, e foi uma das maiores violências que o legislador já fez relativamente a toda tradição que vem desde o Direito Romano, pois a prescrição é um direito da parte. Muitas vezes, a parte não quer discutir, quer provar, quer discutir a relação jurídica, e o juiz, de ofício, não deixa, pois está prescrito. Isso vem, repito, desde o Direito Romano e é através de exceção que se faz, tanto que chamamos exceção de prescrição.

Mas indago: essa norma é de caráter tributário? Não. Ela pode estar incluída ou faz alguma referência ao Código Tributário, mas

não é norma tributária, é, puramente, uma norma de caráter formal, de direito material formal, em que o juiz pode perfeitamente decretar a prescrição de ofício. É um absurdo violentar a tradição do Direito e não partir do Instituto do direito processual, que não tinha essa ementa, que veio de outro órgão, parece-me que do Executivo, e alterou, inclusive, o art. 194 do Código Civil. Mas não tem nada de inconstitucional.

Na verdade, é uma norma comum, o nosso direito claudicou, está caduco, como muita coisa no Brasil, inclusive, um tal de Conselho Nacional da Magistratura, mas temos a lei.

Acompanho o Des. Gudesteu Biber.

O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes - Sr. Presidente, pela ordem. É de meu hábito aguardar todos os pedidos de vista, mas, como estou aqui, ocasionalmente, e já tive o cuidado e o dever de examinar esse processo, pedindo vênia à douta divergência, acompanho o eminente Relator, até porque estou a entender, atento às normas gerais do Direito Tributário, que, no que tange à prescrição, compete esta à lei complementar. As normas gerais, ao meu modesto aviso, são entendidas como aquelas que estabelecem os princípios e fundamentos, diretrizes e critérios que se adaptam à lei, completando a regência da própria matéria. Não se pode ser tido por norma geral de Direito Tributário o caso em foco, porque não possui qualquer desses objetivos, tratando de matéria processual correlata à prescrição.

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade instaurado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sede da Apelação 1.0024.97.012138-0/001, afetada para apreciação da Corte Superior deste Tribunal para que seja apreciada a alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 11.051/2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, o que permitiu a decretação de ofício da prescrição do crédito tributário.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do incidente de inconstitucionalidade e, no mérito, pela sua improcedência, porque a Lei nº 11.051/2004 não invade o campo material da lei complementar, uma vez que ela não trata de matéria tributária. A prescrição de ofício continua regulada pelo art. 40 da Lei nº 6.830/80 e a inserção do § 4º a esse artigo apenas faculta ao juiz reconhecer de ofício a prescrição intercorrente, numa tentativa de estabilização dos conflitos de interesses no tempo e impedindo a eternização do direito do credor.

Conheço do incidente de inconstitucionalidade, uma vez instaurado nos termos do art. 18, I, *d*, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O cerne da controvérsia reside na possibilidade de decretação da prescrição do crédito tributário, de ofício. Ocorre que as correntes que pregam a inconstitucionalidade da Lei nº 11.051/2004 argúem a invasão do campo de competência de lei complementar ao instituir a referida faculdade em se tratando de matéria tributária.

A Lei nº 11.051/2004, de 29 de dezembro de 2004, acrescentou ao art. 40 da Lei nº 6.830/80 o § 4º, mas não trouxe alteração ao CTN, de modo que eles devem ser interpretados harmonicamente. O reconhecimento de ofício da prescrição é matéria processual que independe de lei complementar para instituí-la. Assim, não procede a discussão acerca da constitucionalidade da Lei nº 11.051/2004, uma vez que o art. 146, III, *b*, da CF/88 institui, *verbis*:

> Art. 146. Cabe à lei complementar: (...)
> III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...)
> b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

Nota-se, portanto, que apenas as normas gerais de Direito Tributário, no que tange à prescrição, competem à lei complementar. Normas gerais são entendidas como aquelas que estabelecem os princípios, fundamentos, diretrizes, critérios básicos, que adaptam a lei, completando a regência da matéria que disciplinam. O art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80 não pode ser tido por norma geral de Direito

Tributário, porque não possui qualquer desses objetivos, tratando de matéria processual correlata à prescrição.

Assim, cabe ao juiz determinar a prescrição de ofício, decretando-a imediatamente. Nesse sentido, escrevem Leandro Paulsen e René Bergmann Ávila:

> Reconhecimento de ofício. Possibilidade. Extinção da ação e do próprio crédito tributário. Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004. - Por força do art. 156, V, do CTN, a prescrição, no Direito Tributário, atinge não apenas a ação, como o próprio direito material, pois extingue o crédito tributário. Em razão disso, e.g., o pagamento de crédito prescrito é indevido, ensejando repetição, conforme se pode ver de nota ao art. 165, inciso I, do CTN. Essa peculiaridade da prescrição em matéria tributária nos leva ao entendimento de que se equipara à decadência quanto a tal efeito, de modo que enseja o reconhecimento de ofício pelo juiz em execução fiscal. Atualmente, tal se encontra consagrado pela Lei nº 11.051/04 ao atribuir nova redação ao art. 40 da LEF (*Direito processual tributário*: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 409).

Nesse mesmo sentido, decide o Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil e tributário. Recurso especial. Execução fiscal. Prescrição. Decretação de ofício. Art. 219, § 5º, do CPC (redação da Lei 11.280/2006). Direito superveniente e intertemporal.
> 1. Tratam os autos de execução fiscal proposta pelo Município de Porto Alegre para cobrança de débito tributário decorrente de IPTU. A exordial requereu: a) o chamamento do responsável tributário devidamente indicado na CDA anexa para pagar o valor dos créditos da Fazenda Municipal. A sentença declarou a prescrição do crédito tributário e julgou extinto o feito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil, uma vez que transcorridos mais de cinco anos entre a constituição do crédito e a citação válida do executado, que ocorreu em 29.01.2003. Interposta apelação pelo Município, o Tribunal *a quo* negou-lhe provimento por entender que: a) a prescrição no direito tributário pode ser decretada de ofício, porquanto extingue o próprio crédito (art. 156, V, do CTN); b) o direito positivo vigente determina tal possibilidade. Inteligência do art. 40, § 4°, da LEF, acrescentado pela Lei nº 11.051, de 29.12.2004. O Município de Porto Alegre aponta como fundamento para o seu recurso que a prescrição não pode ser conhecida *ex officio*. Não foram ofertadas contra-razões.
> 2. Vinha entendendo, com base em inúmeros precedentes desta Corte, pelo reconhecimento da possibilidade da decretação da prescrição intercorrente, mesmo que de ofício, visto que:
> - O art. 40 da Lei nº 6.830/80, nos termos em que admitido no ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174 do CTN.
> - Repugnam os princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida. Assim, após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo-se segurança jurídica aos litigantes.
> - Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, nele não incluídos os do art. 40 da Lei nº 6.830/80. Há de ser sempre lembrado que o art. 174 do CTN tem natureza de lei complementar.
> 3. Empós, a 1ª Turma do STJ reconsiderou seu entendimento no sentido de que o nosso ordenamento jurídico material e formal não admite, em se tratando de direitos patrimoniais, a decretação, de ofício, da prescrição.
> 4. Correlatamente, o art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80 foi alterado pela Lei nº 11.051/04, passando a vigorar desta forma: 'Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato'.
> 5. Porém, com o advento da Lei nº 11.280, de 16.02.06, com vigência a partir de 17.05.06, o art. 219, § 5º, do CPC, alterando, de modo incisivo e substancial, os comandos normativos supra, passou a viger com a seguinte redação: 'O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição'.
> 6. Id est*, para ser decretada a prescrição de ofício pelo juiz, basta que se verifique a sua ocorrência, não mais importando se se refere a direitos patrimoniais ou não, e desprezando-se a oitiva da Fazenda Pública. Concedeu-se ao magistrado, portanto, a possibilidade de,*

ao deparar com o decurso do lapso temporal prescricional, declarar, ipso fato*, a inexigibilidade do direito trazido à sua cognição.*
7. *Por ser matéria de ordem pública, a prescrição há ser decretada de imediato, mesmo que não tenha sido debatida nas instâncias ordinárias.* In casu*, tem-se direito superveniente que não se prende a direito substancial, devendo-se aplicar, imediatamente, a nova lei processual.*
8. 'Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso, cabendo ao juiz da execução decidir a respeito da sua incidência, por analogia, à hipótese dos autos' (1ª Turma, REsp nº 814696/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 10.04.2006).
9. Execução fiscal paralisada há mais de cinco anos. Prescrição intercorrente declarada.
10. Recurso não provido (1ª Turma, REsp 843557, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 20.11.2006) (grifo nosso).

Tributário - Execução fiscal - Prescrição intercorrente - Decretação de ofício - Impossibilidade - Lei n° 11.280/06.
1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual, em execução fiscal, o despacho que ordena a citação não interrompe a prescrição, pois somente a citação pessoal tem esse efeito. Deve, assim, prevalecer o disposto no art. 174 do CTN sobre o art. 8º, § 2º, da Lei n° 6.830/80.
2. No particular, verifica-se que não houve a citação ao devedor, razão por que a execução ficou paralisada por mais de cinco anos. O insigne Magistrado, todavia, sem intimação prévia às partes, ordenou, de ofício, a extinção do feito por ocorrência da prescrição.
3. Registre-se que, com o advento da Lei n° 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei n° 6.830/80, tornou-se possível a decretação *ex officio* da prescrição pelo juiz, mas somente nos casos de prescrição intercorrente, após ouvido representante da Fazenda Pública.
Recurso especial provido (2ª Turma, REsp 857981, Rel. Min. Humberto Martins, *DJ* de 29.11.2006).

Nota-se que a redação dada pela Lei nº 11.280/2006 ao art. 219, § 5º, do CPC reforçou a idéia já trazida pelo § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830/80, desprezando a natureza dos direitos que sofrem os efeitos da prescrição e obrigando-o a pronunciá-la de ofício. Nesse sentido, escrevem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Prescrição. Decretação de ofício. - O regime jurídico da prescrição (o que é, quais os prazos, quando se interrompe ou se suspende etc.) é dado pelo CC. Seu reconhecimento em juízo, vale dizer, em processo ou procedimento judicial, é regulado pelo CPC. A prescrição é sempre de ordem patrimonial e, pela nova sistemática da Lei 11.280/06, o juiz deve pronunciá-la de ofício. A norma é imperativa e não confere faculdade ao juiz para reconhecer a prescrição de ofício, mas o obriga a pronunciá-la *ex officio*. Foi revogado o CC 194 (Lei n° 11.280/06 - 11), que proibia o juiz de reconhecer a prescrição, salvo quando se tratasse de favorecer incapaz. Agora o juiz deve reconhecê-la de ofício independentemente de quem será o prejudicado ou o beneficiado por esse reconhecimento.
Prescrição e poder público. - Tendo em vista a nova regra de reconhecimento judicial de prescrição, transformando essa matéria, nessa parte, em questão de ordem pública, o juiz deve proclamar a prescrição ainda que contra o Poder Público em todas as manifestações (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista federais, estaduais, distritais e municipais) (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, p. 407/408).

Prosseguem os citados autores à p. 410:

Execução fiscal. Prescrição. - É inadmissível o reconhecimento, de ofício, da prescrição da ação de execução fiscal, que tem como objeto direitos patrimoniais (CPC, 219, § 5º) (STJ, *RT* 706/184). Esse entendimento encontra-se superado pela superveniência da Lei n° 11.280/06 que, ao dar nova redação ao CPC 219 § 5º, determina ao juiz o conhecimento *ex officio* da prescrição, providência que deve ser tomada inclusive contra o poder público.
Execução fiscal. Prescrição. - Em sede de execução fiscal, não sendo encontrado o devedor, nem localizados bens penhoráveis, o processo, após um ano de suspensão, é remetido ao arquivo provisório, até que tenha condições de prosseguimento, não ocorrendo, na hipótese, a prescrição da ação.

Destaca-se que muitos doutrinadores e inclusive a doutrina já entendiam, mesmo antes da vigência da Lei nº 11.051/2004, que a prescrição em Direito Tributário poderia ser determinada de ofício pelo juiz, porque ela faz caducar o direito, assim como ocorre com a decadência, por extinguir o crédito tributário.

A 4ª Câmara Cível deste eg. Tribunal reconhece a constitucionalidade da Lei nº 11.051/2004:

> Execução fiscal. Prescrição. Reconhecimento de ofício. Lei Federal nº 11.051/04. Aplicação parcial. Processos em curso. - O § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830/80, que foi acrescentado pelo art. 6º da Lei Federal nº 11.051, de 29.12.04, embora, a rigor, não se harmonize integralmente com o art. 146, III, *b*, da Constituição Federal e o art. 174 do Código Tributário Nacional, tem preservada sua regra de natureza processual e de efeito imediato, quanto ao reconhecimento, de ofício, da prescrição qüinqüenal nas execuções fiscais em curso. Nega-se provimento à apelação (4ª Câmara Cível, Ap. 1.0024.98.053678-3/001, Rel. Des. Almeida Melo, p. em 12.01.2006).
>
> Direito tributário. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Reconhecimento de ofício. Inteligência da Lei nº 11.051/2004. Admissibilidade.
> 1. Resta configurada a prescrição intercorrente quando demonstrada a inércia da exeqüente em promover os atos de impulsão processual, por mais de cinco anos, seja por mera negligência, ou, mesmo que agindo diligentemente, não obtenha êxito em localizar os devedores.
> 2. A suspensão do processo de execução fiscal (art. 40 da Lei nº 6.830/80) não pode protrair-se ilimitadamente no tempo. Há de compatibilizar-se com a regra prevista no art. 174, I, do Código Tributário Nacional, de modo que o débito tributário executado não se torne imprescritível ou ultrapasse o lapso prescricional.
> 3. Nega-se provimento ao recurso (4ª Câmara Cível, Ap. 1.0024.94.000872-5/001, Rel. Des. Célio César Paduani, p. em 13.06.2006).
>
> Execução fiscal - Prescrição - Decretação de ofício - Conflito entre o CTN e a Lei de Execuções Fiscais - Prevalência daquele. - É possível o conhecimento, de ofício, da prescrição de créditos tributários, pois, nesta seara, não vigora a disponibilidade dos interesses da Fazenda Pública ou dos contribuintes, uma vez que eles têm feição absolutamente diversa daqueles de natureza patrimonial. A prescrição torna o título inexigível e, por via de conseqüência, leva à nulidade da execução, a teor do disposto no art. 618, inciso I, do CPC. Em matéria de prescrição do crédito tributário, por força do disposto no art. 146, inciso III, *b*, da CF/88, em caso de conflito entre as regras do CTN e da Lei de Execuções Fiscais, aquelas prevalecem sobre estas (4ª Câmara Cível, Ap. 1.0079.02.031311-4/001, Rel. Des. Audebert Delage, p. em 24.10.2006).
>
> Direito processual civil - Execução fiscal - Prescrição intercorrente - Decretação de ofício - Possibilidade - Lei 6.830/80, art. 40, § 4º. - A teor do disposto no art. 166 do Código Civil de 1916, no art. 194 do atual Código Civil e no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, não pode o juiz, de ofício, reconhecer a prescrição em execução fiscal, feito que envolve direitos patrimoniais. O § 4º do art. 40 da Lei n° 6.830/80 só autoriza a decretação de ofício da prescrição intercorrente se, da decisão que ordenar o arquivamento dos autos, tiver decorrido o prazo qüinqüenal (4ª Câmara Cível, Ap. 1.0024.98.053927-4/001, Rel. Des. Moreira Diniz, p. em 07.02.2006).
>
> Apesar da restrição apontada pelo Des. Moreira Diniz para a decretação de ofício da prescrição, que, segundo ele, não pode se referir a direitos patrimoniais, não há discordância acerca da constitucionalidade da Lei nº 11.051/2004 e da aplicabilidade do art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80.

As demais Câmaras deste Tribunal apóiam esse entendimento:

> Execução fiscal - Prescrição - Decretação de ofício.
> - Com o advento da Lei n° 11.280/06, a decretação de ofício torna-se norma processual geral, visto que o art. 11 da referida lei, revogando disposição contida no Código Civil, art. 194, que até então vedava ao juiz a possibilidade de suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorável a absolutamente incapaz, também alterou, por seu art. 3º, a redação do § 5º, art. 219 do CPC, dispondo explicitamente que 'o Juiz pronunciará de ofício a prescrição'.

- Paralisado o processo de execução por mais de cinco anos, consolida-se a prescrição que, erigida, em qualquer contexto, à matéria de ordem pública, pode ser reconhecida pelo juiz *ex officio*.
- Recurso desprovido (1ª Câmara Cível, Ap. 1.0024.94.087799-6/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, publicado em 20.10.2006).

Tributário e processual civil - Execução fiscal - Decretação da ocorrência de prescrição, de ofício - Possibilidade - Alteração legislativa - Matéria de ordem especial - Lapso temporal de cinco anos para o seu decreto - Não-ocorrência - Provimento da irresignação - Inteligência do art. 6º da Lei n° 11.051/2004 - Arts. 174 do CTN e 194 do Código Civil. - Desde que cumpridas as exigências legais, é legítima a decretação, de ofício, da prescrição intercorrente em execuções fiscais. Transcorridos cinco anos contados a partir da decisão que ordenar o arquivamento dos autos, o juiz poderá reconhecer, de ofício, a prescrição intercorrente, desde que, antes, ouça a Fazenda Pública (5ª Câmara Cível, Ap. 1.0024.00.044401-8/001, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, p. em 16.12.2005).

Prescrição intercorrente - Decretação de ofício - Não-observância do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80 - Improcedência. - É possível a decretação, de ofício, da prescrição intercorrente na execução fiscal, nos termos do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, acrescentado pela Lei 11.051/04; no entanto, o termo inicial da prescrição é a data do arquivamento, não sendo possível o decreto extintivo do feito, por prescrição, se o processo não estava arquivado (7ª Câmara Cível, Ap. 1.0079.05.182287-6/001, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, p. em 07.12.2006).

Execução fiscal - Crédito de natureza administrativa - Multa - Prazo de cinco anos - Prescrição intercorrente - Configuração - Inércia da Fazenda Pública - Extinção do feito - Art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil - Decretação de ofício pelo magistrado - Lei nº 11.051/04 - Possibilidade.
- É de se aplicar o prazo prescricional de cinco anos no caso da cobrança de multa em razão do exercício do poder de polícia pelo Município, decorrente da instalação de estabelecimento sem o devido alvará de localização, levando-se em consideração a natureza administrativa da relação jurídica que originou o crédito.
- Configura-se a prescrição intercorrente quando o processo de execução fica paralisado por mais de cinco anos diante da inércia da Fazenda Pública Municipal, deixando a exeqüente de tomar as providências cabíveis, ensejando a extinção do feito, de acordo com o art. 269, inciso IV, do CPC, podendo a prescrição ser decretada de ofício, de acordo com o § 4º do art. 40 da LEF, introduzido pela Lei nº 11.051/04 (8ª Câmara Cível, Ap. 1.0024.97.113692-4/001, Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, p. em 25.10.2006).

Nota-se que grande parte dos Julgadores deste Tribunal entende pela possibilidade de decretação de ofício da prescrição e pela constitucionalidade da Lei nº 11.051/2004. Entretanto, alguns entendem pela necessidade de oitiva da Fazenda Pública antes de ser decretada, outros, pela necessidade de decorridos os cinco anos do arquivamento do feito.

Dessa forma, por todo o exposto, desacolho o incidente de inconstitucionalidade.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Sr. Presidente, pela ordem. Também peço vênia ao eminente Des. Schalcher Ventura para antecipar meu voto, na medida em que sou convocado.

A questão é, realmente, interessante, porque se cuida de fixar se é a norma processual ou se é de direito material. A nosso aviso, o legislador permitiu que o juiz examine de ofício a prescrição, e a recente alteração do CPC, ao revogar o art. 194 do Código Civil de 2002 e inserir mais um parágrafo no art. 219 do CPC, foi, até, além, determinando que o juiz examine de ofício. Volto a repetir, que pode ser boa ou má política legislativa, mas fazendo coro com o Des. Ernane Fidélis, *legem habemus*.

Peço vênia a quem entende o contrário para, também, acompanhar o eminente Relator e rejeitar o incidente.

Súmula - PEDIU VISTA O DES. SCHALCHER VENTURA. ACOLHIAM O INCI-

DENTE OS DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA E, EM ADIANTAMENTO DE VOTO, O DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO. DESACOLHIAM: O RELATOR, O REVISOR E O DES. RONEY OLIVEIRA E, EM ADIANTAMENTO DE VOTO, OS DES. EDGARD PENNA AMORIM, EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, EDUARDO ANDRADE, ERNANE FIDÉLIS, DÁRCIO LOPARDI MENDES E CAETANO LEVI LOPES.

Notas taquigráficas

O Sr. Presidente (Des. Orlando Carvalho) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 13.12.2006, a pedido do Des. Schalcher Ventura, após votarem acolhendo o incidente os Des. Antônio Hélio Silva e, em adiantamento de voto, o Des. José Francisco Bueno, e desacolhendo-o o Relator, Revisor, e o Des. Roney Oliveira e, em adiantamento de voto, os Des. Edgard Penna Amorim, Edivaldo George dos Santos, Eduardo Andrade, Ernane Fidélis, Dárcio Lopardi Mendes e Caetano Levi Lopes.

Com a palavra o Des. Schalcher Ventura.

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Considerando minha freqüente ausência às sessões desta Corte Superior, devido à necessidade do Tribunal Eleitoral, pedi vista para melhor examinar a matéria.

Verifiquei que este não é o primeiro incidente de inconstitucionalidade da Lei n° 11.051/2004, pois já concluídos os julgamentos dos incidentes n°s 1.0000.06.433468-3.000 (Relator: Des. Antônio Hélio Silva; Relator para o acórdão: Des. Almeida Melo) e 1.0000.06.435143-0.000, este último relatado pelo Des. Gudesteu Biber, que também relata o presente processo.

Em ambos os casos, rejeitou-se o incidente de inconstitucionalidade e declarou-se, *incidenter tantum*, constitucional o § 4º do art. 40 da Lei Federal nº 6.830, de 1980, introduzida pelo art. 6º da Lei Federal nº 11.051, de 2004, de modo que, a meu sentir, a presente argüição deve ser tida como irrelevante, nos termos do art. 248, § 1º, II, do Regimento Interno.

Se assim não entenderem os eminentes pares, uma vez que o julgamento já está iniciado, meu voto é pelo não-acolhimento do incidente.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Também desacolho o incidente.

O Sr. Des. Carreira Machado - (Ausente)

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Desacolho o incidente.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Voto com o Relator, *data venia*.

O sr. Des. Hyparco Immesi - Desacolho o incidente.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Com o Relator.

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Desacolho o incidente.

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Com o Relator, desacolho o incidente.

O Sr. Des. Alvim Soares - Desacolho o incidente.

O Sr. Des. Sérgio Resende - Com o Relator.

Súmula - DESACOLHERAM O INCIDENTE, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES ANTÔNIO HÉLIO E JOSÉ FRANCISCO BUENO.

-:::-

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

PENHORA - ATO ELETRÔNICO DE BLOQUEIO - POSSIBILIDADE - PROVENTOS - CRÉDITO CONSIGNADO - LIMITAÇÃO

Ementa: Agravo de instrumento. Penhora via ato eletrônico de bloqueio. Possibilidade.

- A retenção de numerário via ato *on line*, além de perfeitamente possível, não viola o sigilo bancário resguardado pela Constituição Federal, uma vez que observado o procedimento estabelecido no convênio firmado entre o Banco Central e o Superior Tribunal de Justiça, ao qual aderiu o Tribunal de Justiça. A medida excepcional implica maior efetividade às execuções, conferindo maior celeridade ao processo, representando uma evolução da técnica processual, visando atender aos fins precípuos da ação.

- Devem o Juiz e a Secretaria zelar para a concretização da penhora na sua forma processual e dentro dos limites dos valores a serem retidos, não bastando a retenção destes valores.

AGRAVO N° 1.0024.06.024567-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Dionísio Divino - Agravada: Gráfica Silva Lara Ltda. - Relator: Des. FERNANDO CALDEIRA BRANT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO, MODIFICANDO EM PARTE O DISPOSITIVO DA DECISÃO.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2007. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Fernando Caldeira Brant - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão do Juízo da 7ª Vara Cível desta Capital que, nos autos da execução por quantia certa proposta por Gráfica Silva Lara Ltda. em face de Dionísio Divino, deferiu a penhora em valores disponíveis em conta corrente, via comunicação *on line*, requerida pela agravada.

O agravante alega ser incabível o bloqueio judicial da conta corrente na qual o executado recebe seus proventos, sob pena de afronta ao art. 7º, X, da Carta Magna.

Sustenta ser policial militar aposentado, sendo que o seu salário é o suficiente para o pagamento do aluguel, contas de água, luz, telefone e despesas com alimentação.

Assevera que a execução é fundada em título prescrito.

Ressalta que o cheque, objeto da execução, foi emitido em 19.12.2003, tendo sido protestado em 24.03.2004.

Aduz que equivocadamente entendeu a agravada que o simples protesto teria evitado a prescrição do título.

Defende que, havendo interrupção do prazo prescricional, este recomeça a correr da data do ato interruptivo, conforme determinação

expressa do parágrafo único do art. 202 do Código Civil.

Ao final, pede o provimento do presente recurso com a reforma da decisão agravada.

Requereu, ainda, os benefícios da assistência judiciária.

Traz os documentos de f. 10/27, encontrando-se a decisão agravada à f. 25-TJ.

Em decisão de f. 32/34-TJ, deferi o efeito suspensivo por entender que os fundamentos apresentados evidenciavam que a decisão poderia resultar lesão grave e de difícil reparação a direito do agravante.

Deferido, ainda, o pedido de assistência judiciária.

Contraminuta às f. 40/42.

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

Preliminar.

Ressalto que, quanto à alegação de prescrição deixo de analisar o pedido, uma vez que não consta nos autos o comprovante da data de proposição da ação de execução, elemento indispensável para a análise da aludida prefacial.

Não vindo devidamente formalizado o instrumento a propiciar o exame da questão, ainda que prefacial, mas que não gera prejuízo, pois poderá ainda ser revista por ocasião da decisão de mérito, não sendo o recurso de agravo de instrumento meio processual adequado para instruir a matéria, deixo de conhecer a preliminar de prescrição do título objeto da lide.

Mérito.

Cuidam os autos de agravo de instrumento interposto pelo executado/agravante com o intuito de desconstituir a decisão que deferiu o pedido de bloqueio de contas *on line* requerido pela exeqüente.

No caso em comento, verifica-se que a exeqüente tornou-se credora do executado da quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais), representada por um cheque nº BJ-089286 (f. 18-TJ) do Banco Itaú, devidamente protestado conforme documento de f. 19-TJ.

Primeiramente, cumpre ressaltar que, sendo a execução procedimento que visa ao exclusivo interesse do credor, a penhora deve recair em bens que lhe assegurem a garantia e liquidez necessárias ao seu crédito, não obstante a ressalva contida no art. 620 do Código de Processo Civil, de que a execução deverá ocorrer de modo menos gravoso para o devedor.

Ora, não tendo a parte exeqüente, *in casu*, outra forma de perseguir seu crédito, sem que isso importe em procedimentos onerosos, além de demorados, dificultando sobremaneira o exercício de seu direito, tem-se que deve ser deferida a constrição judicial na forma da gradação legal estabelecida pelo art. 655 do Código de Processo Civil, sendo que essa ordem procura garantir a liquidez imediata da cobrança forçada, como fim basilar do procedimento instaurado, qual seja satisfazer o crédito de forma célere e eficaz.

Vejamos:

> Art. 655. Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem:
> I - dinheiro (...).

A constrição sobre os valores constantes da conta corrente do devedor, por meio de bloqueio por comunicação *on line*, afigura-se justa e necessária para garantir o fim da execução, como único meio capaz de minimizar o prejuízo que a exeqüente, ora agravante, vem suportando até o momento, visto que o agravado se exime do pagamento de crédito perseguido, de forma reiterada e sem justificativa.

Não se pode olvidar, ainda, que a medida nos moldes estabelecidos no convênio mencionado acima não importará em violação ao sigilo

bancário assegurado constitucionalmente, visto que presentes as cautelas legais necessárias ao caso.

Nessa esteira, importa trazer a lume o escólio de Theotonio Negrão:

> O juiz pode recusar a nomeação do bem oferecido, desde que o devedor tenha disponibilidade em dinheiro (*JTA* 103/171); ou possua outros bens mais facilmente transformáveis em dinheiro (*RT* 725/324) (*Código de Processo Civil interpretado e legislação processual em vigor*. 36. ed., São Paulo: Saraiva, p. 760).

Frise-se que, havendo notícia nos autos de que já foram expedidos os ofícios às instituições bancárias acerca da penhora de créditos do executado a fim de garantir a execução, deverá ser lavrada incontinenti a penhora.

Contudo, deve ser ponderado o direito à dignidade da pessoa humana, visto que, caso o agravante tenha a totalidade de seus proventos destinados à quitação de débitos, estará privado do direito à vida, à alimentação, à saúde e à educação de seus filhos, direitos individuais os quais cumpre ao julgador fazer sobrepor ao direito do credor de ver satisfeito o seu crédito.

Sendo assim, relevante a limitação dos descontos efetuados, para que não haja prejuízo à dignidade humana do agravante e de sua família, ensejando onerosidade desnecessária e excessiva.

Com a finalidade de fixar o percentual para essa limitação, razoável aplicar, analogicamente, como patamar, a restrição estabelecida no art. 11 do Decreto 3.297/99, que dispõe sobre descontos incidentes sobre a remuneração do servidor público federal, regulamentando o art. 45 da Lei 8.112/90.

O dispositivo mencionado restringe a 30% da importância bruta percebida pelo servidor os descontos que podem ser efetivados em seus vencimentos, mediante sua autorização.

Ressalto que a finalidade dessa limitação está em assegurar que o devedor não tenha a totalidade de seus vencimentos destinados à quitação de débitos, assegurando sua sobrevivência digna.

Pelo exposto, rejeito a preliminar e mantenho a decisão agravada, para manter a determinação do bloqueio *on line*, em o fazendo e integralizando a decisão para adequá-la ao que correntemente tem-se decidido, na forma processual, limitar-se o desconto no percentual de 30% mensais, procedendo-se às devidas comunicações.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Afrânio Vilela* e *Duarte de Paula*.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO, MODIFICANDO EM PARTE O DISPOSITIVO DA DECISÃO.

-:::-

CONCURSO PÚBLICO - ATESTADO DE BONS ANTECEDENTES - REQUISITO PARA A POSSE - EXIGÊNCIA - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - OFENSA - ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Direito administrativo. Concurso público. Exigência de atestado de bons antecedentes, como requisito para a posse. Ofensa ao princípio da presunção de inocência.

- Segundo Giuseppe Sabatini, citado por Uadi Lammêgo Bulos, o princípio da inocência "representa o consagrado ditame constitucional do *favor libertatis*, e a situação de dúvida, originária do processo, não se desfaz senão com a sentença transitada em julgado. Essa situação, no

âmbito do processo penal, faz persistir a presunção de inocência até quando a dúvida seja desfeita pelo juiz.

- Sendo assim, tem-se por afrontoso ao princípio da presunção de inocência, consagrado expressamente, em nosso Direito (art. 5º, LVII, CF), ato administrativo que recusa à autora/apelada posse em cargo público, pela simples razão de existir contra ela processo-crime, em curso na comarca.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0342.05.061488-8/001 - Comarca de Ituiutaba - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ituiutaba - Apelante: Município de Ituiutaba - Apelada: Silvânia Maria de Freitas Gonçalves - Autoridade coatora: Prefeito Municipal de Ituiutaba - Relator: Des. NEPOMUCENO SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 8 de fevereiro de 2007. - *Nepomuceno Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Nepomuceno Silva - Trata-se de reexame necessário e de apelação (f. 722/726), esta interposta pelo Município de Ituiutaba, em face da sentença (f. 706/710), por via da qual a il. Juíza de Direito na 2ª Vara Cível de Ituiutaba, considerando que a exigência contida no item 9.15 do Edital do Concurso Público 01/2003, promovido pelo Município de Ituiutaba, viola o princípio da presunção de inocência, concedeu o mandado de segurança que Silvânia Maria de Freitas Gonçalves ali impetrou contra ato do Prefeito Municipal de Ituiutaba, que se recusara a lhe dar posse no cargo de professor P-1, para o qual lograra aprovação no referido concurso, pela razão de constar, em certidão positiva expedida pela Vara Criminal da Comarca, a existência do Processo nº 342.02.029239-3, em seu desfavor (cf. f. 07).

Houve embargos de declaração pela impetrante, acolhidos pela Juíza monocrática para declarar, expressamente, que a posse deferida se dará "sem prejuízo do pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias, que venceram a contar da data do ajuizamento da inicial, conforme estabelecido no art. 1º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, que será objeto de posterior liquidação por débito" (f. 727).

Para o apelante, entretanto, ao negar posse à impetrante, ela teria, apenas, aplicado o princípio da vinculação ao edital, que lhe é compulsório, e que assim procedeu em relação a todos os demais aprovados, de modo que agir diferentemente em relação à impetrante ofenderia, ainda, o princípio da isonomia.

Contra-razões, em óbvia infirmação (f. 742/745).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela reforma da sentença (f. 769/774).

É o relatório.

Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço da espécie, por ambos os motivos da subida.

Conforme relatado, a impetrante, aprovada no Concurso Público 001/2003, promovido pelo Município de Ituiutaba, para o cargo de professor, foi impedida de tomar posse em razão de constar de certidão, expedida pela Vara Criminal, a existência de processo-crime contra ela, "por infração ao artigo 312, *caput* (1ª parte). c/c arts. 327, § 1º, e 29, na forma do artigo 71, do Código Penal, tendo como vítima a Prefeitura Municipal de Ituiutaba" (f. 07). Ao assim agir, o Município alega

que se limitou a aplicar a cláusula 9.15 do respectivo edital, que estabelece como "condição para posse em qualquer cargo a apresentação de atestado negativo de antecedentes criminais e demais documentos referidos no item 9.10, deste Edital" (f. 57), com o que discorda a impetrante, afirmando que tanto ofenderia o disposto no art. 5º, LVII, da Constituição, que assegura o princípio da inocência, ao estabelecer que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

Este, pois, o cerne da *quaestio*: saber se a existência de processo-crime, em curso, contra aprovada em concurso público pode ser considerada para fins de antecedentes e, como tal, impedir posse em cargo público.

Pesquisando sobre o tema, especialmente na mais alta Corte do País, não encontrei uniformidade de entendimento, que oscila, em casos tais, ora a favor, ora contra o administrado.

E, em razão desta falta de uniformidade, prestigio ilação ampliativa do princípio da presunção de inocência, expressamente consagrado, em nosso Direito, no art, 5º, LVII, da Constituição Federal.

Segundo Giuseppe Sabatini, *in Principii costituzionali del processo penale*, o princípio da inocência

> representa o consagrado ditame constitucional do *favor libertatis*, e a situação de dúvida, originária do processo, não se desfaz senão com a sentença transitada em julgado. Essa situação, no âmbito do processo penal, faz persistir a presunção de inocência até quando a dúvida seja desfeita pelo juiz (citado por BULOS, Uadi Lammêgo, *in Constituição Federal anotada*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 312).

E, fundado em uma tal interpretação ampliativa desse princípio, é que o STF, no Recurso Extraordinário nº 194.872-8/RS, Rel. o Ministro Marco Aurélio, julgando questão símile à presente, ponderou, dentre o mais, que:

> Parece-me preconceituosa a decisão, pois, enquanto não condenado, com sentença transitada em julgado, há que se presumir a inocência, conforme regra do art. 5º, LVII, da CF. E é justamente esta regra constitucional que a decisão está a ferir, pois a motivação do ato ora impugnado se resume no fato de que o crime imputado ao impetrante o incompatibiliza para a função policial. Mas há uma mera imputação. Não há condenação. Em verdade, já está o impetrante sendo punido por um crime que não se sabe tenha ele realmente cometido. Só ao Judiciário cabe tal declaração. A ninguém mais. Em verdade, está o Conselho de Polícia prejulgando, pois, em última análise, está a afirmar que o candidato não tem capacitação moral pela única razão (foi a única declinada na decisão) de ter praticado o crime de corrupção passiva. Só que a decisão do Judiciário ainda não foi prolatada. E esta é a única que deve ser aguardada (j. em 07.11.2000).

Também, o Min. Celso de Mello, no *Habeas Corpus* 69298/AC, ponderou, dentre o mais, que:

> A mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não), ou a persecuções criminais ainda em curso, não basta, só por si - ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado -, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes. Somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade do réu, que passa, então, a ostentar o *status* jurídico-penal de condenado, com todas as conseqüências legais daí decorrentes (j. em 09.06.1992).

Por isso é que, entendendo discriminatório, por afrontoso à regra da presunção de inocência, ato da Administração que recusa posse à autora/apelada, em razão de processo-crime contra ela, na Comarca, impõe-se a confirmação da sentença concessiva do mandado de segurança.

Com tais argumentos e fundamentos, em reexame necessário, confirmo a sentença, ficando prejudicada a apelação.

Custas recursais, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Cláudio Costa* e *Dorival Guimarães Pereira*.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

INTERNET - PROVEDOR DE ACESSO - SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO - DISTINÇÃO - SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO - ISSQN - INCIDÊNCIA - LEI Nº 9.472/97

Ementa: Tributário. Mandado de segurança. Provedor de acesso à internet - Serviço de valor adicionado ao serviço de comunicação - Lei nº 9.472/97 - Incidência do ISSQN

- O serviço de provedor de acesso à internet não se confunde com o serviço de comunicação, já que apenas possibilita aos usuários o acesso à rede mundial de computadores, caracterizando-se, portanto, como serviço de valor adicionado, de acordo com a Lei nº 9.472/97, a fazer incidir o ISSQN.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.05.660664-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Municipal da Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Procurador-Geral do Município de Belo Horizonte e outro - Apelada: Africanet Provedora de Acesso e Informações Ltda. - Relator: Des. MANUEL SARAMAGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2007. - *Manuel Saramago* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Manuel Saramago - Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário, aos seus pressupostos de admissibilidade.

Versam os autos sobre mandado de segurança preventivo impetrado por Africanet Provedora de Acesso e Informações Ltda. contra ato do Procurador-Geral do Município de Belo Horizonte, cuja ordem foi deferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal, pelo que determinou à autoridade apontada como coatora que se abstenha de inscrever o valor de R$ 172.240,07, advindo do não-pagamento do ISSQN, em dívida ativa, ao fundamento de que os serviços de provimento de acesso à internet - atividade desenvolvida pelo impetrante - ensejam a incidência do ICMS, por se tratar de serviço de comunicação de competência do Estado de Minas Gerais.

Modificando posicionamento anteriormente adotado, estou a entender que a r. sentença merece total reparo.

Isso porque, de acordo com o art. 60, *caput* e § 1º, bem como o art. 61, *caput* e § 1º, ambos da Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicação, os serviços prestados pelos provedores de acesso à internet não se subsumem à hipótese de incidência descrita na norma do art. 155, II, da Constituição da República, senão vejamos:

> Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1° Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.
Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.
§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

Ora, como afirmou o impetrante em sua peça de ingresso, "a prestação do serviço de provimento de acesso à internet (...) consiste, basicamente, na realização de um processo de autenticação para o fornecimento de um protocolo - endereço IP ('Internet Protocol') (...), viabilizando, assim, a conexão do usuário à internet", caracterizando-se, portanto, como serviço de valor adicionado que não se confunde com o próprio serviço de comunicação.

Sobre o tema, colha-se o recente julgado do eg. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Tributário. ICMS. Provedores de internet. Conexão por meio de sistema de telecomunicação preexistente. Serviço de valor adicionado. Art. 61, § 1º, da Lei nº 9.472/97. Não-incidência.
1. Não incide o ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet. A atividade por eles desenvolvida consubstancia mero serviço de valor adicionado, uma vez que se utiliza da rede de telecomunicações, por meio de linha telefônica, para viabilizar o acesso do usuário final à internet. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção.
2. Recurso especial provido (RE 628046/MG, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 09.05.2006).

No mesmo sentido, dentre outros: REsp 745534/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 09.03.2006 e REsp 456650/PR, Rel.ª Min. Eliane Calmon, *DJ* de 24.06.2003.

Ante o exposto, no reexame necessário, reformo a sentença, para denegar a segurança. Julgo prejudicado o recurso.

Custas, na forma da lei.

A Sr.ª Des.ª Albergaria Costa - Conhecidos o reexame necessário e o recurso de apelação interposto, uma vez presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Acompanho os fundamentos do voto do eminente Relator, acrescentando que a 10ª Alteração do Contrato Social (f. 27/32), na parte denominada Objeto Social (f. 29), estipula que o conteúdo das atividades da apelada extrapola a de mera provedora de acesso à internet, *in verbis*:

Objeto Social
Quarta
A sociedade tem como objetivos sociais:
- a prestação de serviços técnicos de informática, notadamente os relacionados com provedor de internet, fazendo captação e aproximação de clientes no âmbito de telemática;
- o desenvolvimento e licenciamento do uso de programas de computador, próprio ou de terceiros, através de contratos específicos;
- a prestação de serviços de assessoria a empreendimentos e negócios ligados à informática ou telemática;
- os serviços de pesquisa de mercado e agenciamento de negócios na área de informática ou telemática;
- o desenvolvimento, difusão e agenciamento de *homepages* e treinamento de pessoal ligado direta ou indiretamente à área de informática ou telemática;
- a atividade de intermediação e representação de *hardwares* e equipamentos de informática.

Sendo assim, como já mencionado, percebe-se a existência de várias atividades sobre as quais incide o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISSQN.

Acrescento que se aplica o Decreto-Lei nº 406/68 atualizado pela Lei Complementar nº

56/87, bem como a Tabela II da Lei nº 5.641/89, alterada pela Lei nº 5.839/90, vigentes à época da autuação, lavrada em 05.09.01, conforme o Termo de Verificação Fiscal - ISSQN - nº 025113-5 (f. 148).

Dessa forma, acompanho o ilustre Relator para, no reexame necessário, reformar a sentença e denegar a segurança, ficando prejudicado o recurso de apelação.

É como voto.

O Sr. Des. Kildare Carvalho - De acordo.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO - MEDIDA CAUTELAR - AÇÃO PRINCIPAL - JUSTIÇA FEDERAL - INCIDENTE PROCESSUAL - JUSTIÇA COMUM - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - PRELIMINAR - NULIDADE - DECLARAÇÃO DE OFÍCIO

Ementa: Medida cautelar. Processo principal. Justiça Federal. Cautelar. Competência do juízo da ação principal.

- O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente, segundo estabelece o art. 796 do CPC. As medidas cautelares serão requeridas no juízo da causa principal, nos termos dos arts. 800 e 108 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0686.06.171968-4/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: Banco Itaú S.A. - Apelado: José Luiz Magalhães Filho - Relatora: Des.ª SELMA MARQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM SUSCITAR, DE OFÍCIO, PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO E DECLINAR DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL.

Belo Horizonte, 21 de março de 2007. - *Selma Marques* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Selma Marques - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 38/43, que julgou procedente o pedido formulado na ação de exibição de documentos ajuizada por José Luiz Magalhães Filho contra o Banco Itaú S.A.

Inconformado, f. 44/47, apela o banco réu, sustentando que já se passaram mais de 5 anos, sendo impossível exibir os cheques emitidos e recebidos na conta do apelado no exercício de 1998, uma vez que não mais existem. Aduz que os documentos microfilmados devem permanecer na instituição bancária por apenas seis meses, por aplicação do art. 4º da Resolução 913/1984 do Bacen c/c Lei 7.357/85. Acrescenta que, a despeito disso, os cheques que são depositados e efetivamente compensados ficam mantidos no arquivo por no máximo cinco anos, visto que não existe outra norma regulamentadora. Por fim, sustenta a impossibilidade de sua condenação na multa de R$ 1.000,00 (mil reais) dia, já que foi instado pela Receita Federal a apresentar única e tão-somente os extratos bancários, o que restou atendido.

Trago à apreciação da douta Turma Julgadora uma preliminar, que levanto de ofício, relativa à nulidade do processo.

Trata-se de cautelar de exibição de documentos, pretendendo o apelado que o apelante exiba cheques de terceiros que foram deposita-

dos em sua conta, tendo em vista estar sendo demandado pela Fazenda Pública nacional (68603080451-8).

Sabe-se que o procedimento cautelar pode ser instaurado antes (medida cautelar preparatória) ou no curso do processo principal (medida cautelar incidental) e deste é sempre dependente, segundo estabelece o art. 796 do CPC.

Certo é que a presente medida cautelar fora ajuizada incidentalmente à execução fiscal em que está sendo demandado pela Fazenda Pública Nacional e se baseia em fatos relacionados à execução.

Conforme dispõe o art. 108 do Código de Processo Civil, "a ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal".

A ação cautelar de exibição de documentos possui natureza acessória, sendo do Juízo competente para o julgamento da ação principal a competência para processá-la e julgá-la, nos termos do art. 108 do diploma processual civil.

Assim, dessa dependência do processo cautelar para com o principal resulta a incompetência da Justiça Comum para julgar a presente cautelar.

Repito, uma vez que a lide principal foi proposta perante a Justiça Federal, a presente cautelar não poderá ser examinada pela Justiça Comum, que é manifestamente incompetente. A competência para o exame das questões argüidas na medida é da Justiça Federal, não podendo a Justiça Comum nelas se envolver, para conhecer e decidir, sob pena de nulidade de pronunciamentos feitos com tal vício de origem, conforme se vê do art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil.

A "incompetência absoluta" deve ser declarada de ofício e pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, por força da autorização expressa contida no art. 113 já citado.

A respeito desse tema, o estudioso Pontes de Miranda já se manifestou:

> A alegação da incompetência absoluta foi posta como um dos pressupostos da contestação (art. 301,11). Cabe ao juiz, se não houve a argüição, declarar, de oficio, a sua incompetência absoluta, pois seria imperdoável desconhecer a lei, ou deixar de aplicá-la. O art. 113 impõe-lhe tal dever. Se não o exerceu quando devia, a cada momento pode fazê-lo. Não se precisa do formalismo processual da exceção. Não se fixou prazo ao juiz; a sua infração ocorre no momento em que se devia dar por absolutamente incompetente. Pode bem ser que alguma lei superveniente lhe tenha tirado, em absoluto, a competência, e o momento para declarar a incompetência absoluta é o da incidência da nova regra jurídica, devendo tomar as providências para que os autos lhe venham, imediatamente, à conclusão. No Código de Processo Civil, não se cogitou de multa ao juiz. A lei de responsabilidade é que há de reger a espécie.

Dessa dependência do processo cautelar ao principal, descabe iniciá-lo em juízo absolutamente incompetente para conhecer e decidir a ação principal proposta.

Assim, suscito de ofício preliminar de nulidade do processo, tendo em vista a incompetência da Justiça Comum para processar a presente cautelar, que tem ação principal em curso perante a Justiça Federal, e, em conseqüência, declino da competência e determino a remessa dos autos à Justiça própria.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Fernando Caldeira Brant - De acordo.

O Sr. Des. Afrânio Vilela - Acolho a preliminar de nulidade do processo, erigida de ofício pela eminente Relatora, Desembargadora Selma Marques, porquanto, sendo competente a Justiça Federal para julgamento do processo principal, a ação cautelar de exibição de documentos, cujo caráter é acessório, deve ser ajuizada perante aquele mesmo Juízo, conforme art. 108 do CPC.

Súmula - SUSCITARAM, DE OFÍCIO, PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO E DECLINARAM DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL.

-:::-

AÇÃO DEMOLITÓRIA - CONSTRUÇÃO IRREGULAR - ART. 1.302 DO CÓDIGO CIVIL

Ementa: Ação demolitória - Construção de vizinho - Art. 1.302 do Código Civil - Irregularidade no imóvel do autor - Improcedência do pedido inicial

- Ainda que não possa o proprietário de imóvel pedir a demolição de obra vizinha em desacordo com a lei, após o prazo de ano e dia do término da construção, tem ele a faculdade de levantar sua casa ou muro, mesmo que vede a claridade de janela irregular situada no imóvel contíguo.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0625.06.050513-2/001 - Comarca de São João Del-Rei - Apelantes: Sebastião Pedro de Ávila Carvalho e sua mulher - Apelado: Onésimo José de Souza - Relator: Des. ALVIMAR DE ÁVILA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2007. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Alvimar de Ávila - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Sebastião Pedro de Ávila Carvalho e Juliana Raimunda de Souza Carvalho, nos autos da ação demolitória, movida em face de Onésimo José de Souza, contra decisão que julgou improcedente o pedido inicial (f. 121/125).

Os apelantes alegam que as janelas foram construídas há mais de 06 (seis) anos; que, quando o sogro do recorrente vendeu o terreno para o antecessor do recorrido, houve concordância expressa com a situação das janelas; que, quando o recorrido adquiriu o terreno, as janelas já estavam construídas; que a construção feita pelo apelado impede a claridade e a ventilação no imóvel dos apelantes (f. 127/129).

O apelado apresenta contra-razões, às f. 133/134, pugnando pela manutenção da sentença.

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

Pretendem os autores, ora apelantes, por meio da presente ação, a demolição das paredes construídas pelo réu/apelado, que estão prejudicando a ventilação e a iluminação de seu imóvel.

A perícia realizada constatou que

> ... o imóvel do Autor tem duas janelas abertas para o terreno do requerido a menos de 1,50m metros (*sic*) da divisa (janelas abertas na parede construída sobre a divisa dos terrenos).
> O Requerido, ao construir o segundo pavimento de seu imóvel, tampou uma das janelas da casa do Autor, impedindo a entrada de luz e ventilação na sala da casa do Requerente.

Não negam os apelantes que a construção do seu imóvel não está de acordo com a lei; entretanto argumentam que o antigo proprietário do terreno vizinho consentiu com a construção de janelas, a menos de 1,50m de distância entre os imóveis, além de já residirem há mais de 6 (seis) anos no local.

Razão não assiste aos apelantes. Aplica-se ao presente feito o art. 1.302 do CC/2002 (arts. 573 e 576 do CC/1916).

Pontes de Miranda ensina que:

> (...) Se foi aberta janela a menos de metro e meio no terreno de B, e A não nunciou a obra,

> nem exerceu a pretensão ao desfazimento (= obstrução) no prazo do art. 576, perdeu A a pretensão contra tal janela, porém não se lhe criou dever de não construir no seu terreno com distância menor do que metro e meio (*Tratado de direito privado.* 1955, tomo 13, p. 399).

Ora, ainda que não possa o vizinho, no caso o apelado, pedir a demolição da obra dos autores, em desacordo com a lei, tem ele a faculdade de levantar sua casa ou muro, ainda que a construção vede a claridade de janela situada em imóvel contíguo, sendo essa a hipótese dos autos, em que as janelas do imóvel dos apelantes devassavam o imóvel do apelado.

Nesse sentido proclama a jurisprudência do colendo STJ; se não, vejamos:

> Direitos de vizinhança. Arts. 573, § 2º, e 576 do Código Civil.
> - Vencido o prazo de ano e dia estipulado no art. 576 do Código Civil, o confinante prejudicado não pode exigir que se desfaça a janela, sacada, terraço ou goteira, mas não fica impedido de construir no seu terreno com distância menor do que metro e meio, ainda que a construção prejudique ou vede a claridade do prédio vizinho.
> - Ausência de servidão.
> - Recurso não conhecido (REsp 34.864/SP - Recurso Especial 1993/0012712-8 - 4ª Turma - Rel. Min. Antônio Torreão Braz - j. em 13.09.1993, v. u. - *DJ* de 04.10.1993, p. 20.557 - *LexSTJ* 54/302 - *RDC* 75/158).

Aliás, consta, no corpo do acórdão supracitado, a seguinte conclusão:

> Hoje a orientação predominante, senão unânime, é esta: vencido o prazo de ano e dia estipulado no art. 576 do Código Civil, o confinante prejudicado não pode exigir que se desfaça a janela, sacada, terraço ou goteira, mas não fica impedido de construir no seu terreno com distância menor do que metro e meio, ainda que a construção prejudique ou vede a claridade no prédio vizinho, a teor da regra do art. 573, § 2º, do mesmo diploma legal.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos comentários ao art. 1.302 do CC, trazem jurisprudência bastante oportuna:

> Janela construída há mais de ano e dia. Demolitória. Inadmissibilidade. Construção de muro junto à divisa. Embora o CC 1.302 impeça o proprietário que anuir em janela sobre seu prédio após lapso de ano e dia da conclusão da obra de exigir a demolição, nada impede que ele levante construção no seu terreno, ainda que junto à divisa, com prejuízo para as janelas do prédio contíguo (*JTACivSP* 175/426). (*Código Civil comentado e legislação extravagante.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 675).

Assim, restando sobejamente demonstrada a irregularidade da obra dos autores, não há que se falar em demolição das paredes construídas pelo réu em seu terreno.

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

Custas recursais, pelos apelantes, suspensa a exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Saldanha da Fonseca* e *Domingos Coelho*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EQUIPARAÇÃO SALARIAL - EDUCADOR INFANTIL - PROFESSOR MUNICIPAL - FUNÇÕES - IDENTIDADE - AUSÊNCIA - ISONOMIA - INEXISTÊNCIA

Ementa: Constitucional. Administrativo. Equiparação. Educador infantil. Professor municipal. Isonomia. Inexistência.

- Não há isonomia se o educador infantil, até mesmo por sua habilitação limitada ao exercício do cargo, não está habilitado para o desempenho de todas as atividades do professor munici-

pal, fato corroborado pela distinção de nível escolar exigida para o ingresso nos respectivos cargos públicos.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.748920-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Magali Lúcia da Silva - Apelado: Município de Belo Horizonte - Relator: Des. SCHALCHER VENTURA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 9 de março de 2007. - *Schalcher Ventura* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Schalcher Ventura - Trata-se de ação ordinária proposta por Magali Lúcia da Silva contra o Município de Belo Horizonte, pretendendo, em suma, seja declarada a isonomia entre educador infantil e professor municipal, com equiparação de vencimentos, modificando-se, inclusive, a nomenclatura do cargo de educador infantil para o de professor municipal, indenizando-se a autora a diferença salarial apurada desde a sua admissão.

A sentença julgou improcedentes os pedidos e condenou a autora nas despesas do processo e honorários advocatícios, suspensa, contudo, sua exigibilidade por estar a parte litigando sob o pálio da gratuidade judiciária.

Inconformada, Magali Lúcia da Silva interpôs o presente recurso de apelação, argüindo, em preliminar, nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Argúi, ainda, ser descabida a multa aplicada em face da interposição dos embargos de declaração, pois não tem interesse em protelar o feito. No mérito, aduz, em síntese, que é ocupante do cargo de Educador Infantil, exercendo a mesma atividade do Professor Municipal nível I, tendo, inclusive, a mesma carga horária, razão pela qual postula a equivalência de cargos, que importará em equiparação de vencimentos.

Transcorrido o prazo para resposta sem manifestação da parte contrária.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça deixou de oferecer parecer recursal.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissão.

Da preliminar.

Rejeito a preliminar de nulidade da sentença suscitada pela apelante.

A hipótese é de julgamento antecipado da lide, e não de cerceamento de defesa.

Prescreve o art. 330, inciso I, do CPC que o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

Com efeito, despicienda é a produção de provas, uma vez que a questão versada nos autos é eminentemente de direito e que os fatos relevantes à solução do conflito se encontram, suficientemente, comprovados mediante os documentos juntados.

Do mérito.

Circum meritum causae, verifica-se que pretende a apelante a declaração de isonomia entre o cargo por ela ocupado, em virtude de aprovação em concurso público, e o de Professor Municipal nível I, para todos os fins

de direito, inclusive quanto aos vencimentos e à nomenclatura.

Ocorre que a pretensão buscada pela apelante é elidida pela diferença de nível escolar exigida do Professor Municipal I, quando do concurso público para o ingresso em seu cargo, qual seja nível superior, confrontando com a escolaridade imposta ao Educador Infantil, que é nível médio.

Ora, o ingresso da apelante deu-se em cargo para o qual se exigia o nível médio, ao passo que, para o cargo tido por paradigma, a escolaridade é superior.

Aliás, a Lei Municipal n° 8.679, que cria o cargo de Educador Infantil, dispõe, em seu art. 5°, sobre as alterações do Anexo II da Lei n° 7.235/96, que dispõe, em seu item 05, sobre o nível de escolaridade:

> 5. Educador Infantil.
> Habilitação mínima: curso de nível médio completo na modalidade normal (f. 68).

No que concerne às atividades dos cargos, a legislação municipal, amparada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96), previu zona de atuação parcialmente equivalente entre o Educador Infantil e o Professor Municipal nível I; porém as atribuições deste último, por determinação da aludida norma federal, são mais amplas, pois lhe concede habilitação para os oito anos do Ensino Fundamental.

Assim, pode-se afirmar que o Professor Municipal possui iguais atribuições do Educador Infantil, porém a recíproca não corresponde. O Educador Infantil, até mesmo por sua habilitação limitada ao exercício do cargo, não está habilitado para o desempenho de todas as atividades do Professor Municipal; portanto afastada a isonomia.

A propósito, este Tribunal já tem posicionamento consolidado sobre o tema, em casos similares:

> Constitucional e Administrativo. Vencimentos. Equiparação. Cargos públicos municipais. Educador Infantil. Professor. Funções. Identidade. Ausência. Princípio da igualdade.
> - A antiga isonomia, abolida pela Emenda Constitucional nº 19/98, referia-se a cargos com atribuições iguais ou assemelhados. A identidade de funções, para o efeito de equiparação de vencimentos, é afastada quando são diferentes os níveis de escolaridade exigidos para acesso aos cargos e as áreas de atuação dos seus titulares. O princípio da igualdade perante a lei consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os diversos, usando a lei, por vezes, de critérios desigualadores para atingir este equilíbrio. Nega-se provimento ao agravo retido e dá-se provimento parcial à apelação (Ap. 1.0024.05.740062-4/001 - Rel. Des. Almeida Melo - *DJ* de 29.11.2005).
>
> Ação ordinária. Reajuste de vencimentos. Equiparação de educadora infantil à professora. Pedido julgado improcedente. Recurso desprovido.
> - É vedado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, conceder aumento de vencimentos a servidores públicos sob o fundamento de isonomia (Súmula 339 do STF).
> - Se o ocupante do cargo de Professor Municipal que apresente formação superior tem aptidão para prestar os serviços atribuídos ao Educador Infantil, a recíproca não é absolutamente verdadeira.
> - Não estando caracterizado o caráter protelatório dos embargos declaratórios, não se justifica a imposição de multa (Ap. 1.0024.05.736994-4/001 - Rel. Des. Alvim Soares - *DJ* de 17.01.2006).
>
> Servidores municipais. Isonomia de vencimento. Reenquadramento. - O servidor que ingressou por concurso público em cargo de nível de primeiro grau não tem direito a igual vencimento do servidor com escolaridade de 2º grau. E a mudança de nomenclatura de cargos não autoriza a aplicação da isonomia (Ap. 1.0000.00.192780-5/001 - Rel. Des. Aluísio Quintão - *DJ* de 09.03.2001).

No que tange à multa aplicada pela interposição dos embargos de declaração, tenho que não deva persistir, porquanto não me parece que a autora da demanda tenha o intento de postergar o julgamento do feito, mormente quando a pretensão é embutida de caráter econômico diretamente ligado à verba alimentar, contrariando a finalidade imposta no art. 538, parágrafo único, do CPC.

À luz do exposto, rejeito a preliminar suscitada nas razões de apelo e dou parcial provimento ao apelo, tão-somente para decotar a multa imposta à recorrente, em razão da interposição dos embargos declaratórios.

Custas, pela apelante, suspensa a exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Kildare Carvalho* e *Manuel Saramago*.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

INVENTARIANTE - GRATIFICAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 1.138 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ANALOGIA - VALOR - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO

Ementa: Agravo de instrumento. Inventariante. Remuneração devida. Valor. Inviabilidade de fixação no presente recurso

AGRAVO N° 1.0701.00.007098-0/002 - Comarca de Uberaba - Agravante: Frederico Montes Cordeiro - Agravados: Alcides Gonçalves Montes, Augusta Montes Cordeiro, Maria Montes Cardoso e Elmira Montes Santa Cecilia - Relator: Des. AUDEBERT DELAGE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 1º de fevereiro de 2007. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo agravante, o Dr. Bernardo Ribeiro Câmara.

O Sr. Des. Audebert Delage - Sr. Presidente. Ouvi, com atenção, a sustentação oral produzida da tribuna.

Meu voto é o seguinte:

Frederico Montes Cordeiro agrava da r. decisão de f. 401-TJ, que, em autos de inventário, deixou de arbitrar, conforme requerido pelo recorrente às f. 391/393-TJ e reiterado à f. 400-TJ, remuneração referente ao exercício de sua inventariança, diante de sua remoção do referido cargo.

Busca a reforma da decisão, batendo-se, inicialmente, em preliminar, pela sua nulidade, haja vista a ausência de fundamentação, a ocorrência de obscuridade, contradição e parcialidade da mesma. No mérito, afirma que tal remuneração já lhe teria sido garantida por este egrégio Tribunal, não sendo possível a rediscussão da matéria, ainda que com novos argumentos e apontamentos de novas provas. Sustenta a qualidade do serviço por ele prestado. Alega que o il. Magistrado de primeiro grau teria valorado seu desempenho de forma negativa. Assevera a qualidade também do serviço prestado pelo advogado do inventariante, batendo-se, inclusive, pela injustiça de ter o recorrente que arcar sozinho com os honorários do advogado que a todos beneficiou. Pleiteia lhe seja arbitrado o prêmio devido no patamar mínimo de 5% (cinco por cento) do valor real da totalidade da herança. Formula pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Por meio da decisão de f. 436/437, conheceu-se do recurso e foi indeferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

O MM. Juiz de primeiro grau prestou informações às f. 445/446.

Os agravados Nildo Barroso, Nilo Barroso, Nilson Barroso e Alcides Gonçalves Montes apresentaram resposta às f. 449/462, argüindo, preliminarmente, a necessidade de redistribuição do presente recurso ao em. Des. Hyparco Immesi, em virtude de o mesmo já ter decidido outros recursos originados do mesmo feito. As agravadas Augusta Montes Cordeiro, Maria Montes Cardoso e Elmira Montes Santa Cecília não apresentaram resposta.

A douta Procuradoria de Justiça, com vista dos autos, manifestou-se, à f. 490, pela desnecessidade de intervenção ministerial no feito.

Inicialmente, analiso as preliminares argüidas.

Os recorridos argüiram, em sua contraminuta, a necessidade da redistribuição do presente recurso para o em. Desembargador Hyparco Immesi, já que teria sido ele o Relator dos recursos anteriores referentes ao processo de origem.

Ocorre, porém, que não há como acolher tal alegação. É que o il. Des. Hyparco Immesi compõe, atualmente, uma das Câmaras Criminais deste egrégio Tribunal, não sendo possível, portanto, que o feito seja a ele distribuído, já que a competência para apreciá-lo é de uma das Câmaras Cíveis Isoladas. Diante disso, mostra-se correta a distribuição do presente recurso na forma em que foi feita, nos termos do art. 48 do RITJMG.

Rejeito a preliminar.

O Sr. Des. Moreira Diniz - Sr. Presidente, solicitei o destaque da primeira preliminar porque a saída do Des. Hyparco Immesi desta Câmara tem gerado uma série de redistribuições de feitos para os remanescentes e a alegação contida na preliminar impressionou-me e preocupou-me, principalmente em relação à referência feita, no voto do eminente Relator, ao art. 48 do Regimento Interno.

Pelo referido artigo, não me convenceria pela rejeição da preliminar, uma vez que se trata expressamente de caso de afastamento, a princípio, conceituado no art. 49 por problemas de saúde e outras situações efêmeras.

Entretanto, o art. 50 do Regimento Interno determina a redistribuição quando houver afastamento definitivo, e o art. 51 esclarece que não haverá essa redistribuição quando houver remoção do Desembargador para outra Câmara, como é o caso, mas em processos que já estejam distribuídos ao Desembargador removido.

Ocorre que o presente agravo foi protocolizado no mês de agosto de 2006, quando o Des. Hyparco Immesi já se encontrava em outra Câmara; nesse caso, aplica-se o art. 51, por inversão, e haverá redistribuição por se tratar de recurso que já estava aos cuidados do Des. Hyparco Immesi.

Com tais considerações, rejeito a preliminar, pois a competência é da relatoria do Des. Audebert Delage.

O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes - De acordo.

O Sr. Des. Audebert Delage - No que tange à ocorrência de nulidade da decisão agravada, conforme alegado pelo recorrente, verifico que a mesma não procede.

O agravante bate-se pela ausência de fundamentação, obscuridade e contradição da decisão recorrida.

Registro, em primeiro lugar, que a possível ocorrência de obscuridade ou contradição recomendaria a oposição de embargos de declaração, antes de se buscar o suprimento de tais vícios na instância recursal.

Além disso, a decisão recorrida encontra-se, a meu ver, devidamente fundamentada. Foram declinados os motivos pelos quais o il. Magistrado de primeiro grau deixou de arbitrar a remuneração pretendida pelo recorrente. Restaram explicitadas as razões de seu convencimento, ainda que de forma concisa, o que é autorizado pelo art. 165 do Código de Processo Civil.

Preliminar rejeitada.

O Sr. Des. Moreira Diniz - De acordo.

O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes - De acordo.

O Sr. Des. Audebert Delage - Passo ao exame do mérito.

Verifica-se das razões recursais que o agravante faz menção à injustiça de ter que arcar sozinho com os honorários de advogado que a todos beneficiou.

Analisando os autos, tenho que sobre tal questão já se operou o fenômeno da preclusão. É que, conforme bem salientado pelo il. Magistrado de primeiro grau, em suas informações, tal situação restou definida por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 201.964-4 por esta egrégia 4ª Câmara Cível.

No entanto, quanto ao mais, tenho que merece parcial acolhida a tese recursal.

Extrai-se dos autos que o valor do prêmio ou da gratificação em favor do agravante, pelo exercício do encargo de inventariante, não foi devidamente arbitrado, uma vez que o douto Juiz de primeiro grau considerou que tal exercício teria trazido prejuízos ao espólio, além de o recorrente não ser herdeiro necessário, entendimento com qual não comungo.

No caso, o agravante é filho de uma das herdeiras do falecido e se encontrava na posse e administração dos bens, motivo pelo qual requereu a abertura do inventário, assumindo o encargo de inventariante, promovendo, ainda, a contratação de um advogado para, segundo alegado, defender os interesses do espólio.

Sabe-se que, em regra, o encargo de inventariante é gratuito. No entanto, por não se tratar do exercício na condição de meeiro ou herdeiro, que recebem a remuneração pelo trabalho exercido, de forma indireta (transmissão do patrimônio), entendo que, na presente hipótese, mostra-se possível a pretensão, em analogia com o art. 1.138 do Código de Processo Civil, que prevê um prêmio ao testamenteiro.

Em que pese o fato de ter sido o recorrente removido do encargo, extrai-se da análise destes autos, bem como dos outros recursos referentes ao inventário do Sr. Aristides Montes, os quais pude apreciar em outras oportunidades, que há inúmeras divergências e polêmicas levantadas pelos herdeiros, o que dificulta, em muito, o regular andamento do processo. Assim, verifica-se, inclusive, da manifestação do douto Juiz de primeiro grau (f. 354/354-v.) que o recorrente, durante o tempo em que exerceu o encargo, agiu na forma da lei. Por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0701.05.114405-6/001, foi mantida a remoção do inventariante levando-se em consideração a situação estabelecida entre ele e os herdeiros, e não sua atitude quanto à administração dos bens do espólio.

Diante disso, tenho que o agravante merece ser remunerado pelos serviços prestados, levando-se em conta o trabalho por ele desempenhado e o tempo de duração do encargo, devendo ser, ainda, compatível com o valor do monte. No entanto, não há como acolher a pretensão do recorrente de que seja, desde já, fixada a gratificação no patamar mínimo de 5% (cinco por cento) sobre o valor real da totalidade da herança. É que a questão referente ao valor a que teria direito não foi apreciada na primeira instância, o que inviabiliza, a meu ver, sua análise nesta seara.

Restando consignado, no presente recurso, o direito do agravante de receber a remuneração pretendida, deve o il. Magistrado de primeiro grau proceder à análise do *quantum* que seria a ele devido.

Ante tais considerações, rejeito as preliminares e dou parcial provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada, na parte em que deixou de arbitrar a remuneração ao agravante pelo exercício do encargo de inventariante, determinando que o douto Juiz de primeiro grau proceda à análise do valor a que o recorrente teria direito, nos termos do voto acima.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Moreira Diniz - De acordo.

O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

TRIBUTAÇÃO - SERVIÇO DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA E MONITORAMENTO DE ÁREA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - LEI COMPLEMENTAR Nº 116/03 - LISTA DE SERVIÇOS - ISS - INCIDÊNCIA

Ementa: Tributário. Segurança eletrônica e monitoramento de locais. Prestação de serviço de comunicação. Não-caracterização.

- Os serviços de segurança eletrônica e monitoramento de locais, prestados pelas autoras, não se caracterizam como de comunicação, e, estando eles previstos no item 11.02 da lista de serviços anexa à LC nº 116\2.003, tem-se que a incidência de ISS sobre os mesmos é patente.

Recurso improvido.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.640717-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Lucas Digital Ltda. e outro; Alarbel Segurança Eletrônica Ltda. - Apelado: Município de Belo Horizonte - Relator: Des. NILSON REIS

Acórdão

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

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2007. - *Nilson Reis* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Nilson Reis - Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Versam os autos sobre ação declaratória de reconhecimento de inexistência de relação jurídico-tributária, ajuizada pelas apelantes em face da apelada, para fins de eximir-se do pagamento de ISS, considerando que as suas atividades de serviços de segurança eletrônica e monitoramento de locais, que dependem da transmissão de dados, a caracterizar serviço de comunicação, se sujeitariam à cobrança de ICMS.

Pela r. sentença de f. 329/330, o pedido foi julgado improcedente, com a revogação da liminar concedida, razão pela qual houve a interposição de recurso de apelação.

A controvérsia fica restrita ao enquadramento ou não dos serviços de vigilância eletrônica e monitoramento, prestados pelas apelantes, como serviços de comunicação, para fins de sujeição ou não de incidência de ICMS, de forma a rechaçar a cobrança de ISS pela apelada.

O douto Magistrado *a quo* entendeu que:

> ... é de clareza meridiana que a atuação no ramo de vigilância eletrônica e monitoramento de locais por via de transmissão de dados não constitui atividade do ramo de comunicação, que tem previsão no art. 155 da Constituição Federal.

O ISSQN, que é imposto de competência dos municípios, foi definido pelo Decreto-lei nº 406/68, sendo esta lei recepcionada pela Constituição da República de 1988. O próprio art. 156, IV, da CR dispõe que "compete aos municípios instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, *b*, definidos em lei complementar".

O item 11.02, da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116\2003, expressamente prevê os serviços de vigilância e de monitoramento de bens e pessoas como hipótese de incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Pode-se falar, então, na possibilidade de tributação destes serviços, porque à legislação tributária compete a definição dos respectivos

efeitos tributários, conforme art. 109 do CTN, *in verbis*:

> Os princípios gerais do direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para a definição dos respectivos efeitos tributários.

A finalidade essencial da vigilância eletrônica e de monitoramento de locais vincula-se à efetuação de um serviço que, se este envolve processo de comunicação, é como um insumo dos serviços prestados por elas.

A questão é reforçada no momento em que os serviços prestados pelas autoras não necessitam de autorização, permissão ou concessão da União, como é o caso dos de comunicação, conforme determinado no art. 21, XI, da Constituição da República, bem como não são oferecidas por elas prestações onerosas de serviços de comunicação (art. 2º, III, da LC nº 87\96), de forma a incidir ICMS, porque não oferecem as condições e meios para que a comunicação ocorra, ou seja, são meras usuárias dos serviços prestados pelas empresas de telecomunicações.

Assim sendo, com esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Jarbas Ladeira* e *Brandão Teixeira*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO ANULATÓRIA - *ENFITEUSE* - CÓDIGO CIVIL/1916 - ESCRITURA PARTICULAR - REGISTRO DE IMÓVEIS - IRREGULARIDADE - PROVA - INEXISTÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Direito civil. Apelação. Direito real de enfiteuse. Anulação. Ausência de vícios. Impossibilidade.

- Constituído regularmente o direito real de enfiteuse, na vigência do Código Civil de 1916, e não sendo comprovada a existência de vícios na sua realização, descabe a anulação do registro imobiliário dele decorrente.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0056.02.032445-7/001 - Comarca de Barbacena - Apelante: Geraldo Efigênio - Apelados: Maria de Lourdes da Conceição Epifânio, Município de Antônio Carlos e Arquidiocese de Mariana - Relator: Des. MOREIRA DINIZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 1º de fevereiro de 2007. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Moreira Diniz - Cuida-se de apelo contra sentença da MM. Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Barbacena, que julgou improcedente a ação de anulação de escritura de concessão de aforamento perpétuo proposta por Geraldo Efigênio contra Maria de Lourdes da Conceição Epifânio, Município de Antônio Carlos e Arquidiocese de Mariana.

O apelante alega que em 1988 adquiriu da primeira apelada a posse nº 32, referente ao direito real de enfiteuse concedido pela Paróquia de Santana de Antônio Carlos, que é vinculada à terceira apelada, nos termos do livro de registros da referida paróquia, o que acarreta a nulidade da escritura de terreno foreiro transmitida pelo segundo apelado à primeira apelada.

Observo que foram satisfeitos os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual conheço do recurso.

Busca o apelante a anulação da escritura de concessão de aforamento perpétuo de domínio útil, que foi transmitido pelo Município de Antônio Carlos a Maria de Lourdes da Conceição Epifânio, com autorização da Arquidiocese de Mariana, que é a proprietária do imóvel.

A enfiteuse ou aforamento é direito real perpétuo de usar e fruir de imóvel alheio, mediante pagamento de renda denominada foro, constituída através da transcrição do gravame no registro imobiliário e regulada pelo Código Civil de 1916, porque proibida pela atual legislação (CC/2002, art. 2.038).

No caso, o apelante informa que adquiriu da primeira apelada o domínio útil do imóvel, juntando como prova os documentos de f. 05/06 e 08/09, o que, a meu sentir, não possui o condão de afastar a legalidade do ato de transmissão representado pelo registro de f. 07.

Ao que se vê dos autos, a Arquidiocese de Mariana, terceira apelada, era proprietária de imóvel que originou o Distrito de São Sebastião de Campolide, razão pela qual outorgou procuração (f. 35) ao Município de Antônio Carlos, segundo apelado, para que o mesmo procedesse à doação do referido imóvel aos moradores locais, através da concessão de títulos de aforamento.

Em razão disso, o Município de Antônio Carlos outorgou a Maria de Lourdes da Conceição Epifânio escritura de concessão de aforamento perpétuo de domínio útil, devidamente registrada no Cartório do 1º Ofício de Barbacena, conforme cópia de f. 07.

Dessa forma, como a transmissão ocorreu de forma regular, sem qualquer vício que pudesse ensejar a anulação do negócio jurídico, a alegada existência de compra e venda celebrada entre o apelante e a primeira apelada não é apta a desconstituir o registro imobiliário, ainda mais quando não há prova induvidosa de sua realização.

Oportuno ressaltar que a transmissão de bem imóvel somente se aperfeiçoa através do registro, sendo que eventuais tratativas entre os particulares não podem ser opostas à antiga proprietária, Arquidiocese de Mariana, que expressamente afirmou e demonstrou a outorga de procuração ao Município de Antônio Carlos, para que este transmitisse o domínio útil aos moradores do atual Distrito de São Sebastião de Campolide, o que foi levado a termo pelo registro de f. 07.

Ainda que assim não fosse, como bem entendeu a MM. Juíza, através de uma contraposição entre os documentos constantes nos autos, percebe-se que o endereço do imóvel cujo registro o apelante pretende anular é diverso daquele informado à f. 66.

De fato, o registro de f. 07 declina que o imóvel transmitido à primeira apelada está localizado na Rua Travessa Máximo Zanetti, enquanto o imóvel de que o autor alega ser possuidor desde 1988 é localizado na Rua Joaquim Cesário, nº 66 (f. 66), o que, por si só, lança dúvida quanto à veracidade das alegações, pelo que impossível o acolhimento da pretensão recursal, ante a ausência de elementos probatórios, incidindo o disposto no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Com tais apontamentos, nego provimento ao apelo.

Custas, pelo apelante; suspensa a exigibilidade, ante os termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Dárcio Lopardi Mendes* e *Almeida Melo*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RESCISÃO CONTRATUAL - BEM IMÓVEL - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - INADIMPLEMENTO - CLÁUSULA PENAL - REDUÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 924 DO CÓDIGO CIVIL/1916 - ARRAS - RESTITUIÇÃO TOTAL - JUROS DE MORA - DIREITO DE RETENÇÃO - VALOR - FIXAÇÃO - DEVOLUÇÃO DE PRESTAÇÕES

Ementa: Direito civil. Compromisso de compra e venda. Imóvel. Rescisão por inadimplemento dos compromissários compradores. Cláusula penal. Redução. Arras ou sinal. Perda não autorizada. Encargos de mora. Retenção. Possibilidade. Juros de mora. Fixação.

- Apesar de prevalecer em nosso direito o princípio da imutabilidade da cláusula penal - por importar em pré-avaliação das perdas e danos -, esta poderá ser alterada pelo magistrado quando houver cumprimento parcial da obrigação, hipótese em que se terá redução proporcional da pena estipulada para o caso de mora ou de inadimplemento. Inteligência do art. 924 do Código Civil pretérito.

- As arras visam predeterminar as perdas e danos pelo não-cumprimento da obrigação quando não são apenas confirmatórias do negócio. Hipótese em que, a permanecer o estipulado no contrato, ter-se-ia verdadeiro *bis in idem*, o que certamente geraria enriquecimento sem causa por parte da recorrente, que, além de reter a multa penal, se beneficiaria com as arras ou sinal.

- Rescindido o compromisso de compra e venda de imóvel, o reembolso dos consectários da inadimplência implicaria benefício exclusivo aos próprios devedores, que lucrariam, por assim dizer, com a própria impontualidade. Destarte, não há iniqüidade em que sejam retidos os encargos decorrentes da mora, os quais, por isso, deverão ser descontados do valor a ser reembolsado aos compromissários compradores.

APELAÇÃO CÍVEL N° 2.0000.00.483923-2/000 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Santa Paula Loteadora S/C Ltda. - Apelados: Sebastião de Oliveira e Roseli Aparecida de Lima - Relator: Des. MAURO SOARES DE FREITAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de março de 2007. - *Mauro Soares de Freitas* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Mauro Soares de Freitas - Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do recurso, não sem antes registrar o inconformismo do ilustre procurador dos apelados, cujo reclame guarda, a propósito, minha sincera compreensão, muito embora o atraso no julgamento deste feito não possa ser creditado, de forma exclusiva, a esta Câmara ou a este Julgador, porquanto os autos em apreço são fruto de acervo processual decorrente da unificação dos Tribunais, medida efetuada a "toque de caixa" pela Emenda Constitucional nº 45/2004 - a chamada "Reforma do Judiciário" -, que prega agilidade na prestação jurisdicional, só Deus sabendo a que custo. Esclareço, ainda, ao nobre causídico que a 18ª Câmara Cível deste Tribunal, tida pelo mesmo como exemplar, foi criada posteriormente à sobredita reforma e, portanto, não herdou o passivo processual alhures mencionado.

Feitos os esclarecimentos necessários, vê-se que o alcance da pretensão recursal se limita aos seguintes pontos: (I) cláusula penal - cuja legalidade do percentual contratado é defendida pela recorrente; (II) licitude de retenção das arras

penitenciais - *ex vi* do item 7, § 3º do contrato reproduzido às f. 17/21; (III) retenção dos valores pagos a título de encargos moratórios; e, finalmente, taxa de juros de mora fixada pela sentença.

I - Da cláusula penal.

Reza o item 7, § 1º, do compromisso particular de compra e venda de f. 17/21 que, *verbis*:

> Ocorrendo a rescisão contratual, serão devolvidas ao *compromissário comprador* as importâncias pagas, ressalvadas as exclusões dos parágrafos seguintes, em tantas parcelas quantas tiver pago até a data da efetiva rescisão, abatida a multa contratual a título de perdas e danos desde logo fixada em 10% (dez por cento) do valor total do contrato (grifos nossos).

Valendo-se da regra contida no art. 924 do Código Civil de 1916, o douto Juízo de origem reduziu a referida penalidade, limitando-a em 2% (dois por cento) sobre o valor das parcelas pagas. Inconformada, a sociedade civil pretende o restabelecimento do disposto na cláusula em referência.

Pois bem. É entendimento corrente que, apesar de prevalecer em nosso direito o princípio da imutabilidade da cláusula penal, por importar em pré-avaliação das perdas e danos, esta poderá ser alterada pelo magistrado quando houver cumprimento parcial da obrigação, hipótese em que se terá redução proporcional da pena estipulada para o caso de mora ou de inadimplemento. Essa a solução encontrada pela doutrina (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 9. ed. revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002), São Paulo: Saraiva, 2003, p. 316, amparada no art. 924 do Código Civil pretérito).

Na hipótese vertente, a cláusula em cotejo prevê perda de 10% (dez por cento) do valor do contrato, o que, de fato, se mostra incompatível com a norma em apreço, uma vez que cumprida, ao menos em parte, a avença. Ainda que assim não fosse, o valor da cláusula penal mostra-se excessivo à luz do valor total do contrato, estipulado em R$ 11.420,00 (onze mil quatrocentos e vinte reais). De tal sorte, caso mantida a multa contratada, referido valor corresponderia à quantia superior, até mesmo às prestações pagas pelos promissários compradores.

Outrossim, a margem fixada pela sentença mostra-se aquém do que tem sido consagrado pela jurisprudência deste Tribunal. Em casos análogos, tem-se admitido a retenção de 10% (dez por cento), não do valor do contrato, mas sim do valor total das prestações. Dessarte, há de ser modificada a sentença, nesse particular, para majorar o percentual fixado a título de cláusula penal.

II - Das arras ou sinal.

Superada a controvérsia inicial, mister examinar a questão referente ao sinal e ao princípio de pagamento, visto que o item 7, § 3º, do contrato *sub judice* prevê que, *verbis*:

> Rescindido o contrato por iniciativa do compromissário comprador, não havendo a compromitente vendedora dado causa à rescisão, o valor correspondente ao sinal de negócio e princípio de pagamento não será incluído na devolução, aplicando-se o disposto nos artigos 1.096 e 1.097 do Código Civil.

Como cediço, as arras visam predeterminar as perdas e danos pelo não-cumprimento da obrigação quando não são apenas confirmatórias do negócio.

No caso dos autos, a permanecer o estipulado na cláusula em exame, ter-se-ia verdadeiro *bis in idem*, o que certamente geraria enriquecimento sem causa por parte da recorrente, que, além de reter a multa penal, se beneficiaria com as arras ou sinal. Irretocável, pois, o entendimento sufragado na sentença.

III - Dos valores correspondentes aos juros e encargos decorrentes da mora.

Pretende a apelante sejam retidos os valores correspondentes aos juros e demais encargos decorrentes da mora que, como acessórios, não poderiam ser restituídos aos compromissários compradores.

A pretensão em tela encontra amparo no mesmo item 7, § 2º, a dispor que, *verbis*: "Não serão devolvidos os valores correspondentes a juros e multas por atraso no pagamento das parcelas e valores pagos a título de despesas cartorárias".

De fato, rescindido o compromisso de compra e venda de imóvel, o reembolso dos consectários da inadimplência implicaria benefício exclusivo aos próprios devedores, que lucrariam, por assim dizer, com a própria impontualidade. Dessarte, não há iniqüidade em que sejam retidos os encargos decorrentes da mora, os quais, por isso, deverão ser descontados do valor a ser reembolsado aos compromissários compradores.

IV - Dos juros de mora fixados na sentença.

Da leitura do dispositivo da sentença hostilizada, observa-se que Sua Excelência se olvidou quanto ao percentual dos juros de mora. Referida omissão, a ponto de trazer maiores divergências quanto à taxa do encargo, deve ser suprida e, com tal intento, há de se observar a taxa de juros legais, *ex vi* do art. 1.062 do Código Civil de 1916, legislação aplicável ao caso concreto, visto que o contrato fora celebrado no início do ano de 2000.

Forte em tais argumentos, conheço do recurso para lhe dar parcial provimento e, nesse particular, para majorar a multa prevista na cláusula penal para 10% (dez por cento) do valor das prestações pagas pelos compromissários compradores, autorizando a vendedora a reter os encargos decorrentes da mora, fixando-se os juros da sentença em 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Batista de Abreu* e *José Amancio*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:::-

PODER FAMILIAR - MEDIDA DE PROTEÇÃO - MENOR - MINISTÉRIO PÚBLICO - DOMICÍLIO INCERTO - CITAÇÃO POR EDITAL - POSSIBILIDADE - ART. 158, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ementa: Direito de Família. Ação de suspensão de poder familiar c/c medida protetiva. Citação por edital. Possibilidade no caso concreto. Menores em situação de risco. Manutenção da sentença.

- Não afronta o disposto na Lei 8.069/90 (art. 158, parágrafo único) a citação efetuada por edital, quando devidamente comprovado por meio de certidão do oficial de justiça que os réus estão em lugar incerto e não sabido e, também, por se tratar de andarilhos, sem qualquer vínculo familiar na comarca.

- É de se manter a sentença que julga procedente o pedido de suspensão do poder familiar quando comprovado nos autos que os menores se encontram em situação de risco.

Preliminar rejeitada e recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0194.03.033735-7/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - Apelantes: A.F.M. e outros - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. EDGARD PENNA AMORIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 08 de fevereiro de 2007. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edgard Penna Amorim - Trata-se de pedido de suspensão de poder familiar c/c medida protetiva requerido pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de A.F.M. e R.M.C., à alegação de que estes "não possuem quaisquer condições de atender os interesses dos menores, face à inaptidão pessoal e psicológica de ambos em virtude de alcoolismo" (f. 02).

Adoto o relatório da sentença (f. 70/72), por fiel, e acrescento que o i. Juiz de primeira instância julgou procedente o pedido ao fundamento de que os genitores não têm condições, atualmente, de cuidarem e zelarem dos filhos.

Inconformados, recorrem os réus (f. 77/80), suscitando a preliminar de nulidade do processo por vício de citação e, no mérito, sustentando que possuem todas as condições necessárias para cuidarem dos filhos.

Contra-razões pela manutenção da sentença às f. 91/96.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 103/108-TJ), da lavra do i. Procurador Olintho Salgado de Paiva, pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo não-provimento do recurso.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminar.

Suscitam os apelantes a preliminar de nulidade do processo à alegação de que o ato citatório, efetuado por meio de edital, é nulo, tendo em vista que se encontravam "acolhidos em instituições de recuperação e sempre que podiam, mantinham contato com os filhos" (*sic*, f. 79).

Data venia, a preliminar não merece ser acolhida. *In casu*, foi certificado nos autos (f. 12 e 17), por meio de oficial de justiça, que a citação pessoal dos réus não foi possível tendo em vista

> ... não ter(em) sido encontrado(a)(s), por haverem se mudado há vários dias para a localidade denominada 'Sá Carvalho', município de Antônio Dias, não se sabendo precisar seu endereço, conforme informações transmitidas pelo proprietário de um comércio de 'ferro-velho' próximo ao local, estando o casebre situado no endereço indicado totalmente fechado e desocupado.
> O referido é verdade e dou fé.
> Coronel Fabriciano, aos 09 do mês de janeiro do ano de 2004 (*sic*).

Assim, conquanto não se desconheça a exigência legal - segundo a qual "deverão ser esgotados todos os meios para a citação pessoal" (parágrafo único do art. 158 da Lei 8.069/90) -, tem-se por válida a citação efetuada por meio de edital, pois o relatório social de f. 30/30-v./31/31-v. comprova que os réus não têm vínculo familiar na Comarca, neste sentido é o informado pela assistente social:

> Pai relata que tem 40 anos, nascido em 21.10.63, ajudante geral desempregado, não sabe precisar o tempo. Natural de Juazeiro, Bahia. Vieram de Pernambuco (Petrolina) em janeiro deste ano, saíram em busca de emprego e melhores condições de vida, com destino para Brasília. Viajaram de carona e a maior parte a pé, ele, a companheira e 4 filhos. Relata que pararam aqui para lavar roupa, quando apareceu um senhor que arranjou o barraco aonde estão (*sic*, f. 30/30-v.)

Portanto, diante de tais fatos e da certidão de f. 12 e 17, não restava alternativa que a citação dos réus por edital. Ademais, a informação de que os réus se encontravam internados em instituição para tratamento somente veio

aos autos em 02.09.04, por meio do depoimento da testemunha N.D.P.A. (f. 51), ou seja, 08 (oito) meses após a tentativa de citação pessoal.

Assim sendo, rejeito a preliminar.

Mérito.

No mérito, o inconformismo dos apelantes não merece ser provido. Com efeito, o relatório social elaborado pela assistente social do juízo (f. 67/67-v./68) não deixa dúvidas quanto à impossibilidade de se reformar a sentença recorrida. Neste sentido é o parecer técnico:

> Percebemos que o pai tem se esforçado para reaver os filhos. No entanto, a situação do casal é preocupante, principalmente da mãe. Consideramos que, no momento, o casal ainda não oferece, não possui, as condições necessárias para zelar pela integridade dos filhos (f. 68).

Por último, registro que a juntada dos documentos de f. 81/89, que, em princípio, demonstra uma melhoria nas condições de vida dos réus, não é suficiente para atender à pretensão deduzida no recurso, pois, diante dos graves fatos noticiados nestes autos relativamente àqueles e à vida dos menores sob a responsabilidade dos pais, é prudente que a pretensão seja deduzida em ação própria, para assim possibilitar uma ampla pesquisa sobre as reais condições de todos os envolvidos neste processo.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* e *Roney Oliveira*.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

INVENTÁRIO - ESPÓLIO - PARTILHA - BEM IMÓVEL - CONDOMÍNIO - SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA - ANULABILIDADE

Ementa: Sucessões. Partilha dos bens. Constituição de condomínio. Sentença homologatória.

- Na partilha dos bens do espólio, o julgador deve evitar, ao máximo, a constituição de condomínio sobre os mesmos, sendo esta uma forma de serem prevenidos futuros litígios. Sendo possível a inclusão do imóvel em que residia o casal na meação do cônjuge supérstite e não se opondo diretamente os demais herdeiros contra isso, imperiosa a invalidação da sentença que homologou o plano judicial de partilha contra a vontade das partes interessadas.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.93.031253-3/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Evangelina do Amaral Pimentel, inventariante, e outros herdeiros de Carlos Afonso Pimentel - Apelados: Hércules Paulo Pimentel e outros herdeiros de Carlos Afonso Pimentel, Sônia Regina Munck Pimentel - Relatora: Des.ª MARIA ELZA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2007. - *Maria Elza* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - Trata-se de recurso de apelação interposto em ação de inventário e

partilha ajuizada por Evangelina do Amaral Pimentel.

A sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Sucessões e Ausências da Comarca de Belo Horizonte homologou a partilha de f. 142/148-TJ.

Inconformada, a inventariante e herdeira apela para este Tribunal de Justiça (f. 155/156-TJ). Alega que a decisão judicial que homologou a partilha teria desconsiderado a questão relativa à propriedade do imóvel em que residia o *de cujus* e onde com ele conviveu, bem este que desde o começo do inventário pretendia que fosse totalmente incluído em sua meação. Requereu que fosse dado provimento ao recurso para anular a sentença que homologou a partilha.

Contra-razões ao recurso de apelação apresentadas à f. 185 -TJ, em que o apelado sustenta que a apelante teria concordado com a partilha homologada.

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

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

Da análise dos autos, depreende-se que concorrem para a divisão do patrimônio deixado pelo d*e cujus* seis herdeiros, sendo que cinco, na qualidade de seus descendentes, e a viúva, em razão da renúncia feita em seu benefício por um dos herdeiros necessários, mediante escritura pública (f. 72-TJ).

À viúva se garante, ainda, metade de todo o patrimônio - este avaliado em R$ 60.320,94 - a título de sua meação.

A apelante, portanto, na qualidade de ex-esposa do *de cujus* e de sua herdeira, tem direito sobre a metade de todo o patrimônio sucessível, bem como ao valor da sexta parte da metade restante do patrimônio; ou seja, ela tem direito à fração de 7/12 de todo o patrimônio que foi deixado.

Dessa forma, requer que lhe seja atribuída a propriedade de um imóvel específico deixado pelo *de cujus*. Pugna para que o imóvel situado à Rua Joaquim de Figueiredo, 26, avaliado em R$ 21.988,00 integre a meação a que tem direito, por ser a casa em que sempre morou e viveu com o *de cujus*, em razão de o mesmo caber totalmente na parcela do patrimônio a que tem direito.

Com razão a apelante.

Ao tratar da partilha dos bens, o Código Civil de 1916, em seu art. 1.777, dispõe:

> Art. 1.777 - O imóvel que não couber no quinhão de um só herdeiro, ou não admitir divisão cômoda, será vendido em hasta pública, dividindo-se-lhe o preço, exceto se um ou mais herdeiros requererem lhes seja adjudicado, repondo aos outros, em dinheiro, o que sobrar.

Observa-se que o intuito do legislador foi o de evitar que, na partilha, a propriedade de determinado bem seja atribuída a mais de um herdeiro, prevenindo, assim, a ocorrência de futuros litígios em razão da instituição do condomínio.

Segundo a lição doutrinária:

> A partilha deve ser elaborada de tal forma que haja igualdade, sejam conciliados os interesses e a comodidade dos co-herdeiros, e fiquem prevenidos litígios futuros. Persegue-se a maior igualdade possível quanto ao seu valor, natureza e qualidade (art. 1.775 do CC). Busca-se a igualdade matemática a par com a igualdade qualitativa, de forma tal que os quinhões sejam rigorosamente iguais. É importante afastar litígios futuros. Por isso é de se evitar o condomínio que, por natureza, é fonte de rixas. É por isso que o art. 1777 do Código Civil edita: não cabendo o imóvel no quinhão de um só herdeiro, ou não admitindo divisão cômoda, deve ser vendido em hasta pública para divisão do preço se um ou mais herdeiros não lhe requererem a adjudicação, repondo, aos outros, em dinheiro, o que sobrar (VIANA, Marco Aurélio, *Curso de direito civil*, 1994, v. 6, p. 300).

Na espécie, observa-se da leitura do plano de partilha homologado (f. 142/148-TJ) que sobre os cinco bens componentes do espólio foram atribuídas parcelas a todos os seis quinhões

hereditários. Ou seja, segundo a partilha realizada, todos os herdeiros se tornariam proprietários de parcela de todos os bens partilháveis.

Criou a partilha homologada condomínio sobre todos os bens componentes do acervo partilhável, embora a maioria deles apresente valor compatível com o valor dos quinhões dos herdeiros.

É o que ocorre com o imóvel situado à Rua Joaquim de Figueiredo, n. 26, a saber: a casa em que a apelante residia com seu falecido marido. O valor que ao bem foi atribuído é de R$ 21.998,00, enquanto o valor da parcela do patrimônio a que tem direito a apelante é de R$ 35.187,21, somada a meação e seu quinhão hereditário.

Vê-se que perfeitamente possível que esse bem seja conferido integralmente à apelante, o que evitaria que sobre ele fosse instituído condomínio entre os herdeiros. Aliás, como visto, em tais hipóteses, seria este o comportamento recomendado pela norma.

A decisão que homologou a partilha não atentou para tal fato, criando indesejável condomínio sobre todos os bens que compõem o espólio.

Sem razão os apelados, ainda, quando afirmam, na resposta apresentada ao recurso de apelação, que a apelante teria concordado com o plano de partilha apresentado. Ao contrário, lê-se claramente às f. 152/153-TJ que a apelante com ele não concordava, reforçando sua pretensão em ser-lhe atribuído o imóvel em que residia o casal.

Neste ponto, também se mostra descabida a homologação judicial da partilha, uma vez que não fundamentada a decisão de afastar a pretensão demonstrada, tendo em consideração que a apelante e outros herdeiros não concordaram com a partilha, manifestando irresignação no momento processual oportuno.

Nesse sentido:

> Ementa: Inventário. Partilha. Homologação. - A mera homologação judicial do esboço de partilha apresentado só cabe na hipótese de todos os interessados estarem de acordo, a teor do disposto no art. 1.774 do CCB de 1916. Apelo provido (TJRS, 7ª Câmara Cível, Ap Cível n. 70005471636, Rel. Des.ª Maria Berenice Dias, julgado em 02.04.2003).

Sendo assim, não tendo os demais herdeiros apresentado qualquer oposição ao pedido de que o bem acima mencionado integre em sua totalidade a meação a que tem direito a apelante - na qualidade de cônjuge supérstite -, imperioso o respeito a seu pedido no momento da partilha do bem, evitando-se, assim, a constituição de condomínio sobre o imóvel e, por conseguinte, litígios futuros.

Em face do exposto, com respaldo no princípio da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição Brasileira) e no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do Código de Processo Civil), dá-se provimento ao recurso de apelação para declarar a nulidade da sentença homologatória do plano de partilha, determinando-se a feitura de nova partilha em respeito ao pedido da inventariante quanto ao bem em que residia o casal.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Nepomuceno Silva* e *Mauro Soares de Freitas*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - ESTABELECIMENTO DE ENSINO - EDUCAÇÃO INFANTIL - ENSINO FUNDAMENTAL - MATRÍCULA - INDEFERIMENTO - REQUISITO - LIMITE DE IDADE - ILEGALIDADE - PRÁTICA ABUSIVA - INCONSTITUCIONALIDADE

Ementa: Mandado de segurança. Matrícula de menor de seis anos. Escola pública. Ensino fundamental. Possibilidade.

- É ilegal e abusivo o indeferimento de matrícula de criança em escola da rede pública com fulcro em limitação etária para o acesso ao ensino público, visto que contraria o disposto na Constituição Federal. Em reexame necessário, confirma-se a sentença.

REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0414.06.013235-7/001 - Comarca de Medina - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Medina - Autor: Guilherme Gualberto Souza representado p/ seus pais Sinvaldo Gualberto Nascimento e Cleunice Nunes Souza Nascimento - Réu: Diretor da Escola Estadual Dr. Horaciano de Souza - Relator: Des. KILDARE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 1º de março de 2007. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Kildare Carvalho - Trata-se de reexame necessário da r. sentença que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Guilherme Gualberto Souza, representado por seus pais Sinvaldo Gualberto Nascimento e Cleunice Nunes Souza Nascimento, contra ato do Diretor da Escola Estadual Dr. Horaciano de Souza, concedeu a segurança rogada, autorizando a matrícula do requerente na Escola Estadual Doutor Horaciano Souza.

Conheço da remessa oficial.

Cinge-se a questão posta nos autos na análise do direito do impetrante, menor com seis anos incompletos, representado por seus pais, a matricular-se no ensino fundamental, na rede pública da cidade de Medina.

Depreende-se do processado que o impetrante teve negado o pedido de matrícula ao fundamento de que não possui a idade exigida nas Resoluções da SEE nº 469/03 e nº 685/2005, qual seja, seis anos completos até 30 de abril de 2004.

O MM. Julgador singular concedeu a segurança rogada, ao entendimento de que as citadas resoluções não podem ser utilizadas como meio de impedir o acesso de crianças à rede pública de ensino, sob pena de tornar "letra morta" o direito constitucional de acesso à educação.

A meu sentir, sem reparo a r. sentença.

Com efeito, o direito à educação é assegurado a todos sem limitação de idade consoante dispõe o art. 205 da Constituição Federal:

> 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.

Neste sentido, verifica-se que, de igual forma, a limitação etária imposta pela autoridade coatora não se encontra regulada na Lei Federal nº 9.394/96, que dispõe sobre as Diretrizes e Bases da Educação.

Depreende-se de f. 12-TJ dos autos que, muito embora o requerente contasse com apenas cinco anos de idade, na data em que pleiteou sua matrícula na escola impetrada, já havia concluído sua formatura no Pré-Escolar de forma satisfatória e com certificada aptidão para o ingresso na fase instrutória do ensino fundamental.

Ademais, é imperioso registrar que o impetrante já concluiu o ano letivo, por força da liminar deferida no presente *mandamus*, afigurando-se, no mínimo desproporcional, a denegação da segurança neste momento processual.

Assim, tenho que, de fato, a negativa imposta ao requerente não encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente, consoante entendimento pacífico deste Tribunal:

> Ementa: Mandado de segurança. Acesso ao ensino. Arts. 208, inciso V, da Constituição Federal e 54, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Capacidade de cada um. Direito líquido e certo. Nos termos dos arts. 208, inciso V, da Constituição Federal e 54, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. Logo, o educando, em qualquer grau, cumprindo os requisitos legais, tem o direito público subjetivo, oponível ao Estado, não tendo este nenhuma possibilidade de negar a solicitação, protegida por expressa norma jurídica constitucional cogente. A educação é direito público de todo cidadão, enquanto situação jurídica subjetiva definida no direito positivo em prol da dignidade da pessoa humana (Reexame Necessário nº 1.0624.03.000405-2/001 - Relator: Des. Gouvêa Rios - *DJ* de 20.08.2004).

> Ementa: Mandado de segurança. Matrícula. 1ª série do ensino fundamental. Menor de 7 anos de idade. Recusa. - Configura-se inadmissível a recusa da matrícula de criança de seis anos de idade, para o ensino fundamental, em razão de não estar previsto constitucionalmente o limite de idade. Rejeitam-se as preliminares e defere-se a segurança (Mandado de Segurança nº 1.0000.04.410895-9/000 - Relator: Des. Almeida Melo - *DJ* de 20.10.2004).

> Ementa: Mandado de segurança. Matrícula na primeira série do ensino fundamental. Menor de sete anos de idade. Direito líquido e certo.
> - É ilegal o ato de autoridade educacional que nega a matrícula de aluno, menor de sete anos, no ensino fundamental, sem garantir-lhe o direito de avaliação, principalmente se já concluiu a pré-escola no mesmo estabelecimento de ensino e se a prova apresentada demonstra já ter sido alfabetizado (Reexame Necessário nº 1.0444.05.931050-8/001 - Relator: Des. Wander Marotta).

> Administrativo. Ingresso no ensino fundamental. Idade mínima. Princípio da razoabilidade.
> - A norma da Resolução nº 151/2001 da SEE, que obsta a matrícula, no ensino fundamental, de criança que não venha a completar 7 (sete) anos de idade até o dia 31 de dezembro do ano de ingresso, deve ter sua aplicação temperada pela observância ao princípio da razoabilidade (Mandado de Segurança nº 1.0414.02.000378-9/001, Rel. Des. Manuel Saramago, j. em 31.08.2004, p. 01.10.2004).

> Ementa: Matrícula. 1ª série do ensino fundamental. Menor de 7 anos de idade. Recusa baseada em resolução da Secretaria de Estado da Educação.
> - Inadmissível o indeferimento de matrícula de criança com menos de sete anos de idade, para matricular-se no ensino fundamental, em razão de não estar previsto constitucionalmente o limite de idade (Apelação Cível nº 244.655-7, Rel. Des. Jarbas Ladeira, *DJ* de 05.08.2002).

> Ementa: Mandado de segurança. Matrícula de criança. Primeiro grau. Idade.
> - É admissível a matrícula de criança com menos de sete anos de idade na primeira série de ensino do primeiro grau, se aquela, comprovadamente, tiver estrutura tanto emocional, quanto intelectual para tanto (Apelação Cível nº 201.648-3, Rel. Des. Garcia Leão, *DJ* de 06.03.2001).

Portanto, é indubitável a presença do direito líquido e certo, cujo reconhecimento busca o impetrante.

Com tais considerações, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Manuel Saramago* e *Dídimo Inocêncio de Paula*.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

CONDOMÍNIO - EXTINÇÃO - IMÓVEL - ABANDONO PELO CONDÔMINO - PEDIDO IMPROCEDENTE

Ementa: Ação de extinção de condomínio. Abandono do imóvel pelo condômino. Improcedência do pedido. Manutenção da sentença.

- A conduta do proprietário caracteriza-se, no abandono, pela prática de atos que exteriorizam a intenção de não mais ter a coisa para si. Abandonado o imóvel pelo consorte resta impossível o pedido de extinção de condomínio.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0461.01.000317-0/001 - Comarca de Ouro Preto - Apelantes: Gizélia Ferreira e outros - Apelados: Rosângela das Dores Pimenta e outros - Relator: Des. SALDANHA DA FONSECA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2007. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Saldanha da Fonseca - Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 474-479 que, nos autos da ação de extinção de condomínio proposta por Gizélia Ferreira e outros em face de Rosângela das Dores Pimenta e outros, julgou improcedente o pedido.

Em suas razões recursais (f. 481-484), os apelantes sustentam, preliminarmente, a nulidade do *decisum* e, no mérito, que o bem de herança é insuscetível de aquisição por usucapião por um grupo de herdeiros.

Os apelados apresentaram contra-razões às f. 489-490, levantando duas preliminares para não-conhecimento do recurso e, no mérito, pugnam pelo seu desprovimento.

Preliminares levantadas pelos apelados.

Em contra-razões, os apelados levantam duas preliminares sem qualquer fundamento. Aliás, suas argüições demonstram total desatenção no exame dos autos.

A primeira assertiva é de intempestividade do recurso. Para argüi-la, os recorridos informam que a publicação da sentença ocorreu no dia 02.08.06.

A preliminar não deve ser acolhida. É que os apelados confundem a data em que o expediente foi enviado para publicação no *Minas Gerais* (02/08/06) com o dia de sua efetiva publicação (04/08/06), tudo conforme certidão de f. 480.

A segunda preliminar é de "falta de procuração dos patronos dos recorrentes". Afirmam os apelados que Rogério Pèret Teixeira, subscritor da peça recursal, à f. 87 substabelece sem reservas os seus poderes para atuar na causa. Todavia, o que se vê no mencionado documento é exatamente o contrário, pois Rogério Pèret foi substabelecido, inexistindo qualquer vício de representação.

Rejeito as preliminares levantadas nas contra-razões e conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminar levantada pelos apelantes.

Aduzem os apelantes a ocorrência de cerceamento ao seu direito de defesa, uma vez que não foi oportunizado às partes o oferecimento de alegações finais.

Não obstante o esforço de argumentação dos recorrentes, nada se acrescentou ao processo que exigisse os debates finais, respeitando-se

amplamente o contraditório no decorrer do feito, que se deu com instrução completa, não caracterizando a ausência de memorial cerceamento de defesa.

Nesse sentido, aliás, colhe-se o seguinte aresto:

> Sentença. Nulidade. Prolação sem a realização de debates. Prejuízo inexistente. Não reconhecimento. A ausência de debates, ainda que se constitua em irregularidade a ser sempre evitada, não pode ser elevada à categoria de vício que nulifique o processo se nenhum prejuízo trouxe aos interessados (*Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, vol. 108, p. 370).

E ainda que houvesse questão de grande relevância para o julgamento da lide a ser demonstrada, incumbia aos apelantes, *permissa maxima venia*, fazê-la nas razões de recurso, e não pretender a anulação da sentença para que possa produzir suas alegações posteriormente.

Rejeito, pois, a preliminar.

Mérito.

Pela leitura da exordial verifica-se que os autores pretendem através da presente demanda vender judicialmente o imóvel que alegam deter em comum com os apelados, com fundamento no esboço de partilha de f. 17-18 e sentença datada de 06.11.1985 (f. 11).

Em que pese a argumentação expendida nas razões recursais, o d. Julgador primevo consignou em sentença que, "se os requeridos tivessem se defendido através de ação própria reivindicando a declaração da posse prolongada no imóvel através da usucapião, teriam todas as condições frente aos requerentes para acolhimento do pedido. Entretanto, neste processo, esbarram numa proibição de ordem processual, tendo em vista a realização de atos necessários para o conhecimento da ação".

Com efeito, não há como compatibilizar a contenda travada, de cunho petitório, extinção de condomínio, onde se estuda e aprecia propriedade, cuja tramitação está particularizada no CPC, com feito de rito também especial, usucapião, cujo estudo passa por perquirição do *jus possessionis*.

Nada obstante, tenho que irrepreensível a r. sentença objurgada, pois da análise da prova documental restou claro que os requerentes abandonaram o imóvel, não fazendo por isso jus ao pedido de extinção de condomínio.

Sobre a perda da propriedade por abandono, Sílvio Rodrigues ensina que:

> O abandono se dá quando o possuidor afasta de si a coisa possuída, com o propósito de não mais detê-la ou de sobre ela exercer qualquer ato inerente ao domínio (*in Direito civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, p. 46).

O abandono é, pois, ato unilateral, pelo qual o titular abre mão de seus direitos sobre a coisa, inexistindo a necessidade de manifestação expressa do mesmo.

A propósito, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo já decidiu que:

> Ação de reintegração de posse - Ausência de comprovação do exercício da posse no momento do esbulho - Abandono da propriedade rural - Perda da posse - Concessão do interdito possessório - Impossibilidade - Ausência dos requisitos estabelecidos pelo art. 927 do CPC - Recurso improvido.
> - Para a obtenção do pedido de reintegração de posse, necessário que o autor prove a sua posse, o esbulho praticado e a sua conseqüente perda.
> - A ausência de demonstração de qualquer desses requisitos, estabelecidos pelo art. 927 do Código de Processo Civil, impõe a improcedência da ação.
> Recurso improvido (Ap. Cível nº 040009000346, Rel. Des. José Eduardo Grandi Ribeiro, j. em 08.05.2001).

Cotejando-se tais ensinamentos com a argumentação expendida na contestação e documentos colacionados aos autos (datados de 1966 a 2003), pode-se claramente perceber que os

apelantes nunca exerceram qualquer direito atinente ao imóvel, o que impossibilita a procedência do pedido de extinção de condomínio.

Lado outro, muito embora não se tenha reconhecido a usucapião na presente demanda pelas razões acima destacadas, cabe ressaltar que, diferentemente do que aduziram os apelantes, a doutrina tem admitido a possibilidade de que o condômino adquira a propriedade do imóvel comum através de usucapião, desde que exerça a posse, com exclusividade, sobre parte determinada do bem, ou sobre a totalidade deste.

O mestre Serpa Lopes explica:

> Ou o condômino possui em nome próprio unicamente, e então fá-lo não como condômino, senão como único proprietário, prescindindo de mudar o título para usucapir; ou o condômino possui como condômino e então não o faz em nome próprio unicamente, senão também em nome dos demais co-proprietários, isto é, possui em nome próprio tão-só quanto a sua cota, e detém em nome de outrem em relação às cotas que não lhe pertencem (*in Curso de direito civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. VI, p. 299-300).

A questão é ainda melhor esclarecida quando se atenta para a lição de Benedito Silvério Ribeiro:

> ... o condômino, malgrado esteja vinculado a uma comunhão de domínio, poderá usucapir a sua quota-parte no imóvel comum, desde que tenha a sua parte ou posse sobre área localizada e demarcada. Igualmente, poderá usucapir contra todos os comunheiros, excluindo as partes destes. Deverá, contudo, comprovar posse sobre o todo. (...) Poderá, também, o condômino intentar ação de usucapião para o reconhecimento da propriedade sobre todas as partes, excluindo os demais co-proprietários. A posse sobre o todo precisa restar cumpridamente provada, sendo indispensável a observância dos demais requisitos legais, especialmente o *animus domini* (*in Tratado de usucapião.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. I, p. 285).

E vale, a respeito, trazer a lume de segura orientação pretoriana, os seguintes pronunciamentos:

> ... admite-se usucapião, por um dos condôminos, de todo o imóvel, quando ele prove posse própria (posse com intenção de ter a coisa exclusivamente para si), decorrente de atos inequívocos. Extinto o condomínio, não há que se pretender a divisão do que já não existe em comum (FRANÇA, R. Limongi, *Jurisprudência do usucapião*, São Paulo: RT, 1988, p. 95).

> O condômino pode usucapir, total ou parcialmente, uma gleba, desde que tenha posse exclusiva e delimitada, sem oposição dos demais condôminos, possuindo-a *pro suo*, impeditiva de posse dos demais comunheiros, hipótese em que os demais são excluídos (acórdão unânime da 1ª C. Cível do TJMG, de 03.09.85. Apelação nº 67269; Rel. Des. Lúcio Urbano, *Jurisprudência Mineira*, 92/333).

> Comprovada a posse exclusiva do imóvel por condômino, com ânimo de dono, por mais de 20 anos, e caracterizado o desinteresse dos demais condôminos pela área usucapienda, não é defeso reconhecer o direito por aquele invocado (TJMG, Ap. Cível nº 222.204-6, Rel. Des. Ferreira Esteves, *DJ* de 27.06.97, p. 13).

Não se está aqui, repita-se, reconhecendo e/ou negando eventual pedido *ad usucapionem* até porque tal requerimento demandaria procedimento próprio e adequado. Utiliza-se de tal argumento apenas para demonstrar que os autores, ora apelantes, não fazem jus ao direito pretendido como muito bem decidido na acertada sentença recorrida.

Com tais razões, nego provimento ao recurso, mantendo-se íntegra a r. sentença hostilizada, por seus próprios e sólidos fundamentos.

Custas, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Domingos Coelho* e *Alvimar de Ávila*.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

OBRIGAÇÃO DE FAZER - EMPRESA FALIDA - EX-SÓCIO - LEGITIMIDADE ATIVA - CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PELO SÍNDICO - PEDIDO - ACOLHIMENTO

Ementa: Ação de obrigação de fazer. Legitimidade ativa. Ex-sócio de empresa falida. Sua legitimidade para pretender que o síndico cumpra obrigação de fazer.

- O ex-sócio da falida, que figura como devedor solidário em ações trabalhistas ajuizadas contra a empresa, tem legitimidade para pleitear em juízo que seja o síndico da massa falida compelido a buscar, junto ao depositário dos bens da falida, o ressarcimento de valores indevidamente apropriados.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0145.06.320872-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Anir Batista Barreto - Apelada: Massa Falida Malharia Continental Ltda. - Relator: Des. WANDER MAROTTA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 23 de janeiro de 2007. - Wander Marotta - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Wander Marotta - Anir Batista Barreto ajuizou ação de obrigação de fazer contra a Massa Falida Malharia Continental Ltda., visando compelir a suplicada, na pessoa do síndico, a "buscar, junto ao depositário Antônio Henrique Moraes de Paula, o ressarcimento dos valores por ele desviados da empresa, bem como as providências cautelares necessárias para garantir a eficácia da pretensão" (f. 07).

Alega que, através da trigésima alteração contratual, o sócio Kleyton José Lamas Bonincontro, representando a sociedade falida, constituiu a obrigação de dar cumprimento a todos os compromissos da empresa até a data da referida alteração, desobrigando deles o autor, ocasião em que recebeu todas as cotas do autor em forma de dação, e, em conseqüência, todo o patrimônio da empresa; que, ao tornar-se detentor de 100% do capital, e seu único representante legal, não utilizou os ativos para cumprimento da obrigação, mantendo-se inerte, e permitindo que o ex-sócio Antônio Henrique Moraes de Paula se integrasse na posse de todo o patrimônio da empresa, deixando de cumprir o pacto firmado com o autor; que Antônio Henrique Moraes de Paula, usando o nome de sua genitora, da qual é procurador, em flagrante violação do art. 129 do CPC, simulou uma ação de reintegração de posse, contra a qual o sócio Kleyton não ofereceu qualquer resistência, deixando que o feito corresse à revelia, o que permitiu que Antônio se apoderasse de todos os registros contábeis da Malharia Continental Ltda. e manipulasse todo o sistema de processamento de dados arquivados no computador. Enfatiza que as certidões emitidas pela Justiça do Trabalho demonstram seu interesse de agir, bem como o dever de fazê-lo sob pena de omissão, principalmente para extinguir as obrigações nas quais figura como devedor solidário no foro trabalhista.

A sentença (f. 48/50), entendendo não ter o autor legitimidade ativa para o pleito, indeferiu a inicial, julgando extinto o processo nos termos do art. 267, I e VI, do CPC, isentando-o do pagamento das custas processuais por litigar sob o pálio da assistência judiciária.

Inconformado, ele recorre (f. 51/53), sustentando que, transcorridos mais de cindo anos da decretação da falência, nenhuma providência foi tomada para o cumprimento do que fora pactuado entre o apelante e o falido, o que o obrigou a ingressar em juízo, onde se cumpriu parte da tutela específica agora pleiteada. Caso o atual síndico e os que o antecederam estivessem dispostos a dar eficácia ao provimento jurisdicional pretendido, já o teriam requerido quando ainda não prescrito o

crime falimentar. Ressalta que o síndico não dispõe das informações necessárias para tornar efetiva sua pretensão, o que somente ocorreria caso citado, e que o indeferimento do pedido "implica não lhe conceder o direito equivalente ao *obligatio* que a Justiça do Trabalho lhe impôs conforme demonstram as certidões de f. 13/19" (f. 53).

Às f. 6.566, manifestou-se o ilustre Procurador de Justiça, opinando pelo provimento do recurso.

A legitimidade constitui requisito essencial para a composição do litígio. Deve o autor ser o titular do interesse em relação ao réu, contido na pretensão inicial, legitimando-o ao ajuizamento da ação, como dispõe o art. 3º do CPC: "Para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade".

Na lição de Moacyr Amaral Santos (*in Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. Ed. Saraiva, 1º vol., 1997, p. 171):

> São legitimados para agir, ativa e passivamente, os titulares dos interesses em conflito; legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão; passiva terá o titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão. Fala-se então em legitimação ordinária, porque a reclamada para a generalidade dos casos.

Como condição da ação, a ilegitimidade ativa é matéria de ordem pública, a ser examinada em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição.

O apelante ajuizou a presente ação de obrigação de fazer, visando compelir a massa falida, através do síndico, a pleitear ao depositário Antônio Henrique Moraes de Paula o ressarcimento de todos os valores de que se teria apoderado ilicitamente.

A prova documental demonstra que, nos termos da trigésima alteração contratual, datada de 23.11.1998, o autor, sócio da Malharia Continental Ltda., retirou-se da sociedade, cedendo a totalidade de suas cotas, em forma de dação, ao sócio Kleyton José Lamas Bonincontro, que assumiu integralmente a gestão da empresa, responsabilizando-se pelo cumprimento das obrigações pactuadas durante a gestão conjunta com o apelante, regularmente registrada na JUCEMG em 03.12.98 (f. 10/12).

As certidões fornecidas pela Justiça do Trabalho comprovam que o apelante figura como devedor solidário em várias das ações ali ajuizadas e que foram arquivadas sem que os reclamantes recebessem seus créditos, tendo em vista que a execução restou frustrada (f. 13/19).

Noticia, ainda, a inicial possíveis atos fraudulentos perpetrados pelo sócio Kleyton José Lamas Bonincontro, sócio da falida, e Henrique Moraes de Paula, seu ex-sócio.

Não resta dúvida, por outro lado, de que compete ao síndico nomeado defender os interesses da massa falida, obrigação legal estabelecida no art. 63 do Decreto Lei nº 7.661/45.

Entendeu a ilustre Magistrada de primeiro grau que "autorizar o autor a propor ação em nome da massa falida seria sobrepor a figura do síndico, a quem compete a representação da massa falida" (f. 49).

Realmente, não tem o autor legitimidade ativa para ajuizar ação em nome da massa falida.

Entretanto, na inicial, o apelante formulou dois pedidos: o primeiro no sentido de compelir o síndico nomeado, Marcus Vinicius Fernandes, a pleitear do depositário Antônio Henrique Moraes de Paula o ressarcimento dos valores que, segundo o apelante, foram por ele apropriados de forma indevida; e o segundo que lhe fosse deferida a antecipação de tutela específica, nos termos do art. 461, § 3º, do CPC, para que possa ingressar com ação de perdas e danos contra o ex-sócio e depositário Antônio Henrique Moraes de Paula.

Considero que, em relação à primeira pretensão, tem o autor legitimidade ativa para o pleito, o mesmo não ocorrendo em relação à segunda.

Na prova documental apresentada, considero que estão presentes os elementos

necessários a comprovarem a legitimidade ativa do autor para o ajuizamento da ação de obrigação de fazer.

Como bem anotado pelo ilustre Procurador de Justiça, o autor poderia formular seu pedido através de petição nos autos da falência, "com a possibilidade, inclusive, de chegar a requerer a destituição do síndico (art. 66, DL nº 7.661/45). Porém, se outra e juridicamente admitida sua opção, só nos cabe respeitá-la porquanto é do jurisdicionado o direito subjetivo de livre escolha, dentre as diferentes ações ou caminhos judiciais postos à sua disposição, daquele que melhor lhe convenha" (f. 66).

Em síntese: o ex-sócio da falida, que figura como devedor solidário em ações trabalhistas, tem legitimidade para pleitear em juízo que seja o síndico da massa compelido a buscar no depositário dos bens da falida o ressarcimento de valores indevidamente apropriados.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, e reformo a r. decisão hostilizada, para determinar que seja o pedido relacionado à obrigação de fazer regularmente processado e decidido.

Custas, a final.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Belizário de Lacerda* e *Alvim Soares*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

COLAÇÃO DE GRAU - PARTICIPAÇÃO SIMBÓLICA - GRADE CURRICULAR - NÃO-CONCLUSÃO - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - AUSÊNCIA - MEDIDA CAUTELAR - LIMINAR

Ementa: Processo civil. Medida cautelar. Liminar. Participação simbólica de cerimônia de colação de grau sem conclusão da grade curricular. Ausência de plausibilidade jurídica.

- Inexiste plausibilidade jurídica na pretensão de acadêmicos que não concluíram a grade curricular de curso de turismo em participar simbolicamente da colação de grau.

- A autonomia administrativa conferida às instituições que colam grau pela Constituição da República e pela Lei nº 9.394/96 é condicionada à conclusão de todo o curso.

Agravo provido.

AGRAVO N° 1.0024.06.151057-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Universidade Fumec-Fundação Mineira de Educação e Cultura - Agravados: Marina Fernandes Faria e outro - Relator: Des. ALBERTO VILAS BOAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2007 - *Alberto Vilas Boas* – Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Alberto Vilas Boas - Conheço do recurso. No âmbito da ação cominatória de obrigação de fazer, alegaram os recorridos terem ingressado no curso de turismo promovido pela recorrente com conclusão prevista para 21.08.2006.

Sustentaram que, por estarem atrasados em relação à turma de origem, não concluíram a grade completa para a colação de grau.

Por tal motivo, pleitearam, liminarmente, pela participação da cerimônia simbólica de colação de grau, sem, no entanto, obterem o título de conclusão do curso, visto que cientes das disciplinas que ainda restavam a cumprir.

O pedido liminar foi deferido, para permitir que os autores participassem da cerimônia festiva de colação de grau, ficando, porém, impedidos de assinarem o respectivo livro.

Conquanto a cerimônia de colação de grau já tenha ocorrido, reputo necessário examinar o mérito da pretensão recursal para evitar futura alegação de dano em face da recorrente.

Dispõe o *caput* do art. 207, CF:

> As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade de ensino, pesquisa e extensão.

Por sua vez, a Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, estabelece no art. 53, VI:

> Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:
> VI - conferir graus, diplomas e outros títulos.

Disciplinando a matéria, a recorrente editou a Resolução nº 09-2-002/2004, e o art. 1º estabelece que somente é admitida à colação de grau o acadêmico que tenha concluído integralmente o respectivo curso.

Dentro deste contexto normativo, não possui respaldo a pretensão dos recorridos, pois é legítima a exigência de conclusão de toda a grade curricular para a colação de grau.

Lado outro, não é crível decidir com base nos prejuízos experimentados pelos recorridos em decorrência dos valores despendidos para a realização das festividades.

Ora, se sabiam da impossibilidade de conclusão do curso - e diante da incerteza acerca da autorização para a colação simbólica de grau -, efetuaram os pagamentos por mera liberalidade, revelando-se desidiosa a conduta de somente provocar o judiciário às vésperas da cerimônia.

Ademais, se inexiste oposição dos demais colegas, conforme afirmaram os recorridos, nada impede que participem das demais cerimônias, o que lhes minora o prejuízo.

Sob tal perspectiva, correta a afirmação da recorrente no sentido de que:

> (...) ao contrário do afirmado na peça de ingresso, a cerimônia de colação de grau não é meramente figurativa ou simbólica, mas sim solene, formal e pública, onde aqueles que, com êxito, concluíram determinado curso, têm assegurado o título de bacharéis (f. 5).

Outrossim, a concessão da medida liminar na presente oportunidade abrirá precedentes; e, diante do aumento de atos simbólicos de colação de grau, a seriedade da instituição universitária poderá ficar comprometida em face da banalização de tal ato.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso e confirmo os efeitos da antecipação de tutela recursal.

Custas, pelos recorridos, observada a gratuidade.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Roberto Borges de Oliveira* e *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

INVENTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - RESTITUIÇÃO - RETENÇÃO INDEVIDA - PREVIDÊNCIA SOCIAL - DEPENDENTES - DESTINAÇÃO DA VERBA - LEGALIDADE - SUCESSORES EXCLUÍDOS - IRRESIGNAÇÃO - NÃO-PROVIMENTO - LEI Nº 6.858/80

Ementa: Civil e processual civil. Agravo de instrumento. Inventário. Restituição de imposto de renda. Verba destinada aos dependentes habilitados perante a Previdência Social. Demais sucessores excluídos. Legalidade. Improvimento da irresignação. Inteligência dos arts. 1º e 2º, ambos da Lei nº 6.858/1980.

- A restituição de imposto de renda retido indevidamente do *de cujus*, que não fora por ele recebida em vida, será destinada aos dependentes habilitados perante a Previdência Social.

AGRAVO N° 1.0024.01.021323-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: M.R.S. - Agravado: A.R.S. - Relator: Des. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de março de 2007. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - Trata-se de agravo de instrumento interposto por M.R.S. em face da decisão trasladada à f. 32-TJ, tirada, por sua vez, dos autos de inventário dos bens deixados por A.R.S., que determinou a restituição do imposto de renda devido ao *de cujus* apenas aos dependentes inscritos na Previdência Social, objetivando sua reforma, sustentando, em apertada síntese, que, além dos dependentes beneficiados com a restituição do referido imposto depositado em juízo, existem, ainda, outros 10 (dez) herdeiros, filhos do falecido do primeiro casamento, que têm direito à partilha de dita importância, pois é um bem que pertence ao espólio e deve ir para o inventário, tudo consoante as argumentações desenvolvidas na minuta de f. 02/07-TJ.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

A *vexata quaestio* ora debatida diz respeito à restituição de imposto de renda retido indevidamente do *de cujus*, que não fora por ele recebida em vida, matéria que está disciplinada na Lei nº 6.858/1980, assim dispondo seus arts. 1º e 2º:

> Art. 1º. Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.
> Art. 2º. O disposto nesta Lei se aplica às restituições relativas ao imposto de renda e outros tributos, recolhidos por pessoa física, e, não existindo outros bens sujeitos a inventário, aos saldos bancários e de contas de cadernetas de poupança e fundos de investimento de valor até 500 (quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional.

A respeito, são os comentários de Nelson Nery Junior, *in verbis*:

> Valores não recebidos em vida pelo *de cujus*. A Lei 6.858/80 disciplina o recebimento, por dependentes ou sucessores, de valores não recebidos em vida pelos titulares. (RJTJRS 112/432) (*in Código de Processo Civil comentado.* 6. ed., São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 1.186).

Nesse sentido, a jurisprudência de nossos tribunais já se posicionou:

Imposto sobre a renda - Restituição do imposto de renda - Alvará para levantamento de valor não recebido em vida pelo titular - Lei nº 6.858, de 1980 - Imposto de renda recolhido pelo autor da herança - Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980. - As restituições relativas ao imposto de renda e outros tributos recolhidos por pessoas físicas, não recebidas em vida pelos respectivos titulares, serão pagas aos dependentes habilitados, na forma da lei previdenciária própria, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento. Tratando-se de absolutamente incapazes, que se acham sob o pátrio poder da mãe, a importância deve ser entregue à mãe, administradora dos bens dos menores. Interpretação do disposto no art. 386 do Código Civil. Efetuado o depósito, possível o seu levantamento. Provimento, em parte, do recurso (TJRJ - 1ª CC, Agravo de Instrumento nº 1.700/94, Comarca do Rio de Janeiro, Rel. Des. Paulo Sérgio Fabião, j. em 21.02.1995).

Dessarte, resta incensurável a interlocutória monocrática que determinou o pagamento da restituição do imposto de renda apenas aos dependentes inscritos na Previdência Social, quais sejam aqueles discriminados na certidão de f. 31-TJ, em cumprimento ao ordenamento legal vigente.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo de instrumento interposto.

Custas recursais, pela agravante, de cujo adimplemento a suspendo, por encontrar-se ela amparada pelos benefícios da gratuidade de justiça (art. 12, *in fine*, da Lei nº 1.060/1950).

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Maria Elza* e *Nepomuceno Silva*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EMBARGOS DE TERCEIRO - CREDOR - GARANTIA REAL - INTERESSE DE AGIR - LEGITIMIDADE - INTIMAÇÃO - NECESSIDADE - ART. 615, II, DO CPC - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - ANUÊNCIA DA PARTE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - ARBITRAMENTO

Ementa: Apelação cível. Embargos de terceiro. Interesse de agir. Legitimidade. Cerceamento de defesa. Intimação do credor hipotecário. Inteligência do art. 615, II, do CPC.

- O credor com garantia real tem legitimidade para opor-se à execução na qualidade de terceiro para obstar alienação de objeto da hipoteca, penhor ou anticrese.

- A parte que explícita ou tacitamente concorda com o julgamento antecipado da lide não pode alegar cerceamento de defesa, uma vez que ocorrida a preclusão.

- Os titulares de direito real sobre coisa alheia devem ser intimados, obrigatoriamente, da existência da execução sob pena de a alienação de bem aforado ou gravado ser ineficaz com relação ao senhorio direto ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou usufrutuário.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0481.04.038485-3/001 - Comarca de Patrocínio - Apelante: Cooperativa dos Cafeicultores da Região de Garça - Garcafé - Apelado: Alexandre Tonelli de Faria - Relatora: Des.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 1º de fevereiro de 2007. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª *Hilda Teixeira da Costa* - Trata-se de recurso de apelação interposto pela Cooperativa de Cafeicultores da Região de Garça, inconformada com a r. sentença de f. 80/81, que, nos autos dos embargos de terceiro interpostos por Alexandre Tonelli de Faria, julgou procedentes os pedidos formulados pelo embargante, tornando sem efeito a penhora realizada na execução em apenso, determinando o cancelamento da averbação junto ao Cartório de Registro de Imóveis, mediante pagamento das custas devidas, e condenando a embargada ao pagamento das custas e honorários advocatícios arbitrados em R$1.500,00.

Alega a apelante, nas razões de f. 83/87, em preliminar, falta de interesse de agir e ilegitimidade de parte, tendo em vista que o bem penhorado pertence a Ofir de Castro, e não preenchido, também, o requisito do art. 1.046 do CPC, devendo o processo ser extinto, sem julgamento de mérito.

Ainda em sede de preliminar, argúi cerceamento de defesa, uma vez que não lhe foi dada oportunidade de produzir provas em audiência.

No mérito, ressalta que não há impedimento legal para a penhora de bens gravados por hipoteca, nos termos do art. 615 do CPC, acrescentando que a penhora foi deferida muito antes da cessão de créditos ao apelado; daí por que o cedente foi intimado da mesma, porque não havia informação nos autos a respeito da transação que ocorreu entre o apelado e seu pai.

Questiona o valor arbitrado a título de honorários, merecendo ser reformada a sentença também neste aspecto.

Intimado, o apelado não apresentou contra-razões ao recurso interposto, conforme certificado à f. 89, sendo, posteriormente, encaminhadas contra-razões, protocoladas na comarca no dia 1º.09.2006, portanto extemporâneas.

Conheço do recurso porque próprio, tempestivo, regularmente processado e preparado.

Preliminarmente.

1 - Nos termos do art. 1.047 do CPC, o apelante tem legitimidade para opor-se, na condição de terceiro, à penhora levada a efeito na execução requerida pela embargada contra o interessado, uma vez que é credor hipotecário do bem penhorado, e não foi notificado da constrição, sendo incontestável seu interesse de agir no caso.

2 - Quanto ao cerceamento de defesa, sendo a matéria posta nos autos de direito e de fato, mas, não havendo necessidade da produção de prova testemunhal, não há que se falar em violação do princípio da ampla defesa, uma vez que autorizado ao juiz conhecer diretamente do pedido, julgando o mérito de forma antecipada, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Ressalte-se, também, que, intimadas as partes para a apresentação de memoriais pelo despacho de f. 74-v., a apelante, afirmou à f. 79 ser a questão eminentemente documental, estando toda a prova já acostada aos autos dos embargos e da própria execução, petição que autorizava o julgamento do mérito dos embargos.

Ademais, ainda que as preliminares de interesse de agir e legitimidade sejam questões de ordem pública, que podem ser argüidas em qualquer tempo e grau de jurisdição, é de registrar que as preliminares restaram afastadas no despacho saneador, que transitou em julgado.

Isso posto, rejeito as preliminares aventadas pelo apelante.

No mérito.

Tem legitimidade para opor embargos de terceiro quem não é parte no processo de execução, mas sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens, por apreensão judicial, nas hipóteses elencadas no *caput* do art. 1.046 do CPC e a ele equiparadas nos termos dos §§ 2º e 3º do referido artigo.

Já o art. 1.047 do CPC enumera nos incisos I e II as hipóteses em que são admitidos

embargos de terceiro, entre as quais se enquadra a situação jurídica do apelado, ou seja: credor com garantia real, hipótese em que competia à apelante proceder à sua intimação, nos termos do art. 615, II, do mesmo diploma legal.

Assim, os titulares de direito real sobre coisa alheia devem ser intimados, obrigatoriamente, da existência da execução sob pena de a alienação de bem aforado ou gravado ser ineficaz com relação ao senhorio direto ou ao credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou usufrutuário. É a hipótese dos autos.

A alegação do apelante de que desconhecia a transação ocorrida, razão pela qual não procedeu à intimação do apelado, por si só, não autoriza a reforma da sentença.

Quanto aos honorários advocatícios, não há fundamento para a sua alteração, uma vez que arbitrado consoante o prudente arbítrio do Juízo, estando o valor da condenação em consonância com os elementos fáticos dos autos, não há que se falar em diminuição.

Ao impulso de tais razões, rejeito as preliminares aduzidas e nego provimento ao apelo, mantida a r. decisão de 1º grau por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Renato Martins Jacob* e *Valdez Leite Machado*.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CONSTRUÇÃO CIVIL - PUBLICIDADE ENGANOSA - ALTERAÇÃO NO PROJETO - REFAZIMENTO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - OBSERVÂNCIA

Ementa: Construção. Propaganda. Alterações. CDC.

- Se as provas dos autos estão a demonstrar que a construção não foi entregue da forma veiculada na propaganda, deve a construtora refazer exatamente conforme o prometido.

- Se realizadas alterações na construção que geraram modificações em relação ao vinculado em propaganda, deve a construtora deixar clara a existência de tais modificações para o comprador, buscando sua concordância de forma legal.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.02.624805-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Collem Construtora Mohallem Ltda. - Apelado: Ruy Souza Coura - Relator: Des. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de janeiro de 2007. - *José Affonso da Costa Côrtes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Affonso da Costa Côrtes - Conheço do recurso por presentes os requisitos objetivos e subjetivos para sua admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela apelante contra sentença proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte às f. 264/267, que julgou improcedente, embora de

forma irregular, a impugnação do valor da causa e parcialmente procedente a ação ordinária, condenando a apelante a realizar as obras necessárias à colocação do imóvel da forma como ofertado ao autor, devendo ser observadas, para tanto, as irregularidades apuradas através da prova pericial e descritas nesta sentença.

Em razão da decisão, a apelante foi condenada ao pagamento de 70% das custas processuais e honorários advocatícios, que restaram arbitrados em 10% sobre o valor da causa corrigido, na forma do § 3º do art. 20 do CPC.

O apelado foi condenado ao pagamento dos 30% restantes das custas processuais e honorários advocatícios, que restaram também fixados em 10% sobre o valor corrigido da causa, também na forma prevista no § 3º do art. 20 do CPC, ficando suspensa a execução da sucumbência, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Foi determinada a expedição de alvará das quantias depositadas em favor da apelante.

Em sede de recurso, a apelante sustenta que a construção foi realizada de acordo com os projetos aprovados pela Prefeitura Municipal de Betim. Afirma que, quando da entrega, não houve qualquer manifestação de insatisfação por parte do comprador. Alega que o *expert* detectou a existência de algumas fissuras e infiltrações no imóvel sem determinar as respectivas causas. Sustenta que a sentença foi injusta no tocante à condenação da apelante a construir o muro na divisa do fundo e lateral, rodapés, porta do banheiro e alteração da posição da instalação sanitária. Por fim, insurgiu-se quanto à fixação da verba de sucumbência e custas processuais.

Em suas contra-razões, o apelado pleiteia pelo não-provimento da peça recursal, devendo a sentença ser mantida da forma prolatada.

Analisando a peça recursal e a propaganda feita pela construtora, temos que somente aquele documento esclarece inúmeros pontos do recurso ora analisado, senão vejamos:

O primeiro ponto atacado pela apelante trata da falta de manifestação de insatisfação por parte do apelado no momento da entrega das chaves da unidade.

Tenho que sem razão a apelante, pois, como podemos ver nos autos, a alteração interna do imóvel, à primeira vista, não é perceptível pelo comprador. As modificações de projeto só são percebidas quando o adquirente passa a residir no imóvel, já que não se trata de defeito.

No tocante às fissuras e infiltrações, tenho como, no mínimo, estranha a argumentação da apelante, pois, no documento de f. 22, ela prometeu, em sua propaganda, excelente acabamento, fato este que, no decorrer do tempo, demonstrou não ser verdadeiro, já que as fissuras e infiltrações apareceram, conforme detectado pelo perito em seu laudo pericial. Se, na propaganda, a apelante informa que o acabamento da unidade seria excelente, caberia então a ela construir o que foi veiculado na propaganda, ou, por outro lado, deveria ter provado que tais problemas apareceram em razão de mau uso do imóvel por parte do comprador, e, quanto a isso, não há nos autos nenhuma prova.

Ainda, para aclarar esse ponto, temos o art. 12, § 3º, inc. III, do CDC, que prevê que o construtor só não será responsabilizado, quando provar que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Quanto aos rodapés, temos que, na propaganda de f. 22, a apelante prometeu os mesmos em cerâmica, mas posteriormente os colocou em madeira, alterando, dessa forma, o que foi previsto em sua própria propaganda.

Concernente à porta do banheiro, a mesma propaganda prevê a existência de uma porta de correr, fato este reconhecido pela apelante em sua peça recursal, pois afirma que a porta de correr foi substituída em razão de comprometimento do diâmetro de passagem. Afirma que houve mudança de localização do vaso sanitário e da ducha higiênica e que tais mudanças foram aceitas pelo apelado, quando da entrega das chaves.

Mais uma vez tenho pela inexistência nos autos de qualquer aceitação por parte do apelado, não valendo a vistoria feita na época da entrega das chaves. Como já dito, as mudanças não são perceptíveis no primeiro momento, e ocorreu mesmo modificação circunstancial entre o constante da propaganda e o entregue.

A bem da verdade, quando as pessoas procuram um imóvel para comprar, não olham quaisquer tipos de projetos, pois a informação que as atrai é a constante do *folder*/propaganda, presumindo o comprador que o imóvel estará de acordo com a propaganda. Deveria a apelante fazer constar, quando da assinatura do contrato, as modificações feitas na obra, buscando resguardar-se e dar ciência antecipada ao comprador.

Embora não haja muros, a propaganda informa que o condomínio é fechado. A apelante diz em sua defesa que o fechamento existe, pois o edificio possui portaria, dificultando o acesso de pessoas não moradoras ao interior dele.

Se o edifício possui área comum do lado de fora do corpo do prédio, esta deve ser fechada com muros, pois, do contrário, o condomínio não é fechado, conforme veiculado na propaganda. Para o deslinde desse ponto, temos a resposta do quesito 20 à f. 196, em que o perito afirma que o condomínio não é fechado em razão da falta de muros no fundo e em uma das laterais do edifício.

Finalmente, quanto à instalação hidrossanitária para máquina de lavar roupas, vemos à f. 194, mais precisamente na resposta do quesito 8, que o apelado questiona o *expert* se existia na propaganda máquina de lavar roupas do lado do tanque, e, em resposta, o perito afirma que não apreciou a propaganda mencionada, mas somente vistoriou o local e afirmou que inexiste instalação hidrossanitária para máquina de lavar roupas.

Analisando o *folder* de f. 22, tenho que o mesmo leva o consumidor a erro, pois o faz crer que a figura ali desenhada retrata uma máquina de lavar roupa, e não um móvel.

Para o esclarecimento da questão, temos o art. 6º, inc. IV, do CDC, que prevê como direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa, fato ocorrido no presente caso.

Restou provado nos autos que o imóvel não foi entregue da forma constante da propaganda veiculada pela apelante e que ainda possuía danos e avarias que contradizem o acabamento excelente por ela prometido.

Quanto à verba de sucumbência, tenho que esta deve permanecer na forma fixada, em razão de ter sido deferida grande parte do pleiteado na inicial.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, para manter a sentença da forma prolatada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Mota e Silva* e *Maurílio Gabriel*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - INADIMPLEMENTO DO COMPRADOR - RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE - POSSIBILIDADE - PARCELAS PAGAS - DEVOLUÇÃO - BENFEITORIAS - INDENIZAÇÃO - TAXA DE FRUIÇÃO DO IMÓVEL - PAGAMENTO

Ementa: Compra e venda de imóvel. Rescisão contratual c/c reintegração de posse. Inadimplência do comprador. Possibilidade. Devolução das parcelas pagas. Indenização de benfeitorias. Pagamento de taxa de fruição do imóvel.

- É lícito o vendedor, pela via judicial, buscar a rescisão de contrato de compra e venda de imóvel cumulada com reintegração de posse, quando o comprador se tornou inadimplente, mediante a notificação judicial ou mesmo extrajudicial. Tem ainda o vendedor o direito de ver-se ressarcido pelo comprador da taxa de fruição do imóvel, enquanto ali residiu. Havendo comprovação de realização de benfeitorias realizadas pelo comprador inadimplente, tem este o direito à devolução dos gastos comprovadamente efetuados, além das parcelas pagas.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0702.04.171776-1/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Santa Paula Loteadora Ltda. - Apelantes adesivos: Marcelo dos Santos Prado e outro, Dayane Aparecida Vasconcelos - Apelados: Marcelo dos Santos Prado e outro, Dayane Aparecida Vasconcelos, Santa Paula Loteadora Ltda. - Relator: Des. NICOLAU MASSELLI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO APELO PRINCIPAL E NEGAR PROVIMENTO AO ADESIVO.

Belo Horizonte, 28 de março de 2007. - *Nicolau Masselli* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Nicolau Masselli - Conheço do recurso, presentes as condições de admissibilidade.

Não foram trazidas preliminares nem as vi, de ofício, ser enfocadas.

Insurge o presente recurso de apelação, interposto por Santa Paula Loteadora Ltda., contra decisão que julgou parcialmente procedentes os pedidos exordiais e totalmente procedentes os pedidos da reconvenção.

A contenda versa sobre rescisão contratual e conseqüente reintegração de posse do imóvel, assentando-se na inadimplência dos apelados.

O *decisum* combatido julgou parcialmente procedente o pedido inicial quando, declarando rescindido o compromisso de compra e venda, determinou a reintegração de posse do imóvel, condenando ainda os réus ao pagamento de indenização pelo tempo que estiveram na posse do imóvel (23/03/1999) até a data da efetiva desocupação, indenização esta na importância mensal equivalente a 0,5% do valor daquele imóvel, isto com os acréscimos de correção monetária pelo INPC, a contar de cada um dos meses cobrados.

Quanto à reconvenção, julgou procedente o pedido, condenando a reconvinda a restituir, de uma só vez, as parcelas que foram quitadas pelos reconvintes, acrescidas de correção monetária pelo INPC, esta a partir de cada um dos desembolsos, até a data do efetivo pagamento.

Contudo, decotou-se desta restituição a importância correspondente a 10% a título de multa contratual.

Mais ainda: condenou a reconvinte a indenizar os reconvindos pelas benfeitorias realizadas no imóvel, indenização esta no valor de R$ 50.000,00, também com acréscimo de correção monetária pelo INPC, a partir da data de 05.08.2005 até o efetivo pagamento.

Finalmente, dispôs que os valores fossem compensados entre as partes.

As razões do primeiro apelo versam, primeiramente, sobre a forma de devolução das parcelas pagas, ou seja, de uma só vez.

Em segundo lugar, diz respeito ao valor da quantia a ser devolvida, entendendo que daquele valor deve ser decotado o percentual de 30%, e não 10%, conforme consta da sentença.

Insurge-se ainda contra a não-estipulação de multa por perdas e danos consubstanciados

no fato da rescisão unilateral do contrato e, finalmente, a revisão do valor atribuído às benfeitorias realizadas no imóvel.

A apelante entende que, havendo cláusula contratual versando sobre a forma de devolução das parcelas, não há possibilidade de que esta devolução seja de uma única vez conforme comandado na decisão primeva.

Quanto aos decotes de 10% sobre cada uma das parcelas a serem devolvidas a título de multa contratual, o percentual fixado em sentença é menor do que alguns percentuais estabelecidos por outros tribunais em julgamentos similares, que podem, inclusive, alcançar até o patamar de 30%.

No que diz respeito à estipulação da multa contratual em virtude do inadimplemento do comprador, esta seria devida no percentual de 10% conforme consta do contrato (Cláusula 7ª), pedido não acatado pela Sentenciante, o mesmo ocorrendo em relação ao pedido de perdas e danos, motivo pelo qual busca suas fixações.

Analisando todos os argumentos levantados pelo primeiro recorrente, entendo que lhe assiste razão, em parte.

Em primeiro lugar, quanto ao percentual que a ilustre Sentenciante denomina de "multa contratual" e determina que seja decotado da devolução das parcelas, entendo que é jurisprudência pacífica que o valor que melhor atende aos prejuízos causados pela rescisão contratual seria de 20%.

Contudo, na mesma toada, não há que se falar em perdas e danos, visto que inexistem provas da existência de outros prejuízos sofridos pela apelante que justifiquem tal condenação.

A propósito, apenas a título ilustratório, trazemos o resultado do julgamento da Apelação Cível nº 2.0000.00.393800-5/000(1) levado a efeito pela 12ª Câmara Cível deste eg. Tribunal, em 28.05.03, tendo como Relator o insigne Des. Alvimar de Ávila que nos ensina...

> Ementa: Contrato de promessa de compra e venda - Bem imóvel - Rescisão contratual - Devolução das quantias pagas - Percentual estipulado excessivamente oneroso ao consumidor - Cláusula abusiva - Declaração de nulidade - Devolução das parcelas ao percentual de 80%, assegurada a retenção do percentual de 20% pelo promitente-vendedor - Circunstâncias dos autos - Fruição do bem imóvel - Critério de eqüidade do magistrado - Correção monetária - Juros – Incidência - Aplicação da regra do art. 924 do Código Civil, conferida ao livre arbítrio do magistrado, para determinar a devolução de 80% das importâncias recebidas pela vendedora, autorizando retenção de 20% dos valores pagos a título de pena contratual, observando-se as circunstâncias dos autos em que houve a vantagem de fruição do bem imóvel pelo consumidor. - O comprador inadimplente tem o direito à devolução das parcelas já pagas, acrescidas de juros, desde a citação e atualizadas monetariamente, desde o efetivo desembolso, em virtude de a correção monetária não constituir acréscimo indevido, mas apenas mera reposição do valor aquisitivo da moeda.
> Súmula: Deram parcial provimento (*In DJ* de 07.06.2003).

Mais ainda; quanto à devolução das parcelas quitadas em uma única vez, trazemos à colação outra jurisprudência para demonstrar que tal circunstância é perfeitamente permitida e não constitui qualquer agressão ao direito pleiteado. Assim é que temos o julgamento da Apelação Cível nº 291231-0 levada a efeito pela 1ª Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada deste Estado, tendo como Relator, hoje, o insigne Des. Silas Vieira. Ensina-nos o ilustre Magistrado que...

> A restituição das parcelas pagas pelo promitente-adquirente deve ocorrer de uma única vez, sem qualquer tipo de parcelamento, e deverá ser a mais ampla possível, com a incidência, sobre o valor a ser devolvido, de correção monetária e juros de mora.

Nesse sentido, deve ser reformada a decisão monocrática, alterando o percentual de retenção das parcelas pagas para 20%, mas mantendo-se a forma deste pagamento, ou seja, de uma única parcela.

Pleiteia, ainda, o primeiro apelante a condenação dos recorridos no aumento do valor do pagamento de importância pelo uso, gozo do imóvel, ao fundamento de que o que fora estipulado na sentença de 1º grau, qual seja, de 0,5% sobre o valor do imóvel por mês, não atenderia à efetiva contraprestação daquela fruição.

Mais ainda: que a data do pagamento dessa condenação seja fixada a partir da assinatura do contrato de compra e venda do imóvel.

Neste ponto, tenho que não assiste razão ao recorrente.

No que diz respeito ao percentual de 0,5% do valor do imóvel, por mês, a título de indenização pela fruição do bem, entendo que está muito bem remunerado, mormente se a média de tais indenizações, jurisprudencialmente, não chega a 0,6% ao mês.

Quanto à fixação do marco inicial para pagamento daquela fruição, tenho comigo que a ilustre Sentenciante acertou. Mais ainda; se bem analisarmos a manifestação do apelante, podemos notar que o que este pede é exatamente o mesmo que a ilustre Sentenciante já concedeu em sua decisão!!!

Sobre a pretensão da apelante em ver modificada a avaliação das benfeitorias do bem imóvel, entendo que tem parcial razão.

Não vejo como ilegal ou mesmo injusta uma avaliação feita por Oficial de Justiça, mesmo porque tal circunstância faz parte de sua atribuição funcional. Entretanto, entendo que tal avaliação pode ser perfeitamente contestada diante de argumentos e provas concretas que venham corroborar as manifestações em contrário despendidas naquela ação.

Tanto isso é verdadeiro que já se firmou jurisprudência nesse sentido, conforme podemos ver no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0694.01.002219-2/001, de 29.06.06, levado a efeito pela 14ª Câmara Cível deste eg. Tribunal, tendo como Relator o insigne Magistrado Valdez Leite Machado. Ensina-nos o ilustre Desembargador que...

> Ementa: Agravo de instrumento - Execução de título extrajudicial - Avaliação de imóvel penhorado - Impugnação - Ausência de elementos concretos - Rejeição. - O laudo de avaliação elaborado por oficial de justiça avaliador goza de presunção relativa de veracidade, não prosperando impugnação apresentada por executado, desprovida de elementos concretos que possam desabonar o valor atribuído ao bem (*In DJ* de 04.08.2006).

Efetivamente, trouxe o primeiro apelante laudo pericial, nas f. 223/225, demonstrando que as benfeitorias não coadunariam com os valores levantados pelo ilustre meirinho. É certo que o referido laudo foi feito unilateralmente e, mais ainda, não teve o profissional acesso ao interior do imóvel, impedido que fora pelos moradores, ora apelados. Contudo, ainda que os apelados tivessem manifestado por diversas vezes antes e posteriormente a apresentação do laudo, em nenhum momento requereram a realização de perícia técnica com o intuito de contrapor o laudo feito por um *expert* e, mais ainda, que viesse comprovar que aquele laudo estivesse subavaliado.

Ora, ainda que tenhamos a avaliação feita sem que o Sr. Engenheiro tivesse acesso ao interior do imóvel, suprindo, contudo, tal deficiência pelo laudo elaborado pelo Sr. Oficial de Justiça, entendo que aí está o que o ilustre Magistrado Valdez Leite chama de “presunção relativa” visto perder força diante de um laudo elaborado por profissional da área.

Assim, entendo que é de se dar razão ao primeiro apelante para reduzir o valor indenizatório daquelas benfeitorias ao valor apresentado pelo laudo de fls., ou seja, na ordem de R$ 31.024,00.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao primeiro recurso, para reformar a decisão primeva e alterar o percentual de retenção das parcelas para 20%, mantendo-se o percentual da taxa de fruição em 0,5% do valor venal do imóvel, desde a data da assinatura do compromisso.

Mantém-se a sentença quanto ao reconhecimento da não-existência de perdas e danos e, quanto à avaliação das benfeitorias realizadas no imóvel, reduzir seu valor ao patamar em contrato profissional, ou seja, de R$ 31.024,00.

Mantém-se também a devolução das parcelas pagas em um único pagamento.

Custas recursais, pela apelante.

Segundo apelo - recurso adesivo.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Requerem os apelantes adesivos reforma da sentença exarada em sede de 1ª instância, no que tange à aplicação de sucumbência recíproca e honorários advocatícios.

A ilustre Magistrada sentenciante entendeu caber ao caso em tela a Súmula 306 do STJ, que dispõe:

> Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

Entendo que a Magistrada *a qua* bem analisou a questão, decidindo, no meu entendimento, de forma absolutamente acertada, motivo pelo qual, nada há o que se modificar quanto à compensação da sucumbência.

Nesse sentido, nego provimento ao recurso adesivo.

Custas recursais, pelos apelantes adesivos, ficando suspensa a exigibilidade nos termos da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Batista de Abreu* e *Sebastião Pereira de Souza*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO APELO PRINCIPAL E NEGARAM PROVIMENTO AO ADESIVO.

-:::-

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - IMÓVEL - ALUGUEL - RECEBIMENTO - DÚVIDA - MANDADO DE SEGURANÇA - PENDÊNCIA - PROPRIEDADE DO BEM - DISCUSSÃO - PREJUDICIALIDADE - SUSPENSÃO DO PROCESSO

Ementa: Ação de consignação em pagamento. Dúvida sobre quem deva receber os aluguéis de determinado imóvel. Pendência de mandado de segurança em que se discute a propriedade do bem. Relação de prejudicialidade. Suspensão do feito.

- Estando pendente de julgamento mandado de segurança que visa anular o ato de aquisição da propriedade de determinado imóvel, deve ser suspensa a ação de consignação em pagamento que discute quem deve receber os respectivos aluguéis, tendo em vista o risco de que sejam proferidas decisões conflitantes. Inteligência do art. 265, IV, *a*, CPC.

AGRAVO N° 1.0024.05.753200-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Tatiana Gruberger e outros - Agravados: Sol Ar Comercial Ltda., Margarida Maria Badia - Relator: Des. MOTA E SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de março de 2007. - *Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Mota e Silva - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Tatiana Gruberger e outros em face da decisão de f. 803-TJ, proferida pelo Juízo *a quo*, que indeferiu o pedido dos agravantes no sentido de que fosse suspenso o feito até o julgamento do mandado de segurança impetrado por eles.

Aduzem os agravantes que a matéria versada no mandado de segurança é prejudicial à dos autos de origem, uma vez que buscam a declaração de nulidade da praça em que a segunda agravada arrematou o imóvel em questão. Assim, sustentam que deve ser aguardado o trânsito em julgado do referido *mandamus*, quando se saberá quem é o verdadeiro proprietário do imóvel, que conseqüentemente deverá receber os aluguéis objeto da consignação. Requer seja dado provimento ao recurso a fim de reformar a decisão agravada.

Intimados para resposta, os agravados não se manifestaram, conforme certidão de f. 814-TJ.

É o breve relato. Passo a decidir.

A ação de consignação em pagamento originária do presente recurso se funda em dúvida sobre quem tem legitimação para receber os valores relativos ao aluguel do imóvel onde funciona a 1ª agravada. Isso porque o contrato de locação foi firmado com os agravantes, então proprietários do bem, o qual veio contudo a ser expropriado em ação perante a Justiça do Trabalho, ocasião em que foi arrematado pela 2ª agravada.

Não obstante, os agravantes impetraram mandado de segurança perante o TRT - 3ª Região, cuja cópia se encontra às f. 738/750-TJ, o qual visa à declaração de nulidade da praça realizada naqueles autos, em razão da ausência de intimação dos ora agravantes, entre outros fundamentos.

O referido mandado de segurança teve indeferida a inicial, decisão contra a qual foi interposto agravo regimental, seguido de recurso ordinário, o qual foi recebido e enviado ao TST, conforme informativo de f. 797/800-TJ.

Analisando a matéria versada na ação de consignação em pagamento, bem como a do mencionado mandado de segurança, verifica-se que de fato existe relação de prejudicialidade entre ambas.

Isso porque, nos autos de origem, o MM. Juiz decidirá a quem cabe o recebimento dos aluguéis do imóvel em tela, sendo certo que a discussão entre os dois pretensos credores se cinge exatamente à questão que se encontra pendente de julgamento no mandado de segurança.

Assim, é evidente o risco de que sejam proferidas decisões conflitantes, impondo-se que se evite tal situação, mediante a aplicação do art. 265, IV, *a*, do CPC, que dispõe:

> Suspende-se o processo: (...)
> IV - quando a sentença de mérito:
> a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

Como se vê, o referido dispositivo não faculta ao juiz a suspensão do processo, devendo tal medida ser necessariamente tomada caso verificada alguma das hipóteses ali elencadas, conforme ocorre no caso em apreço.

Ressalte-se que as agravadas nem sequer ofereceram resposta ao presente agravo, restando concluir que a suspensão ora determinada não lhes causará grandes prejuízos, mesmo porque os depósitos deverão continuar a ser feitos pela 1ª agravada.

Diante dos fundamentos acima, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada, determinando a suspensão do feito de origem até o julgamento final do Mandado de Segurança nº 00989-2005-000-03-00-8, impetrado pelos agravantes perante o TRT - 3ª Região, devendo a agravada Sol e Ar Comercial Ltda. continuar a consignar em juízo os valores relativos ao aluguel do imóvel.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Wa*gner Wilson* e *Bitencourt Marcondes*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - DIREITO DA PERSONALIDADE - DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM - FOTOGRAFIA - PUBLICAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO - RESSARCIMENTO - DEVER - *QUANTUM* - CRITÉRIO

Ementa: Indenização. Danos morais. Publicação de fotografia sem autorização dos fotografados. Direito à imagem. Dever de ressarcir. Fixação do *quantum.* Critério.

- Em se tratando a imagem de um direito personalíssimo, só pode a imprensa veicular fotografia com autorização expressa da pessoa fotografada, sendo que o uso não autorizado da imagem, por si só, acarreta o dever de indenizar.

- Embora a avaliação dos danos morais para fins indenizatórios seja das tarefas mais difíceis impostas ao magistrado, cumpre-lhe atentar, em cada caso, para as condições da vítima e do ofensor, o grau de dolo ou culpa presente na espécie, bem como para a extensão dos prejuízos morais sofridos pela vítima, que deverá ser compensada pelo constrangimento e dor que, indevidamente, lhe foram impostos, evitando sempre que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado ou que seja inexpressivo a ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa ou não servir pedagogicamente a desestimular a prática de novos atos ilícitos.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0145.05.222243-0/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Grupo Comunicação Três S.A. - Apelantes adesivos: Paulo Henrique Fontes e outro - Apelados: Grupo Comunicação Três S.A., Paulo Henrique Fontes e outro - Relator: Des. OTÁVIO PORTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 11 de abril de 2007. - *Otávio Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Otávio Portes - Reunidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se dos apelos.

Trata-se de "ação de indenização por dano moral" proposta por Paulo Henrique Fontes e Edson Lopes Sá, alegando que tiveram suas fotografias publicadas, sem autorização, em uma reportagem da revista *Isto É Dinheiro*, de responsabilidade do requerido, intitulada "Mercedes: uma fábrica agoniza", e que, por serem funcionários da referida montadora de automóveis, sofreram diversos constrangimentos perante os colegas, inclusive medo de perder os empregos em razão de suas imagens ficarem vinculadas às informações contidas na reportagem, pelo que requerem e fazem jus ao recebimento de indenização por danos morais.

A MM. Juíza de primeiro grau (f. 174/177) julgou procedente o pedido exposto na inicial, sob o fundamento de que os autores não autorizaram a publicação de suas fotografias, que foram feitas à época em que a matéria veiculada foi intitulada "O avanço da Mercedes-Benz" (f. 176), condenando o requerido ao pagamento de R$6.000,00 (seis mil reais) a cada autor, a título de danos morais, além das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformado, apela Grupo de Comunicação Três S.A. (f. 179/185), alegando que os autores não sofreram nenhum prejuízo moral em razão da veiculação da reportagem, não foram constrangidos, nem humilhados, nem sofreram reflexos negativos em seus trabalhos, pelo que

merece reforma a r. decisão de primeiro grau, inclusive quanto ao *quantum* indenizatório.

Adesivamente, apelam Paulo Henrique Fontes e Edson Lopes de Sá (f. 188/190), requerendo a majoração dos danos morais arbitrados em primeiro grau.

Contra-razões recursais dos autores às f. 192/194 e do réu às f. 196/199.

Releva anotar que o dever de indenizar encontra suas diretrizes no art. 927 do novo Código Civil, com correspondência legislativa no art. 159 do antigo diploma civilista, ao preconizar que "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo", evidenciando, dessa norma, a adoção, pela lei, da teoria subjetiva relativamente à responsabilidade civil, já que a sua existência sobreveio da culpa.

Observa, a propósito, J. M. Carvalho Santos que:

> O essencial para haver a responsabilidade civil não é somente a imputabilidade; é preciso também que o fato seja culposo, isto é, contrário ao direito. A palavra culpa é empregada aí não no seu sentido restrito, mas no seu significado mais lato, abrangendo até o dolo. O nosso legislador, não se afastando da doutrina tradicional, conserva a responsabilidade civil com fundamento na culpa, provocada ou presumida, não acolhendo a nova teoria da responsabilidade sem culpa, tal como a querem Unger e outros juristas de não menor porte (*Código Civil interpretado*, III/320-321).

Elucida o doutrinador Rui Stoco, em sua obra *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial* (3. ed., p. 57), que "o nosso Código adotou o princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade, embora tenha havido concessões à responsabilidade objetiva", acentuando Silvio Rodrigues (*Direito Civil*, IV/17) que a "ação ou omissão do agente", "para que a responsabilidade se caracterize, mister se faz a prova de que o comportamento do agente causador do dano tenha sido doloso ou pelo menos culposo", e explicita:

> No dolo o resultado danoso, afinal alcançado, foi deliberadamente procurado pelo agente. Ele desejava causar dano e seu comportamento realmente o causou. Em caso de culpa, por outro lado, o gesto do agente não visava causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, de sua imprudência ou imperícia resultou um dano para a vítima.

Tem-se, dessarte, que, no direito privado, a responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar o dano sofrido por outrem, advém do ato ilícito, resultante da violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular, tendo Antônio Lindbergh C. Monteiro especificado como pressupostos necessários ao dever de indenizar:

> a) o dano, também denominado prejuízo; b) o ato ilícito ou risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c) um nexo de causalidade entre tais elementos (*Do ressarcimento de danos pessoais e materiais*, p. 10).

Ante tais conceitos, considera-se fato culposo o que podia ser evitado, sendo certo que, diante da omissão em fazê-lo, surge a responsabilidade e, conseqüentemente, o dever de ressarcir.

No caso dos autos, nota-se que os autores requerem indenização por danos morais em razão de terem suas fotografias veiculadas em periódico de responsabilidade do réu, sem a devida autorização, alegando que sofreram constrangimento em seu local de trabalho e que se sentiram ameaçados ao verem suas imagens vinculadas a reportagem negativa sobre a empresa em que trabalham.

Certo, pois, que o dano moral constitui prejuízo decorrente da dor imputada à pessoa, em razão de atos cujas conseqüências ofendem, indevidamente, seus sentimentos, provocando constrangimento, tristeza, mágoa ou atribulações na esfera interna pertinente à sensibilidade moral, definindo-o José Eduardo Callegari Cenci, inspirado em Wílson Melo da Silva:

> Como aquele que diz respeito às lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural - não jurídica - em seu patrimônio de valores exclusivamente ideais, vale dizer, não econômicos. Na conformidade desta doutrina,

> o dano moral teria como pressuposto ontológico a dor, vale dizer, o sofrimento moral ou mesmo físico inferido à vítima por atos ilícitos, em face de dadas circunstâncias, ainda mesmo que por ocasião do descumprimento do contratualmente avençado...

E acentua:

> Dano moral é, em síntese, o sofrimento experimentado por alguém, no corpo ou no espírito, ocasionado por outrem, direta ou indiretamente derivado de ato ilícito (Considerações sobre o dano moral e sua reparação, *in RT* 683/46).

O legislador constituinte assegurou, indistintamente, o direito à vida privada, à integridade física e moral, à honra e à imagem das pessoas como direitos invioláveis, passíveis de serem indenizados em qualquer situação, desde que evidenciada a presença de prejuízos efetivos, sendo que, de fato, da redação do art. 5º, V e X, da Carta Magna, verifica-se que a imagem das pessoas foi equiparada a direitos fundamentais, tais como o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, sempre tutelados pelo direito.

Ademais, o novo Código Civil, em seu art. 186, estabelece que:

> Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Daí se conclui que se proíbe qualquer ação que importe em lesão a outrem, máxime em se tratando de ameaça a valores protegidos como aspectos basilares da personalidade humana, ainda que exclusivamente moral, sendo certo que o constrangimento resultante da publicação da fotografia dos autores, sem as devidas autorizações, vinculadas a reportagem de cunho negativo, intitulada "Mercedes: uma fábrica agoniza", reflete nas suas relações sociais, principalmente no local de trabalho, causando-lhes preocupações e dissabores indenizáveis à luz da legislação em comento, advindos da própria publicação desautorizada das imagens, independentemente de qualquer outra prova nos autos, haja vista tratar-se de prejuízo à honra subjetiva.

Importante ressaltar que, inobstante os esforços do réu, este litigante não conseguiu comprovar durante a instrução do feito que havia autorização expressa dos autores para publicar sua fotografia no periódico *Isto É Dinheiro*, não sendo suficiente a desconstituir a ilicitude de sua conduta o fato de, à época das fotos, estar acompanhada de assessor de imprensa da Mercedes, que acompanhou o pessoal responsável pela matéria no interior da montadora.

Isso porque o direito à imagem é personalíssimo e, como tal, absoluto, oponível a todos os membros da coletividade, assegurando ao seu titular, em caso de violação, a respectiva compensação.

A propósito, leciona Carlos Alberto Bittar:

> Ora, em razão desse direito, nenhuma pessoa, ou entidade, pode, sem autorização do interessado, tomar fotografia sua, ou qualquer forma de reprodução de efígie, sob pena de violação e sancionamento civil em razão da própria essência deste direito, como bem anota Adriano de Cupis:
> 'Com a violação ao direito à imagem, o corpo e as suas funções não sofrem alteração; mas verifica-se, relativamente à pessoa, uma mudança da discrição de que ela estava possuída e também uma modificação de caráter moral (a circunspecção, ou reserva, ou discrição pessoal)',

acrescentando que:

> A necessidade de proteger a pessoa contra a arbitrária difusão da sua imagem deriva de uma exigência individualista, segundo a qual a pessoa deve ser árbitro de consentir ou não na reprodução das suas próprias feições: o sentido cioso da própria individualidade cria uma exigência de circunspecção, de reserva. A referida necessidade tornou-se mais forte com os progressos técnicos, que permitiram o emprego do processo fotográfico, o qual facilita muito a reprodução (*Os direitos da personalidade.* Lisboa: Livraria Morais, 1961, p. 130).

Nesse sentido, o STJ já decidiu que:

> O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.
> Destarte, não há como negar, em primeiro lugar, a reparação ao autor, na medida em que a obrigação de indenizar, em se tratando de direito à imagem, decorre do próprio uso indevido desse direito, não havendo que se cogitar em prova da existência de prejuízo. Em outras palavras, o dano é a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, sendo dispensável a demonstração do prejuízo material ou moral (REsp nº 267.529/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, pub. no *DJ* de 18.12.2000, p. 208).

Quanto ao valor arbitrado, tem-se como indiscutível que a avaliação do dano moral é das tarefas mais difíceis impostas ao magistrado, uma vez que inexistem parâmetros e limites certos fixados na legislação em vigor, o que implica necessidade de estabelecer o valor segundo o prudente arbítrio do órgão julgador, devendo considerar-se, nesse mister, a finalidade da condenação, qual seja a de alertar o causador do dano, para o desestimular à prática futura de atos semelhantes e a de compensar a vítima pela humilhação e dor que lhe foram impostas, evitando, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado ou que seja inexpressivo ao ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa.

Silvio Rodrigues leciona que "será o juiz, no exame concreto, quem concederá ou não a indenização e graduará de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima" (*Responsabilidade civil*, 198/199), acentuando Caio Mário que a quantia posta nas mãos do ofendido representa o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido no fato de saber que a soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa, recomendando, todavia, um arbitramento moderado e eqüitativo, para não se converter o sofrimento em captação de lucro (*Responsabilidade civil*, p. 315/316).

Maria Helena Diniz (*Responsabilidade civil*, 07/73), escreve ser

> da 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 impossível tal equivalência.

A propósito, Teresa Ancona Lopez doutrina que:

> Em suma, em primeiro lugar, na avaliação do dano moral, vai ser levado em conta o tamanho do dano, ou seja, gravidade, extensão, e sem dano não há lugar para indenização, mas, em havendo este, também o grau de culpa do seu ofensor. Savatier, a esse respeito, diz que, além da idéia de satisfação compensatória, é também a idéia da necessidade de uma punição que leva os tribunais a estabelecerem indenização ao autor de um dano moral, que não haja causado nenhum dano material...
> Como chegar ao *quantum* indenizatório? Sem dúvida, temos que lembrar que, nessa matéria, o primado do poder discricionário do juiz se mostra com toda sua força.
> O Desembargador Walter Moraes diz que o dano moral não se avalia mediante cálculo matemático-econômico, mostrando que o dispositivo que fundamenta essa matéria é o art. 1.553 do Código Civil. Segundo ele, 'trata-se de uma estimação prudencial, que não dispensa sensibilidade para as coisas da dor e da alegria' (*O dano estético* - responsabilidade civil, p. 107/108).

Fabrício Zamprogna Matielo, a seu turno, prescreve que:

> a reparação, conforme tanto ressaltado neste trabalho, está fulcrada na observância do binômio capacidade econômica (do lesante) X necessidade de meios (alcançáveis ao lesado). Ao mesmo tempo, não deve a demanda reparatória ser fonte de enriquecimento indevido, nem minguada a ponto de nada representar. Importa lembrar, ainda, que a reparação dos danos morais deve atender ao dúplice objetivo para os quais foi idealizada, ou seja, a compensação ao atingido e punição ao agente da lesão (*Dano moral, dano material* - reparações, p. 186).

Os pretórios nacionais têm entendido que a indenização haverá de ser "suficientemente expressiva para compensar a vítima pelo sofrimento, tristeza ou vexame sofrido e penalizar o causador do dano, levando em conta ainda a intensidade da culpa e a capacidade econômica dos ofensores" (COAD, *Bol.* 31/94, p. 490, nº 66.291) e que:

> A indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa (Apelação Cível nº 198.945-1/7 - TJSP, Rel. Des. Cezar Peluso, *RT* 706/67).

À luz de tais ponderações e, considerando que os autores não autorizaram a publicação de suas fotografias, o que causou abalo em suas honras subjetivas, bem como sendo a requerida empresa de comunicação de porte considerável, deverá ser compelido a ressarcir de forma a se sentir desestimulado de conduta semelhante à citada nos autos, recolhendo autorização, por escrito, de todas as pessoas que tiverem suas imagens publicadas nos periódicos de sua responsabilidade, antes de veicular, indevidamente, a fotografia de pessoa que não se sente à vontade para participar de qualquer reportagem.

Tendo em vista essas colocações, entende-se suficiente para fins indenizatórios a quantia arbitrada pelo douto Juiz de primeiro grau, de R$6.000,00 (seis mil reais), com a correção monetária e os juros de mora fixados, não configurando esse valor uma premiação, nem mesmo uma importância insuficiente para promover a pretendida reparação civil, revelando-se tal montante justo e adequado aos fatos a que foram submetidos os autores.

Mediante tais considerações, nega-se provimento a ambos os recursos, para que seja mantida a douta decisão de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante principal.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Nicolau Masselli* e *Batista de Abreu*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

-:::-

AÇÃO DE COBRANÇA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - PACOTE TURÍSTICO - AGÊNCIA E OPERADORA DE TURISMO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - DIREITO DE REGRESSO - POSSIBILIDADE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Pacote turístico. Venda de ingressos. Responsabilidade subjetiva. Agência e operadora de turismo. Direito de regresso. Possibilidade.

- A agência de viagens que, no âmbito da ação de indenização aviada em seu desfavor e da operadora de turismo, paga o acordo entabulado entre as prestadoras de serviços e os seus clientes, tem direito de regresso, com fulcro no parágrafo único do art. 13 do CDC, na medida de sua participação no evento danoso.

- As alegações da operadora de turismo no sentido de que a responsabilidade pela não-entrega dos ingressos seria de terceira empresa deverão ser feitas em sede própria, pois a relação

discutida refere-se, tão-somente, ao grau de responsabilidade existente entre a agência e a operadora de turismo na efetivação do dano aos turistas.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.774900-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fred Tour Agência de Viagens e Turismo Ltda. - Apelada: Eurovip´s Operadora Internacional de 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, 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, 07 de março de 2007. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Domingos Coelho - Fred Tour Agência de Viagens e Turismo Ltda. interpôs recurso de apelação, objetivando reforma da sentença de f. 179-182 que, em ação regressiva de cobrança proposta em desfavor de Eurovip´s - Operadora Internacional de Turismo Ltda., julgou improcedentes os pedidos pórticos ao argumento de que, na espécie, não é cabível o direito de regresso, visto que, na sentença anteriormente movida, foram ambas as partes condenadas, solidariamente, ao pagamento de verba indenizatória.

Em suas razões de inconformismo, aduz a apelante que intermediou a venda de determinado pacote turístico ofertado pela Eurovip´s, operadora internacional de turismo, no qual os turistas poderiam assistir aos jogos da selação brasileira de futebol na Copa do Mundo da França, realizada em 1998.

Alega que o contrato de prestação de serviços de turismo internacional foi firmado diretamente pelos turistas com a apelada e que os valores recebidos pela autora foram integralmente repassados à mesma.

Afiança que, em decorrência do descumprimento de obrigação pactuada (fornecimento de ingressos para os jogos do Brasil), alguns turistas ajuizaram uma ação de indenização em desfavor de ambas as litigantes, sendo os pedidos pórticos julgados procedentes, para condenar, solidariamente, a apelante e a apelada a indenizar os turistas no montante arbitrado.

Assevera que, em que pese não ser firmatária do contrato de prestação de serviços com os clientes da Eurovip´s (autores da ação indenizatória) e de não haver se comprometido a fornecer-lhes nenhum ingresso para a estréia da seleção brasileira e de jamais ter veiculado qualquer tipo de publicidade relacionada com aquele pacote, viu-se obrigada a pagar a indenização arbitrada.

Aduz que, apesar de a condenação mencionada no feito indenizatório haver incluído a apelante como responsável solidária pela obrigação de ressarcir os prejuízos materiais e morais com base na legislação consumerista, é evidente que a mesma não teve responsabilidade alguma pelos fatos que originaram o dever de indenizar, devendo, por conseguinte, ser-lhe ressarcida a quantia de R$16.766,97 (dezesseis mil, setecentos e sessenta e seis reais e noventa e sete centavos) gasta com o pagamento do acordo realizado nos autos da indenização.

Intimada, a apelada apresentou contrarazão às f. 210-219, refutando os argumentos expendidos nas minutas e pugnando pela manutenção do *decisum*.

Presentes os pressupostos recursais de admissibilidade e ausentes preliminares a serem analisadas, passo ao exame do mérito.

Vislumbra-se dos autos que pretende a apelante ser ressarcida pelo montante pago a

título de indenização decorrente de acordo realizado nos autos de uma ação indenizatória aviada por turistas em desfavor das ora litigantes.

Alega que, em razão de descumprimento de obrigação expressamente pactuada, qual seja, fornecimento de ingressos para os jogos da seleção brasileira na Copa de 98, foram as partes - apelante e apelada - condenadas, solidariamente, a ressarcir aos clientes a quantia de R$16.766,97 (dezesseis mil, setecentos e sessenta e seis reais e noventa e sete centavos).

Contudo, em que pese a condenação ter-se dado de forma solidária, apenas a apelante - agência de turismo que intermediou a venda de pacotes para a Copa - arcou com o pagamento da verba indenizatória, razão pela qual, tendo em vista o direito de regresso, pretende ser ressarcida do prejuízo sofrido.

Pois bem.

Depreende-se dos autos que a sentença primeva que condenou, solidariamente, as partes litigantes ao pagamento da verba indenizatória, pautou-se nas regras estabelecidas no Código Consumerista, tendo em vista a inequívoca responsabilidade objetiva das empresas Fred Tour e Eurovip´s, que, aos olhos do consumidor, são todos fornecedores de serviços.

A respeito confiram:

> É sabido que a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva, ou seja, independe de verificação de culpa. E, além de objetiva, é também solidária.
> Desse modo, embora o contrato tenha sido firmado entre a Eurovip´s e os autores, o réu Fred Tour intermediou a relação, dela também participando, responsabilizando-se, portanto, por eventuais falhas na prestação de serviços... (f. 83).

Assim sendo, com fulcro no parágrafo único do art. 13 do CDC, tenho que, ao contrário do entendimento defendido pelo d. Juízo sentenciante, o direito de regresso é possível, sendo, contudo, imperioso ressaltar que o exercício de tal direito se dará segundo a participação de cada fornecedor na causação do evento.

Como sabido, no momento do regresso, a solidariedade objetiva que incidiu na relação estabelecida entre os clientes (turistas) e a agência e operadora de turismo (fornecedores) deixa de existir, passando a subsistir uma solidariedade 'imperfeita' que, como elucidado por Cláudia Lima Marques, necessita - ao contrário daquela originalmente estabelecida - de provas para sua configuração, visto que de natureza subjetiva.

A respeito esclarece a autora:

> Trata-se, portanto, no momento do regresso, de uma espécie de solidariedade imperfeita, pois não tem causa única, cada um seria responsável, no momento final, isto é, frente a frente com os outros fornecedores, por sua participação na causação do defeito do produto, do resultado.
> A natureza da responsabilidade é então novamente subjetiva, nos moldes tradicionais, com toda a dificuldade de prova que isto significa... (*in Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, p.1044-1.045).

Ora, no caso em espeque, é incontroverso que o contrato foi firmado entre a operadora de turismo- ora apelada - e os turistas, participando a apelante - agência de turismo - como mera intermediária do pacto, não sendo a responsável, ao que tudo indica, pela compra e distribuição dos ingressos dos jogos da seleção brasileira aos clientes, restando claro da sentença proferida nos autos da ação indenizatória que, *verbis*:

> ... Desse modo, embora o contrato tenha sido firmado entre a Eurovip´s e os autores, o réu Fred Tour intermediou a relação, dela também participando, responsabilizando-se, portanto, por eventuais falhas na prestação do serviço. (f. 83)

Desse modo, ainda que na esfera objetiva, frise-se, transpareça inequívoca a responsabilidade da empresa intermediária ante a incidência das normas consumeristas na relação existente entre as fornecedoras (apelante e apelada) e os turistas, no âmbito da relação

subjetiva que une as prestadoras de serviços (agência e operadora de turismo), restou inconteste, pelas inúmeras provas colacionadas aos autos, que a obrigação de compra e distribuição dos ingressos aos clientes caberia à apelada.

Tanto é verdade que, no comunicado acostado às f. 43, esclarece a Agência Brasileira de Agências de Viagens - Conselho Nacional (ABAV) que:

> Afirmando ter sido lesada pela companhia americana Prime Sport International - PSI, nomeada Operadora Oficial autorizada pelo Comitê Organizador da Copa do Mundo da França, a Operadora Eurovip´s, que admite ter ficado sem receber 800 ingressos para o jogo inaugural (Brasil e Escócia), está buscando alternativas para minimizar a situação.
> (...)
> Cancelamento do pacote, com devolução total dos valores pagos ou reembolso dos ingressos, na hipótese de a PSI não cumprir mais uma vez com o acordado: enviar os ingressos para os jogos da segunda fase até o próximo dia 20.06.98.

Como se vê, não há nenhuma participação da agência de viagens na compra e distribuição dos ingressos incluídos no pacote de turismo, sendo a responsabilidade única e exclusiva da empresa apelada Eurovip´s, que, mediante pacto firmado com a operadora autorizada pelo comitê organizador da Copa/98, PSI (Prime Sport International), obrigou-se a comprar os bilhetes.

Confiram o teor do comunicado oficial de f. 44:

> ... Lamentamos profundamente informar que, devido a várias circunstâncias que fugiram do controle da Prime Sport International, já que os fornecedores não cumpriram suas entregas, em conseqüência não será possível a entrega total dos ingressos solicitados pela nossa cliente Eurovip´s, principalmente no que diz respeito aos jogos Brasil/Escócia e Argentina/Japão.

Por fim, urge ressaltar que as alegações da apelada no sentido de que a responsabilidade pela não-entrega dos ingressos seria de terceira pessoa, *in casu*, da Prime Sport International, deverão ser feitas em sede própria, pois a relação aqui discutida se refere tão-somente ao grau de responsabilidade existente entre a agência e a operadora de turismo na efetivação do dano aos turistas.

Cláudia Lima Marques esclarece:

> Internamente, na cadeia de produção, o CDC estipula, em seu art. 13, parágrafo único, a responsabilidade pelo ressarcido do dano novamente ligada ao defeito do produto, mas desta vez responderá cada fornecedor na medida de sua 'participação', isto é, se o defeito pode ou não ser a ele imputado subjetivamente. Assim, se o defeito foi na fabricação do iogurte, no tipo de microorganismo utilizado, o comerciante pode até ser responsabilizado pelos danos causados à saúde de seus clientes e de suas famílias, pois está mais próximo e se presume que tenha falhado na conservação do produto perecível, mas, se o defeito do produto foi causado pelo fabricante, terá o comerciante direito de regresso. Se o defeito que deu origem ao evento danoso foi causado totalmente pelo fabricante, terá direito de regresso integral (Ob. Cit., p. 1.044).

Em consonância com o entendimento, vejam a jurisprudência:

> Ementa: Indenização - Prestação de serviço - Pacote turístico - Solidariedade passiva de empresas por um mesmo interesse - Fato de terceiro - Culpa exclusiva - Quebra do dever de informação - Obrigação de indenizar.
> - Tem a agência de viagem, perante seu cliente, consumidor, legitimidade passiva para ação de reparação por prestação de serviço inadequado, em razão de tornar-se responsável pela atuação de toda uma cadeia de fornecedores por ela escolhidos e previamente contratados, resguardando-se eventual regresso desta contra outrem, como a operadora de viagem, a quem imputa o adimplemento ruim.
> - Impõe o Código de Defesa do Consumidor, no inciso II do § 3º do art. 14, para que haja exclusão do dever de indenizar dos fornecedores, que seja a culpa do terceiro, a quem imputam a responsabilidade pelo dano,

> "exclusiva", o que não se pode vislumbrar quando ocorre quebra do dever de informação pela parte acionada com que contratou o consumidor diretamente (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível nº 2.0000.00.298316-6/000, Rel. Juiz Duarte de Paula, *DJU* de 29.04.2000).

Ora, está claro dos autos que a empresa Eurovip´s está diretamente ligada à empresa responsável pela distribuição dos ingressos - Prime Sport International -, visto que as duas 'sociedades' firmaram pacto para compra dos bilhetes que seriam distribuídos aos clientes, inexistindo, portanto, no âmbito da responsabilidade subjetiva, qualquer obrigatoriedade da apelante em responder pelo dano ocorrido.

Verifiquem o teor do comunicado oficial prestado pela PSI (Prime Sport International), que confirma a ligação contratual existente entre ela e a operadora de turismo - Eurovip´s:

> ... Por este motivo reiteramos que a Eurovip´s não é de nenhuma maneira responsável pela situação que envolve a falta de entrega dos ingressos para os seus clientes. A Eurovip´s cumpriu corretamente com todos os termos do contrato firmado entre as nossas duas empresas. A Eurovip´s pagou em tempo hábil as quantias indicadas no mesmo contrato, comprando o número suficiente de ingressos para todos os passageiros, vendidos em forma de pacote.

Dessarte, em razão de inexistir, no âmbito subjetivo, participação da apelante para a ocorrência do dano em desfavor do consumidor, pertinente a ação de regresso aviada, devendo a apelada, verdadeira responsável pelo prejuízo sofrido, ser compelida a ressarcir, integralmente, os valores despendidos pela demandante no pagamento do acordo realizado nos autos da ação indenizatória.

Em razão do exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença monocrática condenando a apelada a ressarcir à apelante os valores expendidos na exordial que deverão ser corrigidos monetariamente, acrescidos dos juros legais a partir do desembolso.

Invertam-se os ônus sucumbenciais.

Custas recursais, pela apelada.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *José Flávio de Almeida* e *Nilo Lacerda*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

UNIÃO ESTÁVEL - PROVA - AÇÃO DECLARATÓRIA - PROCEDÊNCIA - SUCESSÃO - FALECIMENTO DA AUTORA - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO - PERDA DO OBJETO - BENS ADQUIRIDOS COM ESFORÇO COMUM - MEAÇÃO - APURAÇÃO - EXECUÇÃO DA SENTENÇA - AQÜESTOS - USUFRUTO - EXAME DA MATÉRIA - VIA JUDICIAL - INVENTÁRIO E PARTILHA

Ementa: União estável. Aqüestos. Usufruto. Habitação. Direito personalíssimo.

- Caracterizada a união estável, garante-se à autora o direito à meação dos bens adquiridos durante a união estável, desde que comprovado o esforço daquela na aquisição dos bens, o que será apurado quando da execução da sentença.

- O falecimento da autora de ação declaratória de união estável julgada procedente implica a perda de objeto quanto às disposições sobre direito real de habitação. Quanto aos aqüestos e ao direito de usufruto dos bens do falecido, referentes aos bens adquiridos na constância da união estável, é caso de apuração em sede de inventário e partilha, porquanto não houve identificação dos mesmos nestes autos.

Apelo improvido.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0016.99.009392-0/001 - Comarca de Alfenas - Apelantes: J.P.F.N. e outro - Apelado: Espólio de R.P.S., representado pelo inventariante D.T.S. - Relator: Des. CLÁUDIO COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de março de 2007. - *Cláudio Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Leonardo Miguel de Lima.

O Sr. Des. Cláudio Costa - Presentes os requisitos subjetivos e objetivos do juízo de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de apelo aviado por J.P.N. e outros contra sentença de f. 633/659-TJ, que julgou procedente o pedido em sede de ação declaratória movida por R.P.S., para declarar a existência de união estável com A.G.P., com início em novembro de 1992 e término em 27 de maio de 1999, com o falecimento daquele, bem como direito de usufruto dos bens do falecido e direito real de habitação e aos aqüestos referentes aos bens adquiridos na constância da união estável, condenando os requeridos nos ônus da sucumbência e honorários em quinze por cento do valor dado à causa. Os requeridos apelaram às f. 705/739-TJ, aduzindo a inexistência de união estável em face da existência de contrato de convivência e da ausência de vida *more uxorio*, além da instabilidade do relacionamento entre o falecido e a autora, inexistindo relacionamento *intuitu familiae;* a inconstitucionalidade do "usufruto" previsto no art. 2º da Lei 8.971/1994 e do "direito real de habitação" previsto no parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/1996; a inexistência de direito real de habitação pela apelada; a necessidade de determinar o pagamento, pela apelada, das despesas relativas ao referido imóvel; que o usufruto não pode incidir sobre os bens que forem considerados aqüestos, sob pena de *bis in idem*; a necessidade de partilha para apuração do usufruto, que só pode incidir sobre a parte disponível da herança, sem afetar a legítima, além de a apelada já ser beneficiária de alimentos por conta do espólio; a necessidade de estipulação de caução pela apelada caso mantida sua quota de usufruto; que a apelada não atende ao disposto no art. 5º da Lei 9.278/96; a injustiça da cumulação de direito real de habitação, usufruto, aqüestos e pensão alimentícia; a necessidade de desoneração do espólio em relação aos alimentos prestados ao menor R. em face do usufruto de um quarto da renda dos bens do falecido pela apelada; a incorreta e prejudicial presunção de paternidade lançada em união estável. Em contra-razões de f. 741/752-TJ, o menor R.J.P., representado pela tutora, D.T.S., na qualidade de substituto processual, em face do falecimento da apelada, afirma estar caracterizada a união estável, com o nascimento de dois filhos de R. e A., o ora apelado e seu irmão, cuja paternidade se discute em outros autos; o direito real de habitação como corolário do falecimento de seu pai em face da união estável; que os alimentos são devidos a ele pelo espólio de seu pai, e não à sua falecida mãe; a comunicação dos aqüestos e o direito da apelada ao usufruto de bens do falecido, independentemente de caução. A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou às f. 759/765-TJ pelo provimento parcial do recurso. Foi regularizada às f. 777/780-TJ a representação da apelada, por meio de sua inventariante, D.T.S., tudo conforme relatório que passa a fazer parte deste voto.

Mérito.

Manifesta a perda de objeto das disposições exaradas em sentença sobre o direito real de habitação em face do falecimento da autora. Tratando-se de direito personalíssimo, este se extingue com sua morte, sendo despicienda sua discussão neste momento processual.

Afasto a alegada inconstitucionalidade do "usufruto" previsto no art. 2º da Lei 8.971/1994 e

do “direito real de habitação” previsto no parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/1996, porquanto os apelantes fazem mera alegação, sem demonstrar onde reside a suposta inconstitucionalidade nos referidos diplomas, qual o princípio ou regra constitucional que vulneram, não havendo como apreciar o pedido neste item.

Persiste, entretanto, a questão da existência ou não de união estável entre a requerente e o requerido, a ser analisada neste momento.

Embora um tanto quanto vacilante a prova testemunhal produzida, esta, conjugada com a prova documental coligida nos autos, convence-me de que os pressupostos legais da união estável ficaram bem configurados nos autos, autorizando, a meu entender, o desprovimento do recurso.

O conceito de união estável se exaure no art. 1º da Lei nº 9.278, de 10.5.96, segundo o qual “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Aliás, bem antes do advento do art. 226 da Constituição Federal de 1988, já Moura Bittencourt sinonimizava concubinato e união estável, afirmando:

> Em poucas palavras, concubinato é a união estável no mesmo ou em teto diferente, do homem com a mulher, que não são ligados entre si por matrimônio (*Concubinato*. São Paulo: Leud, 1975).

Neste egrégio Tribunal de Justiça, já se julgou:

> A partir da Lei n. 9.278/96, passou-se a enfocar o concubinato fora da área dos fatos econômicos, tornando-se majoritário o entendimento quanto à desnecessidade de comprovação de que o patrimônio foi adquirido com a colaboração efetiva da companheira, bastando a simples prova da existência da união estável para que esta tivesse direito à meação. Comprovada, através de prova irrefutável dos autos, a constituição de uma vida em comum, de uma união estável, tal como definida pelo art. 226 da CF e pelo art. 1º da Lei nº 9.278/96, estabelecida como incontroversa a existência desta união estável, aplica-se, por via de conseqüência, o art. 5º da lei supracitada, que não deixa nenhuma margem à dúvida, ao estabelecer que a companheira, dentro da união estável, tem direito à meação dos bens adquiridos com esforço próprio do companheiro ou com o esforço comum. A lei não distingue (*Jurisprudência Mineira* 145/68).

Dos autos, deflui a existência de união estável, pelo menos a partir de 1992 até o falecimento do requerido.

O “pacto” de f. 151/153-TJ não afasta esta conclusão na medida em que, se fosse a intenção dos pactuantes levá-lo a termo, se teriam casado naqueles termos.

A convivência do casal demonstra o abandono do referido “contrato” porquanto assumiram relacionamento com características de união estável.

Caracterizada então a união estável, garantir-se-ia à autora, ora sucedida por seu inventário, o direito à meação dos bens adquiridos durante a união estável, desde que comprovado o esforço daquela na aquisição dos bens, o que será apurado quando da execução da sentença.

Entretanto, em face do falecimento da autora de ação declaratória de união estável julgada procedente, perdem objeto as disposições sobre direito real de habitação.

Quanto aos aqüestos e ao direito de usufruto dos bens do falecido, referentes aos bens adquiridos na constância da união estável, é caso de apuração em sede de inventário e partilha, porquanto, como bem salientou o Juízo sentenciante, não houve identificação dos mesmos nestes autos.

Posto isso, nego provimento ao apelo.

Custas, pelos apelantes.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Maria Elza - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - REDE DE ESGOTO - REFLUXO - COISA JULGADA - REFLEXO SOBRE TERCEIROS

Ementa: Indenização. Dano moral. Refluxo da rede de esgoto. Coisa julgada.

- É possível a aplicação do efeito negativo da coisa julgada, mesmo inexistindo a tríplice identidade, desde que terceiros tenham sido reflexamente atingidos pela decisão.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.700159-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Ana Cristina Ramos da Silva por si e representando seu filho Christian Fernandes da Silva - Apelada: Copasa-MG Cia. de Saneamento 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, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de março de 2007. - *Antônio Sérvulo* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio Sérvulo - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Os autores impetraram a presente ação com intuito de receber indenização a título de dano moral pelo fato de terem a casa onde residiam invadida por dejetos, devido a refluxo havido na rede da Copasa.

A douta Magistrada de primeiro grau acolheu a preliminar de coisa julgada suscitada pela apelada, julgando extinto o processo sem julgamento do mérito.

Vejamos o que preleciona Chiovenda sobre coisa julgada:

> A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida, que foi objeto da contestação, não mais pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu não pode mais se ver perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu, não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo (*Instituições de Direito Processual Civil.* Saraiva, 1942, v. I, p. 518).

Também sobre o tema Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery comentam que:

> Coisa julgada material (*auctoritas judicatae*) é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário... A lei não pode modificar a coisa julgada material (CF, 5º, XXXVI). Somente a lide (pedido) é acobertada pela coisa julgada material, que a torna imutável e indiscutível, tanto no processo em que foi proferida a sentença, quanto em processo futuro. Somente as sentenças de mérito, proferidas com fundamento no CPC, 269, são acobertadas pela autoridade da coisa julgada; as de extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, 267) são atingidas apenas pela preclusão (coisa julgada formal) (*Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 767).

Analisando os autos com acuidade, hei por bem manter na íntegra o proferido pela douta Sentenciante.

É que, pela analise dos documentos trazidos aos autos, constata-se que, na ação de nº 1.0024.03.997822-6/001, a matéria sob exame já foi analisada e julgada, tendo sido reconhecido o direito pleiteado pelo autor.

Vejamos o que foi proferido pelo eminente Des. Alvim Soares:

> A responsabilidade civil da Copasa está presente, ficando amplamente demonstrado nos autos que o acidente resultou exclusivamente de sua negligência; o ora apelado já havia ajuizado outra ação indenizatória em decorrência de um anterior acidente semelhante e, como era de se esperar, saiu vitorioso na demanda; desta feita, apenas o fato de ter sua casa invadida por dejetos fecais já era suficiente para uma ação indenizatória; a situação foi agravada pelo fato de a dita 'invasão' ter ocorrido no último dia do ano, no final da tarde, estragando por completo a passagem de ano da família do apelado.
> Diante desse cenário, caracterizada restara a culpa da apelante, visto que não conseguiu demonstrar a responsabilidade do autor no evento danoso; consumou-se, sim, desídia da ré na conservação da rede de esgoto nas proximidades do imóvel pertencente ao apelado; assim, evidente o prejuízo moral sofrido; os argumentos trazidos pela apelante são insuficientes para eximi-la do dever de reparar o dano a quem dera causa.

É de se ver que, na ação supracitada, o autor é diverso dos autores da presente ação e que, de acordo com disposição do § 2º do art. 301 do Diploma Processual, "uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido".

No entanto, o caso em questão possui uma particularidade, qual seja, o autor da primeira ação, José Ildemar Fernandes de Barros, é pai e esposo dos autores da atual, ou seja, os últimos foram reflexamente atingidos pela decisão. E, como bem ressaltado pela MM. Juíza de primeiro grau:

> Assim, em sendo a obrigação indivisível e, havendo pluralidade de credores, como é o caso em comento, cada um deles pode exigir a dívida única por inteiro em nome de todos. Daí por que o autor José Ildemar Fernandes de Barros fundamentou seu pedido, sempre mencionando seus prejuízos de ordem material e moral, bem como de sua família.

Ora, no momento em que o autor da primeira ação foi indenizado por danos morais e materiais, fica clarividente que todos da sua família acabaram por beneficiar-se também, uma vez que todos moravam na casa em que ocorreu o sinistro ensejador da indenização.

Alem disso, caso o presente apelo fosse acolhido, restaria caracterizado enriquecimento ilícito dos apelantes, devido à relação existente entre o primeiro autor e os autores do atual feito.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *José Domingues Ferreira Esteves* e *Ernane Fidélis*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO DECLARATÓRIA - NULIDADE - TESTAMENTO - LEGADO - CONTA CORRENTE - APLICAÇÃO FINANCEIRA - IRREGULARIDADE - INEXISTÊNCIA

Ementa: Ação anulatória de disposição testamentária. Legado. Universalidade. Contas bancárias e aplicações. Possibilidade. Inocorrência de vícios. Recurso improvido.

- Para caracterização do legado, basta o destacamento do bem ou dos bens do monte sobre o qual o testador está dispondo.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0693.04.026325-5/001 (Conexão: 1.0693.04.025377-7/001) - Comarca de Três Corações - Apelantes: Eduardo Nunes Teixeira Filho e outro - Apelada: Aracy Galvão - Relator: Des. ALVIM SOARES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 6 de março de 2007. - *Alvim Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Alvim Soares - Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Perante a Segunda Vara Cível da Comarca de Três Corações, Acyr Lacerda ajuizou a presente ação declaratória de nulidade de disposição testamentária em face de Aracy Galvão, asseverando que é irmão e herdeiro de Lucas Tavares Lacerda, falecido em 04.06.2003; afirmou que o falecido deixou um testamento em que beneficia a requerida com o usufruto do Sítio do Sossego, metade das ações que possui, o automóvel, os depósitos e aplicações bancárias; afirmou, ainda, que tal disposição é nula, ao seu alvedrio, por contemplar disposição não singularizada; que o *de cujus* possuía diversos títulos de capitalização, contas em diversos bancos, o que não permite particularizar os referidos bens; mais: que, da data da feitura do testamento até o óbito, foram alterados os valores que constavam nas contas e aplicações; que a requerida era companheira do falecido e, diante de tal situação, não poderia ter sido contemplada em testamento, cabendo-lhe, tão-somente, a metade dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável; asseverou que, no mês de março de 2003, o *de cujus* ganhou R$2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), num sorteio de título de capitalização do Banco do Brasil; que a requerida não faz jus ao prêmio depositado na conta do correntista; após discorrer, requereu a procedência do pedido exordial; juntou documentos.

À f. 13-TJ, o Julgador planicial determinou a juntada do testamento que o requerente deseja anular; o Ministério Público entendeu desnecessária sua intervenção no feito (f. 17-v.-TJ).

Às f. 19/20-TJ, Eduardo Nunes Teixeira Filho, Thereza Cristina Lacerda Teixeira de Souza, Maria de Lourdes Camacho Lacerda e Joana D'arc Camacho Lacerda requereram o ingresso na lide como litisconsortes ativos.

Às f. 43/44-TJ, o requerente Acyr Lacerda peticionou nos autos, requerendo a desistência da ação; juntou documentos.

Às f. 52/53-TJ, Danilo Lacerda Teixeira, João Miguel Lacerda Teixeira e Luís Augusto Lacerda peticionaram nos autos, na condição de herdeiros do *de cujus*, pugnando pelo deferimento do pedido de integrarem a lide; juntaram documentos.

Às f. 72-v.-TJ, o MM Juiz de Direito *a quo* deferiu o pedido de Eduardo Nunes Teixeira Filho, Thereza Cristina Lacerda Teixeira de Souza, Maria de Lourdes Camacho Lacerda e Joana D'arc Camacho Lacerda para ingressarem na lide como litisconsortes ativos.

Citada, a requerida contestou o feito às f. 87/98-TJ, argüindo preliminar de ilegitimidade ativa; no mérito, sustentou a legalidade do aludido testamento; afirmou que viveu em união estável com o falecido por mais de dezoito anos, sendo que estavam casados perante a igreja desde 1988; que, em razão de tal relação, mantinha conta bancária conjunta com o mesmo; que, na condição de inventariante, tem o poder de administrar e gerir os bens pertencentes ao *de cujus* até que seja ultimado o processo de inventário, que se encontra suspenso em virtude do ajuizamento da presente ação; asseverou, ainda, que, independentemente do que consta no testamento deixado pelo falecido, o prêmio recebido pelo *de cujus*, oriundo da aplicação bancária denominada 'Brasilcap Ourocap', vinculado à conta corrente 5.300/7, tinha como titulares a requerida e o falecido; que, na condição de herdeira testamentária ou legatária em virtude de testamento cerrado deixado pelo falecido, devidamente apresentado e aberto em feito que tramitou na 1ª Vara Cível da comarca, tendo sido

registrado sob o nº 09 do Livro 02, em 08.09.2003, é legítima proprietária dos depósitos e aplicações bancárias que pertenciam ao testador; mais: que, mediante escritura pública de venda e cessão de direitos hereditários, adquiriu, na qualidade de compradora, todos os direitos sucessórios e hereditários que cabem aos autores Acyr Lacerda, Joana D'arc Lacerda e de Viçoso Camacho Lacerda, decorrentes do testamento em questão e da eventual sucessão legítima; que, no campo da sucessão legítima, será a única herdeira; afirmou, também, que todos os requerentes não são herdeiros necessários do testador; mais: que impugna a alegada natureza não onerosa dos bens adquiridos pelo casal ao longo da vigência da união estável; que é inócua a discussão sobre a data de aquisição dos bens deixados; após discorrer longamente, requereu a improcedência do pedido; juntou documento.

Após as partes terem agido com desenvoltura no feito, às f. 150/159-TJ, a Sentenciante homologou o pedido de desistência quanto aos requerentes Acyr Lacerda e Joana D'arc Camacho Lacerda e julgou improcedente o pedido exordial.

Inconformados, os requerentes interpuseram recurso de apelação às f. 161/166-TJ; contra-razões de f. 168/175-TJ.

Data venia, tenho por incensurável a decisão molestada, razão pela qual deve permanecer incólume.

Inicialmente, cumpre enfatizar que, muito embora a sucessão testamentária se sujeite às normas jurídicas vigentes por ocasião da abertura da sucessão, considera-se que a forma adotada para o testamento deve observar a lei à época vigente; aplica-se o brocardo: *tempus regit actum*.

Assim, analisando atentamente o testamento deixado pelo Sr. Lucas Tavares de Lacerda (f. 15/16-TJ), diga-se, registrado sob o nº 09 do Livro 02, em 08.09.2003, na Primeira Secretaria Cível da Comarca de Três Corações, não vislumbro a existência de vícios que possam macular o aludido instrumento de declaração de última vontade.

De todo o aqui compilado, constata-se que o falecido era viúvo, não possuía herdeiros necessários, bem como vivia maritalmente com a apelada, inclusive com realização de casamento religioso em 1988.

Outrossim, da sabença geral que os parentes em linha colateral, *in casu*, os apelantes, podem ser excluídos da sucessão mediante simples disposição testamentária, pois não possuem o direito necessário à legítima.

No que se refere, especificamente, à alegação de que a disposição testamentária que beneficiou a apelada é nula porque o legado não foi feito de forma determinada e individualizada, visto que o testador tinha três tipos de ações e contas correntes em vários bancos e não especificou quais deixavam para a apelada, forçoso reconhecer que, para caracterização do legado, basta o destacamento do bem ou dos bens do monte sobre o qual o testador está dispondo.

In casu, no item 4 das disposições testamentárias do falecido, está consignado:

> ... para minha companheira Aracy Galvão o usufruto vitalício da Chácara denominada Sítio do Sossego, os depósitos e aplicações bancárias, o automóvel e metade das ações que possuo.

Ademais, no Direito pátrio, existe a figura do legado de universalidade, assim entendido como aquele

> ... que o testador lega uma espécie inteira e não somente algumas unidades; tal legado abrange todas as coisas do gênero existentes no espólio, ressalvando-se aquelas que sejam acessórias de outra ou a ela ligadas como parte integrante; por exemplo (...) os livros do *de cujus*... (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda. *Curso avançado de direito civil.* 2. ed., RT, 2003, p. 402 *apud* DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, verbete 'Legado de universalidade', v. 3, p. 73).

Por oportuno, pinça-se, do ato sentencial profligado:

> ... não há que se falar, pois, na necessidade de o testador especificar quais ações, quais depósitos e quais aplicações deixava para a ré, mencionando os bancos e os números das contas, os montantes existentes, como os autores querem entender, mesmo porque ninguém sabe exatamente quanto dinheiro terá quando da sua morte.

Por derradeiro, em relação à questão envolvendo o falecido da irmã do testador Vera Cruz Lacerda, de fato, tal não é objeto da presente ação.

Assim sendo, nego provimento ao recurso e mantenho incólume a sentença vergastada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Edivaldo George dos Santos* e *Heloísa Combat*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INVENTÁRIO - CARTA DE ADJUDICAÇÃO - REGISTRO NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS - EMOLUMENTOS - TAXA DE FISCALIZAÇÃO JUDICIÁRIA - ISENÇÃO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - EXTENSÃO - LEI 1.060/50 - APLICABILIDADE - JUSTIÇA GRATUITA - CISÃO - IMPOSSIBILIDADE

Ementa: Agravo de instrumento. Inventário. Carta de adjudicação. Averbação. Cartório de Registro de Imóveis. Emolumentos. Justiça gratuita. Extensão.

- A concessão da justiça gratuita não admite cisão, isto é, quando é concedida, não pode ser de maneira parcial.

- Porque não pode ser parcial a concessão de assistência judiciária, o seu espectro de ação abrange não só os atos judiciais propriamente ditos, mas os extrajudiciais que os formalizam.

AGRAVO N° 1.0518.05.079136-8/001 - Comarca de Poços de Caldas - Agravantes: Joana da Silva Basso e outro - Agravado: Espólio de Antônio Nello Basso, representado pela inventariante Joana da Silva Basso - Relator: Des. BELIZÁRIO DE LACERDA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 16 de janeiro de 2007. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Belizário de Lacerda - Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo da decisão agravada, a qual, nos autos de inventário, indeferiu pedido de justiça gratuita para isenção de emolumentos e taxa de fiscalização judiciária para registro de carta de adjudicação no cartório competente, por entender que os requerentes não fazem jus à isenção de emolumentos e de taxa de fiscalização judiciária para cumprimento de mandado e alvará judicial, por não estarem representados por defensor público estadual ou advogado dativo designado nos termos da Lei nº 13.166, de 20 de janeiro de 1999.

Foi deferido o pedido de efeito suspensivo da decisão agravada, visto entender relevante seu fundamento jurídico de pedir, haja vista que os benefícios da justiça gratuita devem ser concedidos, segundo o art. 4º da Lei nº 1.060/50, por meio de simples afirmação, na

petição inicial, de que o requerente não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de sua família, o que se vê na exordial à f. 27-TJ, bem como das declarações de miserabilidade de f. 35/39-TJ. Acresça-se que a agravante está litigando pelo Serviço de Assistência Judiciária da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Núcleo de Prática Jurídica.

Foram requisitadas informações e intimada a inventariante do espólio agravado para resposta, visto não ter advogado constituído nos autos, tudo no prazo comum de 10 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, a Magistrada *a qua* mantém a decisão agravada, informando que se insurge a inventariante/agravante, requerendo a justiça gratuita para o fim de constar da carta de adjudicação o não-pagamento de emolumentos no Cartório de Registro de Imóveis; que o pedido foi indeferido em cumprimento ao Ofício Circular nº 002/2005, da Corregedoria-Geral da Justiça, de 6 de janeiro de 2005, que encaminhou cópia da Lei nº 15.424/2004, que dispõe sobre a fixação, a contagem, a cobrança e o pagamento de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, o recolhimento da taxa de fiscalização judiciária e a compensação dos atos sujeitos à gratuidade estabelecida em lei federal e dá outras providências; que a agravante não se enquadra em nenhuma das modalidades por não estar representada por defensor público estadual ou por advogado dativo nomeado.

Intimada para resposta, a agravante, à f. 76-TJ, apresenta manifestação para informar que concorda com todos os argumentos e pedidos feitos nas razões de agravo, tendo em vista que realmente os herdeiros do *de cujus* não têm condições financeiras de arcar com os ônus do registro do formal de partilha no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Poços de Caldas.

Aberta vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta, às f. 79/84-TJ, emite judicioso parecer, opinando pelo provimento do recurso.

Conheço do recurso.

Com o presente recurso, os agravantes objetivam a isenção de pagamento relacionado com emolumentos do registro da carta de adjudicação oriunda do processo de inventário dos bens deixados por Antônio Nello Basso no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Poços de Caldas por estarem litigando sob o pálio da justiça gratuita e que foi indeferida pela Magistrada *a qua* ao argumento de que a legislação específica, consistente da Lei Estadual nº 15.424/2004, somente confere a isenção do recolhimento de emolumentos notoriais aos atos oriundos de processo judicial em que as partes estejam assistidas por órgão da Defensoria Pública Estadual ou advogado dativo designado nos termos da Lei nº 13.166/1999.

Ora, os agravantes litigam sob o pálio da justiça gratuita mormente por comprovarem serem merecedores de referida gratuidade, não só em razão do requerimento na exordial, bem como da declaração de miserabilidade, tudo conforme determina o art. 4º da Lei nº 1.060/50.

Contudo, no presente caso, entendo ser inaplicável para a isenção de referido emolumento notarial a legislação específica, consistente na Lei Estadual nº 15.424/2004, bem como para que as partes estejam assistidas por órgão da Defensória Pública estadual ou advogado dativo nos termos da Lei 13.166/1999, uma vez que, por analogia, deve ser aplicada, mormente por estarem representadas pelo serviço de assistência judiciária da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, entidade sem fins lucrativos que atende somente a pessoas pobres, o que, por analogia, corresponde à assistência da Defensoria Pública ou até mesmo por advogado dativo nos termos da legislação estadual, ainda mais por estarem sob o pálio da justiça gratuita.

Com relação aos beneficiários da assistência judiciária, veja-se a seguinte ementa de acórdão deste eg. Tribunal de Justiça:

> Assistência judiciária gratuita. Isenções. Despesas. Emolumentos. Extrajudiciais. - O benefício da assistência judiciária gratuita deve ser integral, compreendendo, portanto, a isenção das custas, despesas, emolumentos e demais atos que se destinam à efetiva realização do direito de seu beneficiário, ainda que extrajudiciais (Proc. nº 1.0362.00.002681-9/001, Rel. Des. Francisco Figueiredo, acórdão de 30.08.2005).

Outrossim, o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, em dicção claríssima, estatui, *verbis*:

> Art. 5º (...)
> LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Extrai-se do dispositivo acima transcrito o seguinte: o benefício da assistência judiciária gratuita deve ser integral, compreendendo, portanto, a isenção das custas, despesas, emolumentos e demais atos que se destinam à efetiva realização do direito do seu beneficiário, ainda que extrajudiciais.

Tanto isso é verdade que a Lei nº 1.060/50, expressamente, incluiu no rol das isenções conferidas aos beneficiários da justiça gratuita "os emolumentos e custas devidos aos juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da Justiça", dentre eles, obviamente, aqueles devidos aos Serviços Notariais e de Registro de Imóveis.

Referentemente, eis decisão proferida pelo excelso STJ:

> Assistência judiciária. Usucapião. Perícia. Registro de imóveis.
> (...) os beneficiários da assistência em juízo gozam de integral gratuidade no Cartório de Registro de Imóveis (REsp 98160/SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* de 07.10.1996).

Na mesma ótica, outro não é o entendimento deste Tribunal:

> Mandado de segurança. Assistência judiciária. Despesas. Oficial de justiça. Diligências. Depósito prévio. Constituição Federal. Lei nº 1.060/50. - A assistência judiciária, assegurada no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, compreende todas as despesas processuais, inclusive os emolumentos e custas devidos aos serventuários da Justiça, a teor do art. 3º, II, da Lei nº 1.060/50. Presume-se que qualquer despesa do processo prejudica a subsistência própria do litigante, beneficiário da justiça gratuita, ou de sua família. Concede-se a segurança (Mandado de Segurança nº 251.402-4, Rel. Des. Almeida Melo, *DJ* de 21.02.2002).

Assim, a concessão da justiça gratuita não admite cisão, isto é, quando é concedida, não pode ser de maneira parcial.

Porque não pode ser parcial a concessão de assistência judiciária, o seu espectro de ação abrange não só os atos judiciais propriamente ditos mas os extrajudiciais que os formalizam.

Por tais fundamentos é que ao agravo dou provimento.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Alvim Soares* e *Wander Marotta*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

PROCESSO CAUTELAR - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO - RELAÇÃO JURÍDICA - INEXISTÊNCIA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - PETIÇÃO INICIAL - INDEFERIMENTO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Ementa: Cautelar. Exibição de documentos por terceira pessoa. Ilegitimidade passiva ocorrente. Indeferimento da inicial que se confirma.

- Quem não será parte na ação principal a ser manejada - e, portanto, na qualidade de terceiro na relação jurídica de direito material - não é parte passiva legítima para uma cautelar de exibição de documentos, providência somente possível em processo de conhecimento, a teor do art. 360 do CPC, como questão incidental. O indeferimento pronto da exordial fica mantido ante a evidente impossibilidade jurídica de direito processual.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0145.06.340749-1/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Carlos Marcos de Carvalho Valente de Barros - Apelada: Imbel - Indústria Material Bélico Brasil - Relator: Des. FRANCISCO KUPIDLOWSKI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de março de 2007. - *Francisco Kupidlowski* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Kupidlowski - Pressupostos presentes. Conhece-se do recurso.

Quanto a uma decisão que, na Comarca de Juiz de Fora - 8ª Vara Cível -, indeferiu uma inicial de exibição de documentos por terceira pessoa, extinguindo, prematuramente, o processo cautelar respectivo, inconforma-se o autor - Carlos Marcos de Carvalho Valente de Barros -, que, pretendendo a formação e seqüência do processo, alega que a decisão fere o princípio do livre acesso ao Judiciário, ocorrendo tanto o interesse para agir quanto a legitimidade ativa de parte, pelo que espera provimento.

Não é verdade que a decisão singular esteja ferindo o princípio constitucional do livre acesso ao Judiciário, pois a análise dos pressupostos processuais e da ação é dever do magistrado que recebe a inicial e, quando encontra argumentos para o registro de ausência de um deles, indeferindo o pleito, apenas cumpre sua função jurisdicional.

Dito isso, anote-se, por necessário, também, que a existência de legitimidade e algum interesse processual não bastam para o êxito na pretensão esposada no exórdio.

Aqui, por exemplo, nem tanto pelos fundamentos constantes da decisão recorrida, mas, por outros até, a extinção do processo sem resolução de mérito deve ser mantida, aflorando, de modo claro, a desobrigação da ré de exibir os tais documentos desejados pelo autor.

Trata-se de ilegitimidade passiva na formação da triangularidade processual em se tratando de ação cautelar, na forma de jurisprudência pertinente e da qual se extrai: "É parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação preparatória de exibição de documento pessoa contra quem a ação principal não será movida" (*in RT* 757/204).

Ora, no caso vertente, a requerida, Imbel - Indústria de Material Bélico Brasil, não manteve qualquer relação jurídica de direito material com o autor e, declaradamente, não será acionada por ele na via principal, perdendo o sentido a preparação intentada na presente cautelar.

Seria obrigar a ré para, depois, não ser acionada na ação principal, relembrando-se ao recorrente que a cautelar não tem vida própria, e, por isso mesmo, a exibição por terceiro somente é possível como incidente em processo de conhecimento na forma estabelecida pelo art. 360 do CPC.

Providência cautelar de exibição contra terceiro não existe.

Nesse passo, ainda que presentes legitimidade e interesse para agir por parte do apelante, o pedido é impossível do ponto de vista processual, pelo que bem indeferido de pronto, ainda que

por outros e apresentados motivos o pedido de abertura.

Com o exposto, nega-se provimento à apelação, mantida a sentença que indeferiu a inicial e extinguiu, sem resolução do mérito, o respectivo processo, condenando o autor ao pagamento das custas mediante isenção por se encontrar sob o pálio da AJG.

Custas, pelo recorrente, isento.

O Sr. Des. Adilson Lamounier - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Cláudia Maia - Peço vênia ao em. Desembargador Relator para registrar o meu entendimento acerca do tema e das peculiaridades do presente caso.

Não partilho do entendimento exarado no voto do em. Desembargador Relator, no sentido de que a ação cautelar de exibição de documento não pode ser ajuizada em face de terceiro.

Isso porque o próprio dispositivo regente do tema, o art. 844, II, do Código de Processo Civil, preceitua expressamente a viabilidade de a medida ser proposta quanto a documento próprio ou comum em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios.

Como se vê, pela simples interpretação literal do dispositivo supracitado, estabelece-se a possibilidade de o terceiro figurar como parte passiva em ação cautelar de exibição de documentos, independentemente se estará ou não no pólo passivo da ação principal.

Vale frisar que o rol descrito na parte final do aludido dispositivo é meramente exemplificativo, razão pela qual a legitimidade do terceiro dependerá do exame em cada caso concreto da correlação ou entrelaçamento das relações jurídicas.

No caso em tela, não vislumbro, contudo, qualquer correlação entre as relações jurídicas, mesmo porque o documento pretendido pela parte é absolutamente estranho à relação jurídica em si entre credor e devedor deduzida na inicial.

A ficha de inscrição no concurso organizado pela apelada não possui ligação com a relação de direito material consubstanciada nos cheques emitidos. Tampouco se pode cogitar nessa hipótese em dever de colaboração com a administração da justiça, visto que não há qualquer obrigação de publicidade e prestação de informações desta natureza pela apelada em relação ao apelante.

Ademais, a presente ação deve, nos termos da lei, pautar-se em documento próprio ou comum, não sendo razoável que o apelante pleiteie a exibição de documento exclusivamente de terceiro.

Ante o exposto, rogando vênia ao eminente Desembargador Relator quanto à fundamentação, nego provimento ao apelo, mantendo incólume a sentença de indeferimento da inicial, extinguindo o feito, sem resolução do mérito, com suporte na carência de ação.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - BEM PÚBLICO DE USO COMUM - ESBULHO - MEDIDA DE PROTEÇÃO - PARTICULAR - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Ementa: Ação de manutenção de posse. Particular. Estrada municipal. Possibilidade jurídica.

- Pode o particular postular a tutela possessória de bem público destinado ao uso comum (estrada municipal), se teve a posse molestada por terceiro.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0335.06.005956-5/001 - Comarca de Itapecerica - Apelante: Jeso Herculano Pedrosa - Apelado: Lindosifo Camargos - Relator: DES. MAURÍLIO GABRIEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de fevereiro de 2007. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Maurílio Gabriel - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Jeso Herculano Pedrosa por não se conformar com a sentença prolatada nos autos da ação de manutenção de posse por ele ajuizada contra Lindosifo Camargos.

A sentença recorrida indeferiu a petição inicial: "na forma do art. 295, parágrafo único, III, do CPC, por impossibilidade jurídica de pedido de ação possessória formulada por particular em relação a imóvel público".

Sustenta o apelante que a defesa de um bem público de uso comum do povo (estrada municipal que dá acesso à sua residência) pode ser promovida pelo Poder Público ou pelo particular, desde que este o use de forma habitual.

Dessa forma, alega que os pedidos formulados na petição inicial são juridicamente possíveis, devendo a sentença recorrida ser cassada, dando-se regular processamento ao feito.

Não houve a apresentação de contrarazões recursais por não ter sido o réu citado.

Conheço do recurso por estarem presentes os requisitos de sua admissibilidade.

A questão, no caso, prende-se unicamente ao exame da possibilidade jurídica de um particular invocar proteção possessória contra outro particular, tendo como objeto um bem público de uso comum (estrada municipal), visando preservar o seu direito de utilizá-la.

Sobre essa matéria existem duas correntes doutrinárias.

A primeira corrente, adotada pelo Juiz de primeiro grau na sentença recorrida, sustenta que os bens públicos não são suscetíveis de posse por parte do particular. Sob a ótica dos defensores dessa doutrina, um dos requisitos da ação possessória, qual seja a existência da posse, não restaria preenchido, o que tornaria juridicamente impossível o pedido de proteção possessória.

Em sentido contrário, vem a outra corrente, que afirma que os bens públicos de uso comum do povo, apesar de serem de propriedade do Estado, são passíveis de posse, exercida de forma simultânea e conjunta, por todos os cidadãos que os utilizam. Dessa forma, uma vez que a posse sobre tais bens pode ser exercida e comprovada, juridicamente possível seria ao particular interpor ação possessória no caso de ser impedido de exercê-la por ato de outro particular.

Carvalho Santos é quem melhor esclarece os fundamentos da última corrente, que, segundo as suas palavras, é a posição dominante na nossa doutrina:

> Com referência aos bens de uso comum do povo, que estão incluídos no número daqueles que só são *extra commercium* em virtude de disposição legal, acontece a mesma coisa. Eles estão na posse de alguém. Esse alguém é o Estado, encarado como coletividade concreta, a dizer, representada pelos habitantes. Logo, o povo e quem dele faz parte, nessa qualidade, tem posse sobre a coisa comum, podendo, pois, exercitar as ações possessórias que visem à defesa de seu direito de usar da coisa juntamente com os outros. Não tem o cidadão uma posse exclusiva, da coisa não pode usar com prejuízo do direito dos outros, mas ainda tem uma posse limitada, que precisa ser defendida nos limites de seu direito (*Código Civil Brasileiro interpretado*. 2. ed., Livraria Editora Freitas Bastos S.A., v. II, p. 157 e 158).

O que a doutrina repugna e realmente deve ser evitado é o fato de algum cidadão pretender exercer a posse exclusiva desses bens, o que não é possível, tendo em vista a própria essência da conceituação "uso comum", fato que os caracteriza como de propriedade do Estado.

Filio-me a esta última doutrina, ressalvando que, desde que, mediante a reintegração de posse, o particular não esteja pleiteando a posse exclusiva de um bem de uso comum do povo, é plenamente viável que ele utilize tal proteção possessória.

No caso em exame, a ação de manutenção de posse ajuizada visa proteger a utilização efetiva que o autor alega ter sobre um bem público de uso comum (estrada municipal), que estaria sendo esbulhada por ato de terceiro.

Em conseqüência, o pedido inicial afigura-me juridicamente possível, como bem ressaltado por Humberto Theodoro Júnior:

> a posse sobre bens públicos de uso comum, como estradas e pontes, tanto pode ser defendida em juízo pelo Poder Público como pelos particulares que habitualmente se valem de ditos bens. A legitimidade, na espécie, é tanto para agir isoladamente como em litisconsórcio (*Curso de direito processual civil.* 37. ed. Forense, 2006, p. 132. 3 v.).

A jurisprudência inclina-se para esse entendimento:

> Ainda que público o imóvel, se a disputa possessória que o envolve ocorre entre particulares, o pedido não se afigura juridicamente impossível (TJDF, Apelação Cível nº 20040710054678, Relator Des. Getúlio Moraes Oliveira, 4ª Turma Cível, j. em 09.08.2006, pub. no *DJ* de 19.09.2006, p. 135).

> ... não obstante os bens públicos de uso comum do povo, efetivamente, serem de propriedade do Estado, os indivíduos de um modo geral possuem o poder de usar esses bens, usufruindo suas comodidades. Tais bens, por mais que sejam classificados como 'bens fora do comércio', efetivamente existem e são de uso da comunidade. Ora, uma vez existindo tal uso, este deve ser objeto de proteção possessória. Assim, o fato de serem classificados como bens de uso comum não faz com que os mesmos sejam insuscetíveis de posse. Ao contrário disso, a posse em relação aos bens de uso comum é exercida conjuntamente e ao mesmo tempo por todos os cidadãos que os utilizam (acórdão unânime da Primeira Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná na Apelação Cível nº 231536-2, da Comarca de Colorado, Rel. o então Juiz Francisco Luiz Macedo Júnior, j. em 21.9.2004).

> Pode o particular postular a tutela possessória de bem publico destinado ao uso comum, se teve a posse molestada por terceiro (acórdão unânime da Sétima Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná na Apelação Cível nº 84536-5, da Comarca de Colorado, Rel. o então Juiz Eduardo Fagundes, j. em 11.12.1995).

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso interposto por Jeso Herculano Pedrosa para cassar a sentença e determinar que ação tenha prosseguimento regular.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Wagner Wilson* e *Bitencourt Marcondes*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO FISCAL - DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA - INFRAÇÃO À LEI - DÉBITO TRIBUTÁRIO - INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA - SÓCIOS-GERENTES - DIRETORES - REPRESENTANTES DA EMPRESA - CO-RESPONSÁVEIS – SÓCIOS COOBRIGADOS - INCLUSÃO NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO - ART. 135, III, DO CTN - APLICABILIDADE

Ementa: Agravo de instrumento. Execução fiscal. Direcionamento aos sócios coobrigados. Art. 135, inciso III, do CTN. Aplicabilidade

- O art. 135, III, do CTN estatui que o gerente, diretor ou representante da sociedade responderá pessoalmente por atos praticados com excesso de poderes ou resultantes de infração da lei, do contrato social ou do estatuto.

- A ausência de sede da empresa e a mudança de suas atividades, assim como o fato de não se encontrar qualquer ativo em nome da empresa capaz de satisfazer a legítima pretensão da agravante, fazem presumir fraude, dissolução irregular, devendo o patrimônio pessoal dos sócios-gerentes, diretores ou representantes da empresa saldar eventuais débitos fiscais.

AGRAVO N° 1.0596.02.000270-2/001 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Agravante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Agravada: Minaspar Parafusos Ltda. - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2007. - *Roney Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Roney Oliveira - Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, contra decisão do Juiz *a quo* que, na execução fiscal por ela proposta em face da empresa Minaspar Parafusos Ltda., determinou a exclusão da lide dos executados Salvador Miranda Neto e Sidney Miranda e a indicação pela exeqüente, ora agravante, de bens da executada passíveis de penhora, em dez dias, sob pena de suspensão do processo.

Sustenta a agravante haver necessidade de responsabilização dos sócios coobrigados, por existirem fortes indícios de que a empresa executada se dissolveu irregularmente.

Aduz, ainda, que a decisão proferida pelo Magistrado *a quo* infringiu o disposto nos arts. 134, 135 e 204 do Código Tributário Nacional e no art. 3º da Lei de Execução Fiscal.

Pleiteou a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o seu provimento, a fim de que fosse desconstituída a decisão agravada, com o conseqüente prosseguimento da execução fiscal contra os sócios coobrigados.

Decisão agravada às f. 86/87.

O efeito suspensivo foi negado por este Relator às f. 92/93.

Informações prestadas pelo Magistrado de primeira instância às f. 99.

Deixei de determinar a intimação da agravada por não ter sido ela localizada nas diversas tentativas de citações realizadas no executivo fiscal.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Afigura-se possível o direcionamento da execução fiscal contra os sócios coobrigados, indicados na certidão de dívida ativa, visto dispor o art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional que serão responsabilizados os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Reiteradamente vêm decidindo os tribunais no sentido de que, ocorrendo o desaparecimento da sociedade sem regular liquidação, conforme determina a lei, respondem as pessoas nomeadas no art. 135, inciso III, do CTN pelos débitos fiscais, em face da inexistência de patrimônio da sociedade.

Tributário e processual civil - ICMS - Execução fiscal - Redirecionamento - Sócios de sociedade por quotas - Responsabilidade societária - Art. 135, III, CTN. - I. A responsabilidade tributária prevista no art. 135, III, DO CTN, imposta ao sócio-gerente, ao administrador ou ao dire-

> tor de empresa comercial, só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova a prática de atos de abuso de gestão ou de violação da lei ou do contrato (...) (STJ, 2ª Turma, REsp nº 121.021-PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. em 15.08.2000, *DJ* de 11.09.2000, p. 235).

Embora exija o art. 135 do CTN a prática de atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos, tem-se entendido que é dos sócios-gerentes de sociedade limitada a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações societárias. Se descumpridas tais obrigações, caracterizadas estariam a infração à lei e a responsabilidade tributária dos sócios.

No caso em tela, restou demonstrado que a empresa executada não mais existe no local e que há um débito regularmente inscrito na dívida ativa, conforme CDA acostada à f. 11, figurando como sócios e coobrigados o Sr. Salvador Miranda Neto e o Sr. Sidney Miranda.

Em assim sendo, os sócios cujos nomes estão expressos da CDA são, em tese e em princípio, co-responsáveis pelo cumprimento das obrigações legais da empresa, dentre elas o pagamento dos tributos, pelo que pertinente sua inclusão no pólo passivo da execução proposta contra a sociedade, devendo eventuais defesas ser, ulteriormente, alegadas na via própria dos embargos do devedor.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> Sociedade por quotas de responsabilidade limitada - Execução fiscal - Figuras do devedor e do responsável tributário.
> - 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.
> - Não se aplica à sociedade por quotas de responsabilidade limitada o art. 134 do Código Tributário Nacional; incide sobre ela o art. 135, itens I e III, do mencionado diploma legal, se o crédito tributário resulta de ato emanado de diretor, gerente ou outro sócio, praticado com excesso de poder ou infração da lei, do contrato social ou do estatuto.
> - Constitui infração da lei e do contrato, com a conseqüente responsabilidade fiscal do sócio-gerente, o desaparecimento da sociedade sem sua prévia dissolução legal e sem o pagamento das dívidas tributárias (STF, 1ª Turma, RE nº 96.607-RJ, Relator o Ministro Soares Muñoz, j. em 27.04.1982, *DJ* de 21.05.1982, p. 4.873).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para determinar o prosseguimento do executivo fiscal contra os sócios coobrigados Sr. Salvador Miranda Neto e o Sr. Sidney Miranda, que deverão ser novamente citados para todos os termos da inicial.

Custas, pela agravada.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Edgard Penna Amorim - Senhor Presidente. Acompanho o eminente Relator, no caso concreto, ressalvado, porém, meu entendimento pessoal a respeito da matéria nele ventilada.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

FALÊNCIA - CRÉDITO DE NATUREZA SALARIAL - COMPENSAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 1.015, III, DO CÓDIGO CIVIL/1916 - ART. 649, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ementa: Ação de falência. Crédito de natureza salarial. Compensação. Impossibilidade.

- Considerando que as verbas rescisórias oriundas da ação trabalhista têm natureza salarial, que o artigo 1.015, III, do Código Civil de 1916, aplicável à espécie, veda a compensação de dívidas quando uma delas não for suscetível de penhora e que o artigo 649, IV, do CPC, determina

que os salários são absolutamente impenhoráveis, o pedido alternativo de declaração de impossibilidade de compensação de créditos na falência deve ser acolhido.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.04.413408-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Massa Falida do Banco do Progresso S.A. representada pelo síndico - Apelado: Edson Prado de Oliveira - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2007. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Eduardo Andrade - Trata-se de ação ordinária ajuizada por Edson Prado de Oliveira em face da Massa Falida de Banco do Progresso S.A., objetivando a declaração de inexistência do débito oriundo do contrato de abertura de crédito em conta corrente, que se encontra totalmente abarcado pelo fenômeno da prescrição e que, portanto, não pode ser exigido. Requer, alternativamente, que a dívida não seja compensada com o seu crédito trabalhista na ação de falência da instituição bancária.

Adoto o relatório da sentença de origem, acrescentando-lhe que o ilustre Juiz *a quo* julgou procedente o pedido alternativo, para declarar a prescrição da pretensão relativa à cobrança, pela Massa Falida do Banco do Progresso S.A., do saldo devedor do contrato de abertura de crédito em conta corrente, restando inexigível o correspondente crédito (f. 100/104).

Inconformada, a apelante interpôs o presente recurso, pretendendo a reforma do *decisum*, para que seja afastada a prescrição da pretensão relativa à cobrança do débito e para que seja autorizada a compensação de créditos entre a Massa Falida do Banco do Progresso S.A. e o apelado (f. 105/118).

Regularmente intimado, o apelado apresentou contra-razões, pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 120/121).

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, o ilustre representante do Ministério Público Dr. Vítor Henriques opinou pelo provimento do recurso, a fim de se julgar improcedente o pedido (f. 143/145).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Infere-se dos autos que Edson Prado de Oliveira propôs ação trabalhista contra o Banco do Progresso S.A. em 1995, que tramitou perante a 75ª Vara do Trabalho da Comarca de São Paulo/SP, cujo pedido foi julgado procedente, com sentença transitada em julgado em 06.06.97, tornando-se credor da quantia de R$35.707,37 (trinta e cinco mil setecentos e setenta e sete reais e trinta e sete centavos).

Decretada a falência do Banco do Progresso S.A. em 20.10.99, o crédito do apelado, no valor de R$35.707,37 (trinta e mil setecentos e sete reais e trinta e sete centavos), foi habilitado em agosto de 2002, tendo sido o mesmo classificado como de privilégio especial, com base no art. 102 do Decreto-lei 7.661/45.

Ocorre que o Síndico requereu a compensação daquele crédito com um débito que o apelado possui com a Massa Falida do Banco do Progresso S.A., no valor de R$31.869,84 (trinta e um mil oitocentos e sessenta e nove reais e oitenta e quatro centavos), oriundo de contrato de abertura de crédito em conta corrente firmado entre as partes em 10.05.93 (f. 40).

Diante desse impasse, o douto Juiz *a quo*, na ação de falência do Banco do Progresso S.A., remeteu as partes às vias ordinárias para acertamento do débito e crédito, determinando o bloqueio do respectivo depósito.

Ato contínuo, o apelado ajuizou a presente ação ordinária em face da Massa Falida do Banco do Progresso S.A., objetivando a declaração de inexistência do débito oriundo do con-

trato de abertura de crédito em conta corrente, que se encontra totalmente abarcado pelo fenômeno da prescrição e que, portanto, não pode ser exigido. Requer, alternativamente, que a dívida não seja compensada com o seu crédito trabalhista na ação de falência da instituição bancária.

De início, cumpre ressaltar que a prescrição é a perda da pretensão em virtude da inércia do seu titular no prazo fixado em lei (art. 189 do Código Civil de 2002). Assim, deixando o lesado pelo descumprimento do direito subjetivo de agir no período legal, invocando a tutela jurisdicional do Estado para a proteção do seu crédito, extingue-se a sua pretensão de exigibilidade quanto a esse direito. No entanto, a obrigação continua existindo e pode ser, inclusive, objeto de retenção pelo credor em caso de pagamento espontâneo.

Nesse sentido, cumpre transcrever trecho da v. sentença recorrida:

> Nada obstante, a prescrição - inerente à pretensão, e não ao direito - não constitui causa extintiva das obrigações, seja de acordo com o Código Civil de 1916 (arts. 930 a 1.055), seja de acordo com o Código Civil de 2002 (arts. 304 a 388), uma vez que o respectivo crédito pode ser oposto em eventual defesa a ser articulada pelo credor cujo direito de ação restou mitigado. Nesse aspecto, se o laudo pericial contábil, cujas conclusões não foram impugnadas, aponta ser o autor devedor da Massa Falida na importância de R$104.108,85 (cento e quatro mil, cento e oito reais e oitenta e cinco centavos), apurada até 1º de agosto de 2005, não se pode declarar a pretendida inexistência de débito.
> Dessarte, pelos fundamentos em que ajuizado, somente o pedido alternativo pretendido pelo autor merece acolhida.

Não obstante a fundamentação correta do douto Juiz *a quo*, a conclusão foi contraditória no sentido de declarar a prescrição da pretensão relativa à cobrança, pela Massa Falida do Banco do Progresso S.A., do saldo devedor do contrato de abertura de crédito em conta corrente, e a inexigibilidade do correspondente crédito.

Caso é, portanto, de prover o pedido alternativo feito pelo apelado, conforme restou claro no fundamento da sentença, declarando-se a impossibilidade de compensação do débito do apelado de R$104.108,85 (cento e quatro mil, cento e oito reais e oitenta e cinco centavos) com o crédito habilitado na Massa Falida de R$35.707,37 (trinta e mil setecentos e sete reais e trinta e sete centavos).

Isso porque, como visto, o crédito do apelado, devidamente habilitado na falência, é oriundo de verbas rescisórias de contrato de trabalho, com natureza salarial, e o artigo 1.015, III, do Código Civil de 1916, aplicável à espécie, veda expressamente a compensação de dívidas se uma delas não for suscetível de penhora, *in verbis*:

> Art. 1.015. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto:
> III - se uma for de coisa não suscetível de penhora.

Assim, considerando que as verbas rescisórias oriundas da ação trabalhista têm natureza salarial, que o art. 1.015, III, do Código Civil de 1916, aplicável à espécie, veda a compensação de dívidas quando uma delas for não suscetível de penhora e que o art. 649, IV, do CPC determina que os salários são absolutamente impenhoráveis, o pedido alternativo feito pelo apelado deve ser acolhido.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido de inexigibilidade do débito oriundo do contrato de abertura de crédito em conta corrente e para julgar procedente o pedido alternativo, declarando-se a impossibilidade de compensação do débito do apelado de R$104.108,85 (cento e quatro mil, cento e oito reais e oitenta e cinco centavos) com o crédito habilitado na Massa Falida de R$35.707,37 (trinta e mil setecentos e sete reais e trinta e sete centavos).

Mantenho os ônus sucumbenciais.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Geraldo Augusto* e *Vanessa Verdolim Hudson Andrade*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

BUSCA E APREENSÃO - FINANCIAMENTO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA -ENCARGOS - REVISÃO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICAÇÃO - AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO - GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - MAIOR TAXA DE MERCADO - ESTIPULAÇÃO EXPRESSA DO ÍNDICE - LIMITE - AUSÊNCIA - CONDIÇÃO POTESTATIVA - MANUTENÇÃO - PROIBIÇÃO - JUROS COMPOSTOS - CRÉDITO - EXACERBAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

Ementa: Busca e apreensão. Contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação. Revisão de encargos. Comissão de permanência. Cumulação com juros e correção monetária. Vedação. Capitalização de juros. Impossibilidade. Restituição simples dos valores cobrados.

- O fato de o devedor se encontrar em mora não lhe retira o direito de proceder à revisão de encargo estipulado no contrato de alienação fiduciária, pois lhe é assegurada a mais ampla defesa e o contraditório pela Constituição, não havendo falar em limitação da matéria a ser abordada em contestação.

- Incabível a estipulação da cobrança de comissão de permanência à maior taxa de mercado, sem estipulação expressa do índice a ser aplicado e sem previsão de qualquer limite, sendo típica condição potestativa, que não pode ser mantida.

- Mostra-se indevida a capitalização de juros, que significa a contagem de juros sobre juros, gerando um acréscimo exacerbado no valor do crédito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.05.223402-1/003 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: José Maria da Costa - Apelado: Banco ABN AMRO Real S.A. - Relator: Des. DUARTE DE PAULA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, PARA ANULAR A SENTENÇA E JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL.

Belo Horizonte, 7 de março de 2007. - *Duarte de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Duarte de Paula - Inconformado com a r. sentença que julgou procedente o pedido feito na ação de busca e apreensão movida por Banco ABN AMRO Real S.A., tornando subsistente a liminar concedida, para consolidar nas mãos do autor a propriedade e posse exclusiva sobre o bem alienado fiduciariamente, insurge-se o requerido, José Maria da Costa, mediante o recurso de apelação de f. 128/149.

Requer, em preliminar, a apreciação do agravo em apenso, que fora convertido por este egrégio Tribunal em agravo retido.

Conheço do recurso de agravo retido e do recurso de apelação, presentes os pressupostos de admissibilidade de ambos.

Do agravo retido.

No que tange à análise do agravo retido, tem-se que aduz o agravante, em preliminar, a nulidade da decisão por cerceamento de defesa e por falta de fundamentação, já que a decisão agravada não teria delineado os motivos do indeferimento das provas requeridas, não tendo sequer se pronunciado acerca da inversão do *onus probandi*.

No mérito, insurge-se contra o indeferimento da liminar para a exclusão de seu nome do cadastro de inadimplentes, afirmando a existência do perigo da demora, por não poder esperar o julgamento da lide, já que necessita de crédito, por ser aposentado por invalidez e mensalmente precisar adquirir medicamentos.

Pretende, ainda, o agravante a expedição de ofício para a 7ª Delegacia de Polícia de Juiz de Fora para obter informações acerca do paradeiro do veículo apreendido, pois, após o cumprimento do mandado de busca e apreensão pelo Oficial de Justiça em Santos Dumont, recebeu notificação para providenciar a liberação e a retirada do veículo que estaria depositado naquela delegacia por mais de noventa dias.

Por fim, alega o agravante ter o Julgador ignorado a possibilidade de discussão na contestação dos abusos e irregularidades verificados no contrato.

No tocante ao alegado cerceamento de defesa, tem-se que o indeferimento das provas requeridas na contestação se fundamenta no poder subjetivo e discricionário do juiz, decidindo o julgador de acordo com as razões de seu convencimento, cabendo-lhe, como destinatário da prova, determinar e escolher as provas necessárias à instrução processual, como bem ensina o art. 130, CPC, podendo inclusive dispensar as diligências que se lhe afigurarem protelatórias ou mesmo desnecessárias.

No caso dos autos, entendeu o MM. Juiz *a quo* ser suficiente a produção de prova documental para o deslinde da questão, não admitindo a elaboração das demais provas requeridas, dentre elas a testemunhal e pericial, procedendo ao julgamento antecipado da lide.

Conquanto possível a realização das provas solicitadas na ação de busca e apreensão, derivada de alienação fiduciária, por estar o princípio da ampla defesa em harmonia com as implicações processuais de tais espécies de demanda, não é sua realização obrigatória, até porque não é apenas através de prova técnica pericial que se pode chegar à comprovação da cobrança abusiva de encargos, pois o próprio requerente pode apresentar seus próprios demonstrativos nos termos do que entende devido, não podendo, ademais, olvidar-se que a matéria debatida nos autos se refere especialmente à legalidade das cláusulas contratuais, sendo o contrato em decorrência a prova essencial para a apuração de excesso, pois é nele que estão consignados de modo expresso e objetivo as taxas e os encargos previstos e a forma como serão calculados. Assim, dispensável seria a realização de qualquer prova técnica para constatar o contido no contrato e empreender meros cálculos matemáticos para determinar a incidência de multa moratória e juros excessivos, capitalizados e a cumulação de correção monetária com comissão de permanência.

Nesse esteio, não há falar em cerceamento de defesa patrocinada pelo MM. Juiz *a quo*, não tendo igualmente incorrido em falta de fundamentação a decisão agravada, pois, ao apreciar o litígio, o juiz está obrigado apenas a indicar de forma racional e suficiente o entendimento proclamado, com base no disposto no ordenamento jurídico e no contexto probatório produzido nos autos, sendo pacífico o entendimento no sentido de permitir-lhe a concisão no julgamento.

Nesse sentido, é o entendimento reiterado pelo excelso Supremo Tribunal Federal:

> Somente a sentença não motivada é nula; não a sentença com motivação sucinta ou deficiente. A motivação, que constitui preceito de ordem pública, é que põe a administração da Justiça a coberto da suspeita dos dois piores vícios que possam manchá-la: o arbítrio e a parcialidade (*Revista dos Tribunais* 479/235).

In casu, não há falar em nulidade da r. decisão, tendo em vista que, apesar de em poucas linhas, o Magistrado informou as razões pelas quais indeferia as provas requeridas pelo agravado, entendendo-as desnecessárias para o julgamento do feito.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa e por falta de fundamentação.

Adentrando a análise do indeferimento do pedido de exclusão do nome do agravante dos cadastros negativadores de crédito, tem-se que o simples fato de estar questionando em juízo a incidência de encargos contratuais sobre as prestações avençadas no contrato não implica que necessariamente seja deferida a tutela pretendida, pois, mesmo que se reconheça a necessidade do devedor de obter crédito para a aquisição de medicamentos, enquanto não se apurar de fato a existência ou não de um crédito em seu favor em decorrência dos encargos cobrados, persiste sua condição de inadimplente, motivo pelo qual não há como deferir a exclusão de seu nome dos Serviços de Proteção ao Crédito, sem que sequer se exija a prestação de caução ou ainda de depósito, ao menos, do principal ou da parte incontroversa do débito, a fim de garantir o direito do credor em relação ao contrato.

Tem sido o entendimento de nossos Tribunais Superiores que, estando o débito em discussão judicial, o inadimplemento autoriza, em exercício regular do direito do credor, a inscrição do nome do consumidor nos serviços de proteção ao crédito, se este último não demonstra a intenção de depositar, pelo menos, o principal, desprovido dos encargos apontados como abusivos, ou a parte incontroversa do débito, ou ainda que se digne prestar a devida caução idônea, garantindo-se, assim, tanto o direito do fornecedor dos produtos e serviços, como do consumidor, não havendo constrangimento para a quitação do débito.

Nesse sentido o colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

> Ação revisional de contrato. Serasa. Inscrição. Protesto. Títulos. Antecipação de tutela. Impossibilidade.
> - 1. Segundo precedentes desta Corte, nas causas de revisão de contrato, por abusividade de suas cláusulas, não cabe conceder antecipação de tutela ou medida cautelar para impedir a inscrição do nome do devedor na Serasa nem para impedir protesto de títulos (promissórias), salvo quando, referindo-se a demanda apenas sobre parte do débito, deposite o devedor o valor relativo ao montante incontroverso, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do juiz.
> - 2. Recurso não conhecido (REsp nº 610.063/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* de 31.05.04).

Nesse esteio, não há como deferir ao agravante a exclusão de seu nome dos cadastros negativadores, nem mesmo diante da admissão da discussão dos encargos da dívida na presente ação, pois apenas depois de se proceder ao acertamento do valor discutido é que se poderia falar em afastamento de sua inadimplência, que, nos termos do contrato, persiste.

No que se refere ao pedido de envio de ofício à Delegacia Regional da Polícia Civil de Juiz de Fora, não há igualmente como acolher a pretensão do agravante de reforma da r. decisão atacada, pois não é tal providência essencial ao deslinde da lide, até porque, tendo sido o veículo apreendido e depositado em mãos da procuradora do banco agravado, conforme auto de f. 26, compete a esta última proceder à guarda e à manutenção do bem, prestando, inclusive, contas de seu paradeiro, caso solicitada.

Como quedou inerte o banco em se manifestar acerca do episódio relatado pelo agravante, não verifico motivos para determinar a providência requerida, já que não mais responde pela guarda do bem, que está a cargo do agravado, estando isento de responsabilidade desde a apreensão e depósito do veículo junto ao credor.

Por fim, no que tange à questão da possibilidade de discussão em contestação de matérias relativas aos encargos contratuais cobrados, deixo para proceder a sua análise na apreciação das razões de apelação, por se tratar de questão afeita ao mérito recursal.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo retido, mantendo a decisão agravada em seus ulteriores termos.

Apelação.

Insiste o apelante novamente na preliminar de cerceamento de sua defesa, na medida em que o Julgador de origem não se manifestou sobre o pedido de declaração de nuli-

dade das cláusulas abusivas, não viabilizando a discussão acerca da existência da mora, nem se manifestou sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

No mérito, requer a aplicação ao caso da Lei de Consumo e da inversão do ônus da prova, afirmando ser possível a discussão sobre os encargos contratuais em sede de defesa da ação de busca e apreensão.

Insurge-se contra a cobrança da comissão de permanência, por ter sido calculada em valores excessivos, superiores à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central, e também à própria taxa de juros pactuada no contrato, que também deveria observar. Afirma, ainda, que não pode prevalecer sua estipulação, por estar cumulada com correção monetária e com juros remuneratórios.

Aduz, também, o apelante estar o contrato eivado de nulidade na cláusula oitava, que estipula a capitalização dos juros, que somente poderiam incidir de modo simples sobre o capital inicial.

Rebela-se contra a cobrança de honorários advocatícios pelo apelado, que estaria inserida em outra cláusula contratual nula, em patente abusividade.

Assevera estar descaracterizada a mora, pelo excesso de cobrança realizado, sendo cabível, no presente caso, a restituição em dobro pelos valores indevidamente cobrados, nos termos do parágrafo único do art. 42 do CDC, impondo-se o reconhecimento da nulidade das cláusulas do típico contrato de adesão com a determinação da realização de perícia contábil para apurar qual seu saldo credor e da exclusão de seu nome do cadastro restritivo de inadimplentes.

Trata-se de ação de busca e apreensão em que, após a apreensão do bem, apresentou o devedor contestação, pretendendo a revisão dos encargos contratuais, diante da cobrança de valores excessivos.

Cumpre, inicialmente, asseverar que as matérias relativas ao cerceamento de defesa abordadas pelo apelante desafiam o mérito do recurso e serão, portanto, com ele apreciadas.

Nesse esteio, impõe-se ressaltar que, em virtude do advento da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, restou totalmente espancada eventual dúvida quanto à amplitude das matérias que podem ser objeto da defesa do devedor fiduciário, não havendo mais qualquer restrição, advindo, portanto, daí a possibilidade de discussão das cláusulas do contrato, independentemente de pedido de purga da mora.

Com efeito, a meu ver, não decidiu com o costumeiro acerto o MM. Juiz *a quo*, ao deixar de apreciar a alegada abusividade da cláusula contratual do contrato de alienação fiduciária invocado pelo apelante, pois não há dúvida quanto à possibilidade de levantar-se a discussão pretendida na própria ação de busca e apreensão, convertida em depósito, conforme se pode verificar do entendimento manifestado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, exemplificado pelos seguintes julgados:

> É possível apreciar o contrato e suas cláusulas para afastar eventuais ilegalidades (REsp 324.205/Passarinho, REsp 324.541/Rosado e REsp 591.277/Direito). Além disso, o STJ reconhece a possibilidade de discussão de valores do contrato de alienação fiduciária na ação de busca e apreensão (REsp 329.389/Barros Monteiro e REsp 186.644/Rui Rosado).
>
> Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Limite à defesa oposta pelo devedor fiduciante. Art. 3º, § 2º, do Decreto-lei nº 911, de 1º.10.69. - Na ação de busca e apreensão, não se acha impedido o devedor fiduciante de discutir o montante de seu débito, invocando a contrariedade à lei ou ao contrato. Precedentes. Recurso especial não conhecido (REsp nº 329389/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* de 04.03.02, p. 265).

Sendo assim, diante do pacífico entendimento da possibilidade de declaração de nulidade absoluta de cláusula abusiva que alega o autor ser constante do instrumento contratual, deve-se acolher a revisão do contrato celebrado entre as partes, determinando a adequação

quando houver violação à lei de proteção ao consumidor, mesmo em sede de ação de busca e apreensão.

Isso porque é tranqüilo o entendimento de nossos tribunais no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações bancárias, devido à caracterização do banco como fornecedor e do contratante como consumidor, como resta consignado na Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça, que veio para espancar as dúvidas ainda existentes sobre a matéria, sendo expressa no sentido de que "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Com efeito, não há mais como o banco réu se esquivar das obrigações impostas pela Lei Consumerista, que veio exatamente para evitar condutas abusivas e desleais, como a cobrança excessiva de encargos, estando totalmente superado o entendimento de que seriam isentas as instituições financeiras da observância e aplicação do diploma consumerista.

Dessarte, tendo em vista o efeito devolutivo do recurso, que devolve ao Tribunal o conhecimento das questões suscitadas e discutidas no processo, mesmo que não tenham sido julgadas por inteiro, e ainda considerando o disposto no art. 515, § 3º, CPC, que permite a apreciação pelo Tribunal das questões que estiverem em condições de imediato julgamento, passo a apreciar as cláusulas contratuais que versam sobre os encargos contratuais, apesar de não ter o ilustre Juiz *a quo* declinado em analisá-las.

Nesse tocante, cumpre já aqui assinalar que, por mais que pretenda o banco apelado a prevalência do contrato avençado, evidentes são as tendências no sentido de limitar a eficácia do princípio da obrigatoriedade das convenções, principalmente em se tratando de contrato de adesão, como o dos autos, permitindo-se a apreciação de todo o seu conteúdo pelo Poder Judiciário, sendo possível modificar-lhe suas cláusulas (art. 6º, inciso V, CPC), bem como substituir as cláusulas abusivas (art. 51 do CDC), quando requerido pelo consumidor, desde que apure o Julgador evidência de alguma desproporção entre as obrigações dos contratantes, o que afasta a perfeição do ato jurídico, possibilitando sua revisão.

Adentrando, assim, a análise da cláusula 8ª, constante das condições gerais do contrato de f. 07 dos autos, contra a qual se insurge o apelante, tem-se que foi expressamente estipulada para o caso de atraso no pagamento das obrigações a incidência de comissão de permanência, calculada à taxa de mercado do dia do pagamento, juros moratórios à taxa de 12% ao ano, multa moratória de 2% sobre a totalidade do débito apurado, compreendendo principal e encargos.

Embora não se possa olvidar que a cobrança de comissão de permanência seja autorizada pela Resolução nº 1.129/86 do Banco Central do Brasil, a verdade é que, a meu ver, a previsão contratual de cobrança de comissão de permanência cumulada com correção monetária, multa moratória e juros é típica condição potestativa, assistindo razão ao apelante em seu inconformismo.

Isso porque a comissão de permanência tem a finalidade de remunerar o capital e atualizar o seu valor em caso de inadimplência por parte do devedor. Então, não se mostra possível a sua cumulação com juros moratórios, multa ou com correção monetária, sob pena de se ter a cobrança de mais de um encargo para atingir o mesmo objetivo de equilibrar os valores das prestações contratuais, prejudicando o necessário equilíbrio econômico-financeiro estabelecido entre as partes.

Nesse sentido, a jurisprudência unânime do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Execução. Multa. Comissão de permanência. Cumulação. - São inacumuláveis a multa, a comissão de permanência e outros encargos. Recurso conhecido e provido (REsp nº 200.252/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* de 24.05.99).
>
> Contrato de mútuo. Instituições financeiras. Comissão de permanência. Possibilidade de sua cobrança após o vencimento da dívida, até o seu efetivo pagamento. Não-cumulação

com correção monetária, juros remuneratórios e multa moratória.
- A comissão de permanência pode ser cobrada, após o vencimento do contrato desde que não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e multa contratual.
- Havendo cumulação, tais encargos devem ser afastados para que se mantenha tão-somente a incidência da comissão de permanência (AgRg nº REsp 511475/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 03.05.04).

Contrato de abertura de crédito. Comissão de permanência. - É defesa a cumulação da comissão de permanência com os encargos de multa e de juros moratórios (AgRg no AG nº 356894/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* de 11.06.01).

Lado outro, não se pode olvidar que a Súmula 294 do colendo Superior Tribunal de Justiça somente considera legal a "cláusula que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato", donde se conclui que a cobrança da comissão de permanência calculada livremente à taxa de mercado do dia, como na hipótese, por si só, reputa-se abusiva, devido à dificuldade de conhecimento pelo devedor do real valor do encargo cobrado a tal título.

Sendo assim, deve a comissão de permanência ser substituída pela correção monetária (INPC), índice capaz de atualizar o débito sem remunerá-lo, nos termos da Tabela da Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, merecendo acolhida o recurso de apelação nesse tocante.

No que toca à capitalização de juros, contra a qual também se insurge o apelante, é mister que se fixe, inicialmente, uma conceituação de tal instituto, até porque várias das decisões judiciais proferidas a esse respeito muitas vezes ignoram a sua verdadeira identidade.

A capitalização de juros, também conhecida na linguagem técnica como anatocismo, em linhas gerais significa a contagem de juros sobre juros, isto é, a incorporação ao principal dos juros remuneratórios incidentes sobre o total do débito contratado, gerando um acréscimo exacerbado no valor do crédito, uma vez que sobre o montante passa a incidir nova remuneração global do capital, pelo que se mostra indevida, nos termos da Súmula nº 121 do excelso Supremo Tribunal Federal: "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada".

É evidente, portanto, a impossibilidade da aplicação da capitalização em contratos de adesão, como os bancários, mesmo após a edição da Medida Provisória ou mesmo pela Resolução 1.604 do Bacen, pois tais diplomas exigem a pactuação expressa para permitir a capitalização, o que não ocorreu no presente caso, pois não se pode constatar cláusula expressa no contrato, permitindo a cobrança capitalizada de juros que na prática foi inserida na dívida do apelante ao se calcular o valor anual dos juros a serem pagos, visto que se verifica do contrato de f. 07 que o campo relativo à taxa efetiva de juros mês de 3,249%, se multiplicada pelos meses do ano, não equivale à taxa efetiva de juros anual de 46,78%.

Nesse contexto, nenhuma forma de capitalização se mostra devida, impondo-se também a sua exclusão.

Verifica-se ainda que, além dos encargos da inadimplência, previa o contrato de f. 07 a cobrança pelo banco credor das despesas processuais e honorários, caso recorresse às vias judiciais, insurgindo-se o apelante também contra tal cláusula.

Igualmente lhe cabe razão em seu inconformismo, pois somente o Magistrado pode fixar os honorários advocatícios, devendo ser excluídos do recálculo das parcelas em atraso, caso hajam sido cobrados pelo banco réu.

Com efeito, tendo em vista o acolhimento do recurso do apelante para proceder à reforma da r. sentença no tocante à analise dos encargos contratuais, determinando-se sua adequação aos limites legais, cumpre analisar a questão da mora, cujo afastamento busca o apelante, em razão da incerteza sobre a dívida.

Nesse esteio, igualmente assiste razão ao devedor, pois, para que se afirme a persis-

tência do débito e em conseqüência a mora no pagamento, faz-se necessário o recálculo da dívida à luz do que determina a r. sentença, para que somente depois, diante da constatação de saldo insuficiente para a quitação da dívida, se possa afirmar a existência da mora.

Assim, diante da dúvida quanto à existência de débito ou crédito entre as partes, cumpre ao banco manter o veículo alienado em sua guarda enquanto pendente a discussão, pois, antes da realização do acertamento da dívida, com seu recálculo nos termos aqui estabelecidos, não há falar em certeza da mora, que, caso venha a ser afastada, deverá ensejar a devolução do veículo ao autor, destituindo-se o réu de sua posse e extinguindo-se a busca e apreensão.

Com efeito, realizada a perícia para o acertamento dos valores, apurada a existência do saldo remanescente a ser devolvido ao autor, entendo, todavia, que a restituição desses valores não deve ser feita em dobro, como pretende o apelante, pois o parágrafo único do art. 42 do Código do Consumidor dispõe que o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipóteses de engano justificável.

Considera-se que o engano é justificável quando revela a boa-fé do credor ao efetuar a cobrança, afastando a configuração do dolo ou da culpa em sua ação.

Trata-se, portanto, a meu ver, a presente hipótese de engano justificável, visto que o banco efetuou a cobrança dos encargos a maior embasado no contrato de financiamento que acreditou ser legal e que lhe dá respaldo para indicar a forma como foram efetuados seus cálculos, não havendo, portanto, motivo para condená-lo à devolução em dobro diante da ausência de conduta dolosa de sua parte.

No que toca aos ônus da sucumbência, por haver a autora sucumbido em parte mínima do pedido, deixo de condená-la ao pagamento de custas e honorários advocatícios, nos termos do parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, para anular a r. sentença, que não apreciou a matéria argüida em defesa e, nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgar parcialmente procedente o pedido inicial, a fim de reconhecer as nulidades das cláusulas abusivas apontadas, determinando que se proceda a um novo cálculo das parcelas da dívida do autor, substituindo-se a comissão de permanência, incluída no cálculo da dívida da inicial da busca e apreensão pela correção monetária pelos índices do INPC, conforme a Tabela de Corregedoria de Justiça de Minas Gerais, vedando-se a capitalização de juros e excluindo-se, ainda, honorários advocatícios inseridos no cálculo da dívida, restituindo-se ao autor, de forma simples, os valores pagos a maior, corrigidos a partir do efetivo desembolso e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação. Deixo, entretanto, de deferir a exclusão do nome do apelante dos registros cadastrais negativadores, apesar de reconhecer a necessidade de adequação dos encargos determinada no presente julgado, visto que demanda um acertamento posterior do valor devido ou a ser restituído, não tendo havido manifestação sequer de caucionar o pedido ou depositar o que entende incontroverso.

Em decorrência do acolhimento do recurso, reconheço a existência de sucumbência mínima do autor, condenando o réu a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor pago a maior que vier a ser apurado no cumprimento desta decisão.

Custas recursais, pelo apelado.

A Sr.ª Des.ª Selma Marques - Cuida-se de recurso interposto contra a sentença, que, nos autos da ação de busca e apreensão proposta pelo recorrido contra o recorrente, julgou procedente.

Inconformado, interpôs apelação o réu, argüindo em sede preliminar a apreciação do agravo retido, a nulidade da decisão por cerceamento de defesa. No mérito, sustentou a possibilidade de discussão do contrato como matéria de defesa e aduziu que a mora se deu em razão da cobrança excessiva por parte do banco apelado. Suplica pela aplicação do Código de Defesa do Consumi-

dor ao contrato e que seja extirpada a cobrança da comissão de permanência, porquanto potestativa. Ainda requereu a exclusão da capitalização de juros, bem como a declaração de nulidade da cláusula nona, que prevê a cobrança de honorários advocatícios.

Acompanho integralmente o em. Desembargador, para também rejeitar o agravo retido e anular a sentença, porquanto ausente a análise de matéria argüida pelo réu.

No entanto, no tocante ao julgamento proferido pelo em. Relator, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, faz-se mister ressaltar meu entendimento.

Ab initio cumpre-me salientar que, a meu ver, o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável ao caso dos autos.

Em se tratando de negócio jurídico celebrado entre as partes de caráter eminentemente financeiro, no qual buscou o recorrente junto ao recorrido a obtenção de crédito, não se vislumbra naquele a figura do consumidor final nos termos do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, não sendo possível falar em relação de consumo, sendo inaplicáveis, portanto, as regras nele contidas.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Concordata preventiva. Competência jurisdicional. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula contratual. Foro de eleição.
> - A alienação fiduciária é negócio jurídico que confere ao credor fiduciário a propriedade resolúvel e a posse indireta do bem móvel alienado, independentemente da tradição, ficando o devedor fiduciante com a posse direta.
> - Pedindo o credor concordata preventiva no curso da busca e apreensão, esta ação deve prosseguir no juízo em que foi proposta, inexistindo o invocado juízo universal da concordata.
> - Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos pactos de alienação fiduciária, pois, além de não envolver consumidor final e, portanto, relação de consumo, as empresas que o firmam têm capacidade de compreender a extensão e o conteúdo das cláusulas contratuais que livremente pactuaram, sendo lícita a observância de foro previamente acordado entre os contratantes (TAMG - Agravo de Instrumento nº 237.963-3 - 3ª Câmara Cível - Rel. Juiz Wander Marotta - j. em 25.06.97).
> Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Decreto-lei 911/69. Transformação em depósito. Discussão. Validade de cláusula contratual. Impossibilidade.
> - É admissível pelo nosso Direito a conversão do pedido de busca e apreensão - nos mesmos autos - em ação de depósito, se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor.
> - Ao contrato de alienação fiduciária, em regra, são inaplicáveis as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, visto não configurada, no caso, a relação de consumo.
> - A ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente não comporta discussão acerca de validade de cláusulas contratuais, onerosidade ou potestatividade das cláusulas do contrato. Lícito é ao fiduciante deduzir qualquer dessas questões em ação própria (Apelação Cível nº 279.916-4 - 1ª Câmara Cível – Relator o Juiz Gouvêa Rios, e Revisora e Vogal, respectivamente, os Juízes Vanessa Verdolim Andrade e Alvim Soares).

Portanto, afastada a incidência das regras apontadas pelo devedor apelante, consistentes nos arts. 6º, V, 39, V, 51 do CDC. Aplica-se, aqui, o princípio *pacta sunt servanda*, um dos pilares do direito obrigacional, que, embora mitigado em seu rigor inicial, se encontra ainda em pleno vigor e constitui o alicerce sobre o qual se ergue o princípio da segurança das relações jurídicas.

Nesse passo, cumpre-me observar, ainda que inaplicáveis à espécie os dispositivos da Lei nº 8.078/90, que a revisão de cláusula contratual em casos deste jaez tem sido admitida, no intuito de afastar eventual cláusula abusiva ou irregular, norteando-se o magistrado pelo princípio da função social do contrato, por aplicação da Lei Substantiva, pois é nesse sentido o teor dos arts. 115 do antigo Código Civil e 122 do atual Código de 2002. Hoje o ordenamento jurídico admite a revisão dos contratos em face de sua função social, ou do dirigismo contratual, que é a intervenção estatal na economia e no negócio jurídico contratual, ao entendimento de que, caso se deixasse o contratante estipular livremente o contrato, ajustando qualquer cláusula, sem que o magistrado pudesse interferir,

a ordem jurídica não estaria assegurando a igualdade econômica.

Feitas tais considerações, acompanho o Relator para também extirpar a cobrança da taxa de comissão de permanência, já que potestativa, sendo, pois, nula a cláusula 8ª nesta parte (f. 7/7-v.).

Ainda, insta aduzir que, no tocante à capitalização de juros, esta não restou comprovada; porém, ante a ausência de oportunidade para averiguar se ocorreu ou não a sobredita capitalização, neste caso específico, acompanho o Relator para que, quando do cálculo do débito, sejam os juros calculados pela forma simples.

O Sr. Des. Fernando Caldeira Brant - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PARA ANULAREM A SENTENÇA E JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL.

-:::-

ALIMENTOS - AÇÃO REVISIONAL - PROVA - CONJUNTO FÁTICO DO CENÁRIO - RAZÕES DO AUTOR - NÃO-CONVENCIMENTO

Ementa: Ação revisional de alimentos. Prova que não convence, em razão da realidade e da natureza do cenário, deve ser recebida com muita reserva.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.04.256741-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) J.L.B.S., 2º) A.B.B.S., representado p/ mãe C.R.B.F.S. - Apelados: J.L.B.S. e A.B.B.S. - Relator: Des. FRANCISCO FIGUEIREDO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 6 de fevereiro de 2007. - *Francisco Figueiredo* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Francisco Figueiredo - Conheço das apelações por próprias e regulamente processadas.

In casu, uma ação revisional de alimentos, estribada na seguinte ordem cronológica:

1º) Nos idos de 1996, o casal separou-se, em conversão de separação contenciosa em consensual, ficando definido que o alimentante pagaria de pensão à filha menor cinco salários mínimos vigentes, mais plano de saúde exclusivamente para ela. Fixou-se prazo para a separanda e a filha se demitirem da posse do imóvel do varão.

2º) Em início de 2004, o alimentante propõe contra sua filha a redução da pensão, por via de ação revisional, para dois salários mínimos, alegando uma série de infortúnios financeiros, visto que sua renda mensal varia entre R$ 1.700,00 (mil e setecentos reais) a R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), pedindo, inclusive, assistência judiciária.

3º) A sentença fixa, então, a pensão em três e meio salários mínimos mensais, considerando a renda mensal do convênio com a Unimed e outros convênios, assim como aluguel etc.

4º) Os recursos de parte a parte ocorrem. O alimentante - f. 209/214 - insiste nos dois salários mínimos, e a mãe da alimentada - f. 226/233 -, pela manutenção da pensão nos cinco salários mínimos, conforme decidido na separação do casal.

Tudo bem visto e examinado, passo a decidir com o enfoque estribado nos seguintes argumentos, partindo do pressuposto de que, em Direito, o que nos interessa é a prova. Entretanto, dentro do Direito de Família, sabemos todos, o assunto aborda, basicamente, questões de fato.

Além das provas normalmente carreadas, compete ao juiz verificar se houve sobra ou ausência de prova a serem dimensionadas no conjunto fático do cenário.

Por isso, as informações verbais e documentais devem mais do que nunca convencer. Devem provar, sem deixar margem de dúvida, que se está falando da essência por inteiro, senão, *data venia*, o convencimento não se fez por inteiro e torna-se contraproducente.

Vejamos:

O alimentante paga cinco salários mínimos e quer passar a pagar dois salários mínimos de pensão. Logo, menos da metade do que assumiu como obrigação na separação. Naquela época, como na atual, não se discute que a obrigação de pensionar seja dos pais, e não somente de um. Tanto isso é verdade que a varoa, mãe da alimentada, assinou o termo de demitir-se (em pouquíssimos meses) do apartamento de propriedade do varão, seu ex-marido e pai da menor. Se o varão diz estar apertado financeiramente, indago se não teria sido um bom acordo ter deixado sua filha morar em seu imóvel (com a mãe dela) e a pensão ter sido menor. O fato é que, na realidade, isso não aconteceu, e, assim sendo, o varão ofereceu os cinco salários mínimos de pensão.

Ora, a proposição revisional para menos da metade do valor está estribada no fato de que o autor, a par de outros convênios além da Unimed, conforme seu depoimento pessoal, "não teve condições de manter a quota do Hospital Belo Horizonte e ficou somente com a do Semper".

Diante do apreciável patrimônio que o réu possui (e mantendo-o, a despeito de tão "insignificante renda mensal"), chego à conclusão de a venda da quota do Hospital Belo Horizonte (ou sua não-mantença) poderia ter sido efetuada, e não o foi (assim tenho o direito de pensar), por exclusiva conveniência profissional do varão.

O Hospital Belo Horizonte é uma respeitável instituição, mas situado na zona norte de Belo Horizonte.

Não tem a mesma situação estratégica do Hospital Semper, também dos melhores da Capital, situado na zona Centro-Sul de Belo Horizonte. A faixa de nível social e econômico é outra. Se o autor deixasse o Semper para ficar com o outro, estaria mais convencido das suas ponderações exordiais, mas o contrário, como aconteceu, entendo que o autor fez boa opção estratégica de mercado, ao escolher o Hospital Semper. Se fosse médico, teria feito o mesmo.

O autor - f. 167 - é médico ginecologista e obstetra, conforme relação fornecida pela Unimed. Para espancar qualquer dúvida, fui conferir no Guia Médico da Unimed - 2005 (livro de cabeceira de todo conveniado), e, realmente, ele está lotado na entidade, com consultório (além do Semper) na Avenida Francisco Sales - Funcionários, embora diga - f. 119 - "que não tem atendimento particular".

5º) Se o autor mora com os pais e auxilia-os com a importância mensal de R$ 500,00 (quinhentos reais), questiona-se: por que não tem clínica particular, tendo consultório em ponto médico nobre? Por que suas propriedades não produzem nada (após a data da separação), nem estão arrendadas?

Como sustentar tudo isso sem vender, arrendar, nem alugar coisa alguma? Com o "vicentino" rendimento da Unimed? É um verdadeiro milagre, que nem convencimento não teve a "fé" necessária para compreender e dele persuadir-me.

6º) Não me senti plenamente convencido das razões do autor e não teço mais comentários sobre a análise da prova, em homenagem às suas ilustres Procuradoras, que muito respeito e admiro.

7º) Assim, não convencido das razões do autor e considerando mais ser a mãe da menor ré professora primária municipal; de não ter aluguel e nem colégio pago pelo autor, é que fixo a pensão, dando parcial provimento a ambas as apelações em quatro salários mínimos mensais, além da obrigação, já estabelecida, do pagamento do plano de saúde para a filha.

A questão dos ônus da sucumbência já foi decidida à f. 10 (incidente processual), razão pela qual, pelo trânsito em julgado, concedo os benefícios da Lei 1.060/50 ao autor e os estendo à ré.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Nilson Reis* e *Jarbas Ladeira*.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES.

-:::-

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - CERTIDÃO DE CASAMENTO - QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL - DOMÉSTICA - ALTERAÇÃO PARA LAVRADORA - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - PRETENSÃO - PROVA DOCUMENTAL - AUSÊNCIA - PROVA TESTEMUNHAL - INSUFICIÊNCIA

Ementa: Apelação cível. Retificação de registro de casamento. Mudança de qualificação profissional de doméstica para trabalhadora rural. Prova documental. Ausência. Insuficiência da prova testemunhal. Fins previdenciários. Recurso a que se nega provimento.

- A demonstração de que a requerente é trabalhadora rural, para fins de obtenção de benefício previdenciário, deve processar-se na via de procedimento próprio, através de prova material convincente, para a qual não basta apenas a testemunhal.

Nega-se provimento.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0520.05.009162-5/001 - Comarca de Pompéu - Apelante: Maria da Conceição Oliveira - Relator: Des. CÉLIO CÉSAR PADUANI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2007. - *Célio César Paduani* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Célio César Paduani - Maria da Conceição Oliveira interpôs apelação em face da sentença de f. 32/34-TJ proferida pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Pompéu, que, na presente ação de retificação de registro de casamento proposta pela mesma, com o propósito de alterar a qualificação profissional constante de seu assento de casamento, de doméstica para trabalhadora rural, julgou improcedente o pedido.

Irresignada, recorre a requerente (f. 35/41-TJ), sustentando que trabalhou toda sua vida no campo, exercendo a profissão de trabalhadora rural. Ressalta que, cumprindo o disposto no art. 109 da Lei de Registros Públicos, juntou com a exordial cópia da carteira de identidade de beneficiária do Inamps, onde consta ser a requerente trabalhadora rural. Aduz que terceiro nenhum será prejudicado com tal pedido, sendo certo de que a única prejudicada com o erro será a própria recorrente. Por fim, acrescenta que as testemunhas foram unânimes ao afirmar a profissão correta da apelante.

Não há contra-razões do Ministério Público.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo provimento do recurso (f. 53/54-TJ).

Fundamento e decido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos e as condições que regem sua admissibilidade.

Compulsados os autos, aduz a recorrente que teve consignada erroneamente na sua certidão de casamento sua profissão como sendo doméstica, sendo correta a profissão de trabalhadora rural. Destaca que, para sanar esse erro e obter sua aposentadoria junto da Previdência, necessária faz-se a correção da irregularidade.

Pois bem. Importante tecer algumas considerações.

Analisando-se a certidão de casamento, este realizado em 02.01.1971, anexada aos autos (f. 15-TJ), constata-se que a requerente ali foi qualificada como doméstica. Noutro giro, extrai-se da carteira de identidade de beneficiário junto ao Inamps (f. 09-TJ) que Maria da Conceição Oliveira é beneficiária do referido instituto, por ser esposa de Sebastião Teodoro de Santana (segurado), este sim trabalhador rural, conforme se constata da aludida certidão de casamento (lavrador). Em nenhum momento, a descrição da profissão na mencionada carteira "trabalhador rural" demonstrou referir-se à apelante.

Anoto que a certidão de casamento é documento público dotado de fé pública e, *ipso facto*, tem presunção *iuris tantum* de veracidade.

Assim, sendo registro público, o mesmo deve espelhar a verdade, e, se erro existir no mesmo, deverá ser retificado, mas tal erro deverá ser comprovado de forma inequívoca, o que não ocorreu nos autos.

Para que se pudesse reconhecer o direito à retificação pretendida, seria necessário que a autora demonstrasse, através de prova material, que exerceu a profissão de trabalhadora rural à época de seu casamento, o que não se observa.

Sendo assim, para a obtenção de benefício previdenciário, mister se faz a existência de prova documental pré-constituída, não bastando, para tanto, apenas a prova testemunhal, visto que esta não se presta a comprovar a existência de erro em elemento essencial do assento de casamento da autora.

Tenho que a prova testemunhal, por si só, não é suficiente para possibilitar a retificação do registro de casamento na parte que consta a profissão da apelante como doméstica, sobretudo quando se infere que a pretensão visa garantir a concessão de benefícios previdenciários concedidos ao trabalhador rural.

In casu, nem mesmo as testemunhas trazidas informam a profissão por ela exercida à época de seu casamento.

Destaco que o entendimento exposto alhures já é pacificado em nossos tribunais:

> Ação de retificação de registro civil. Certidão de casamento. Qualificação como doméstica. Alteração para lavradora. Via inadequada. Ministério Público. *Custos legis.* Impugnação. Remessa às vias ordinárias.
> - O 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.
> - Caracterizada a inadequação da via ao atendimento da pretensão da requerente, resta-lhe se socorrer do procedimento ordinário, previsto no § 4º do art. 213 da Lei 6.015/73 (Apelação Cível nº 1.0243.04.910516-2/001, Rel. Des. Gouvêa Rios, j. em 22.02.2005, *DJ* de 18.03.2005).
>
> Retificação registro civil de casamento. Profissão. Trabalhador rurícola. Fins previdenciários. Ausência de prova documental. - A retificação do registro civil de casamento baseada tão-somente em prova testemunhal de que o exercício da profissão de lavrador existia ao tempo do enlace matrimonial é insuficiente, sobretudo quando a pretensão

visa aos benefícios previdenciários concedidos ao trabalhador rurícola. Preliminar rejeitada. Negado provimento ao apelo (Apelação Cível nº 1.0000.00.348261-9/000, Rel. Des. Lamberto Sant'Anna, j. em 11.12.2003, *DJ* de 06.02.2004).

Previdenciário. Trabalhador urbano. Comprovação de tempo de serviço. Prova exclusivamente testemunhal. Inadmissibilidade.
- 1 Inadmissível a valoração da prova exclusivamente testemunhal para fins de comprovação de tempo de serviço tanto de trabalhador rural quanto urbano.
- 2 Precedentes.
- 3 Recurso não conhecido (REsp nº 224359/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 19.10.99, *DJ* de 29.05.2000, p. 197).

A questão já foi inclusive sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: "Súmula 149: A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação de atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário".

Mesmo que se considerassem as precárias condições de sobrevivência do trabalhador rural, que presta serviços sem qualquer fiscalização e controle dos órgãos governamentais, evidencia-se, como já referido, que o objetivo da apelante é o de alcançar eventual benefício perante a Previdência Social, que somente poderá ocorrer - ainda que em tese - através de procedimento administrativo ou até mesmo judicial, após análise do pedido e da prova produzida, que refogem aos limites do presente procedimento.

A pretensão da recorrente tem sido buscada com freqüência, através do procedimento de jurisdição voluntária, pois, visando à simples retificação de registro público, mediante prova testemunhal, tenta-se contornar as exigências da norma previdenciária que exige a prova material do exercício da profissão de rurícola, para a concessão dos benefícios previdenciários, razão pela qual entendo correta a r. sentença, que afastou a possibilidade de deferimento do pleito exordial.

Em suma, a demonstração de que a requerente é trabalhadora rural, para fins de obtenção de benefício previdenciário, deve processar-se na via de procedimento próprio, através de prova material convincente, para a qual não basta apenas a testemunhal.

Nego provimento.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os *Desembargadores Audebert Delage e Moreira Diniz.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - ATO ADMINISTRATIVO - ANULAÇÃO - MOTIVAÇÃO VÁLIDA - INDISPENSABILIDADE - REMOÇÃO DE PESSOAL - PORTARIA - NECESSIDADE - ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE FORMA - UTILIZAÇÃO DE DECRETO - NORMA DE HIERARQUIA SUPERIOR

Ementa: Mandado de segurança. Professora da rede municipal. Remoção a pedido. Anulação do ato. Ausência de motivação.

- Embora a Administração possa anular os atos administrativos que repute ilegais, é indispensável a motivação válida do ato anulatório. Se necessária a portaria para efeito de remoção de pessoal, não pode ser tida como vício de forma a utilização de decreto para alcançar tal fim, por ser este hierarquicamente superior àquela.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0309.05.005583-4/001 - Comarca de Inhapim - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Inhapim - Apelante: Município de Inhapim - Apelada: Rosmar dos Santos Martins - Autoridade coatora: Prefeito Municipal de Inhapim - Relator: Des. FERNANDO BRÁULIO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2007. - *Fernando Bráulio* -Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Fernando Bráulio - O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Inhapim determinou a remessa dos presentes autos para o reexame necessário da sentença pela qual concedeu a ordem impetrada por Rosmar dos Santos Martins contra ato do Prefeito Municipal de Inhapim, que anulou o ato pelo qual havia sido a impetrante, ora apelada, removida, a seu pedido, da Escola Municipal Manoel Brás da Silveira para a Escola Municipal Elias Januário.

O Município de Inhapim também apelou, alegando preliminarmente a carência da ação, por ilegitimidade passiva do impetrado, e que não restou comprovado, de plano, o direito líquido e certo da ora apelada. Em relação ao mérito, alega o apelante que não há direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança; que não houve prejuízo para a apelada com a anulação do decreto ilegal pelo qual fora removida para outra escola; que a motivação do Decreto 084/05 consiste no vício de forma com que foram determinadas as remoções e o impedimento de remoções em final de mandato eletivo; e que não houve qualquer irregularidade ou desvio de conduta do Administrador Municipal.

A apelada ofereceu contra-razões, em que se bate pelo improvimento do recurso, alegando que foi prejudicada com a anulação do ato pelo qual se deu sua remoção, por ser a Escola Elias Januário mais próxima à sua residência; e que não houve motivação para a anulação do ato.

O ilustre Promotor de Justiça opinou pelo deferimento do mandado de segurança, enquanto a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do culto Procurador Mauro Flávio Ferreira Brandão, opina pelo improvimento do recurso.

Como se vê à f. 02, a ação mandamental foi ajuizada contra o “Executivo Municipal de Inhapim, na pessoa de seu Prefeito Municipal, Hamilton Chagas Filho”, que é a autoridade que determinou a anulação do Decreto 062/04, por meio do qual foi a impetrante, ora apelada, removida, a seu pedido, para a Escola Municipal Elias Januário.

Tampouco se pode afirmar que a impetrante deixou de comprovar, de plano, a existência de seu direito líquido e certo, porque a documentação por ela trazida aos autos é suficiente para a comprovação de suas alegações.

Rejeito as preliminares.

Quanto ao mérito, a sentença apelada também não merece reparos em reexame necessário.

Alega o impetrado, ora apelante, que o Decreto 084/05, mediante o qual foi anulada a remoção da ora apelada, é ato ilegal e nulo, por ser necessária, nos termos do art. 55, inciso II, da Lei Orgânica do Município, a expedição de portaria para a lotação e relotação nos quadros de pessoal.

É frágil tal argumento, tendo em vista que o decreto é norma de hierarquia superior. Quem pode o mais, pode o menos. Além disso, o fato de haver sido editado outro decreto para anular o primeiro atesta a validade desse ato normativo e torna imprestável sua suposta motivação.

Embora afirme que a motivação do ato anulatório foi a ilegalidade do Decreto 062/04, o

apelante não o demonstrou cabalmente, como lhe incumbia.

Afora o suposto vício de forma, a alegação de impedimento de remoção de servidores no final do mandato eletivo diz respeito tão-somente às hipóteses de remoção *ex officio*, o que não ocorreu no caso presente, em que a própria servidora pleiteou sua transferência.

Por fim, não sobeja a reiteração quanto aos limites da discricionariedade da Administração acerca dos atos administrativos, sendo certo que o dever discricionário deve ter balizas referenciadas na lei e nos princípios para que não se confunda com o puro arbítrio.

Conquanto sejam anuláveis os atos administrativos, a ausência de motivação válida torna insubsistente o ato anulatório, sob pena de ratificação do arbítrio.

Embora a Administração possa anular os atos administrativos que repute ilegais, é indispensável a motivação válida do ato anulatório. Se necessária a portaria para efeito de remoção de pessoal, não pode ser tida como vício de forma a utilização de decreto para alcançar tal fim, por ser este hierarquicamente superior àquela.

Com esses fundamentos, confirmo a sentença em reexame necessário, prejudicada a apelação.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Silas Vieira* e *Edgard Penna Amorim*.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - TERRENO - MST - INVASÃO - LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARTE* - CONCESSÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO - INTIMAÇÃO - AUSÊNCIA - NULIDADE - NÃO-OCORRÊNCIA - LITÍGIO - LOCAL - JUIZ - VISTORIA - INEXISTÊNCIA - IRRELEVÂNCIA - POLÍCIA MILITAR - RELATÓRIO - SUBSTITUIÇÃO - POSSIBILIDADE - AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO - DESNECESSIDADE - AÇÃO POSSESSÓRIA - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - APRECIAÇÃO - DESCABIMENTO - POSSE - ESBULHO - PROVA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Nulidade da decisão concessiva de liminar. Inocorrência. Ausência de prévia intimação do MP. Desnecessidade. Inexistência de vistoria. Irrelevância. Audiência de justificação não realizada. Inocuidade. Efetiva comprovação da posse do autor e do esbulho. Reintegração devida.

- Não é necessária a intimação do representante do Ministério Público para se manifestar acerca do pedido liminar de reintegração de posse nas hipóteses em que há invasão do MST, haja vista que, ainda que exista o interesse público, a apreciação da medida liminar cabe apenas ao juiz, sendo dispensável até mesmo a oitiva da parte contrária, mormente em havendo urgência.

- A vistoria no local do litígio pelo julgador pode ser substituída por relatório da Polícia Militar, mormente tendo em vista que o art. 126, parágrafo único, da Constituição Federal só exige a presença do juiz no local do litígio se necessária à eficiente prestação jurisdicional.

- O magistrado não é obrigado a marcar audiência de justificação em qualquer situação, mas somente quando não plenamente convencido sobre a concessão ou indeferimento de liminar.

- Apurada a ocorrência de esbulho da posse do autor, impõe-se sua reintegração no terreno invadido, ainda que não se desconheça o postulado da função social da propriedade, princípio

esse que deve ser efetivado pela Administração, e não pelo Judiciário, sob pena de se sacrificar a ordem jurídica.

AGRAVO n° 1.0024.06.088432-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: Marcos de Oliveira Martins - Relator: Des. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 11 de janeiro de 2007. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Dídimo Inocêncio de Paula - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão do digno Juiz de Direito da Vara de Conflitos Agrários da Comarca de Belo Horizonte/MG (reproduzida às f. 97/98-TJ), proferida nos autos da ação possessória movida por Marcos de Oliveira Martins contra MST - Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra.

Insurge-se o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ora agravante, contra a decisão proferida pelo douto Julgador *a quo*, que deferiu o pedido liminar de reintegração de posse pleiteado pelo recorrido.

Despacho de minha lavra às f. 118/121-TJ, indeferindo o pedido de efeito suspensivo.

Contraminuta às f. 131/139-TJ.

Informações do Magistrado monocrático à f. 163-TJ.

Manifestou-se o Ministério Público às f. 170/180-TJ, opinando pelo provimento do recurso.

É o breve relato.

Conheço do recurso, porquanto tempestivo, estando presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Passo, por primeiro, ao exame das preliminares de nulidade da decisão primeva, por ausência de intimação do Ministério Público para se manifestar acerca da concessão da liminar aqui combatida, bem como pela não-realização de prévia vistoria e audiência de justificação.

No tocante à nulidade da decisão por ausência de intimação do Ministério Público, registro, na esteira do que consta do despacho de minha lavra, de f. 118/121-TJ, que não se desconhece a necessidade de intervenção do Órgão Ministerial em sede de litígios possessórios que envolvam invasão de terras pelo MST, porquanto inarredável é a presença, em casos tais, do interesse público.

Não obstante, a meu ver, a exigência legal não impede a concessão de liminar de reintegração de posse *inaudita altera parte* pelo Magistrado, ainda que não intimado o *Parquet* para se manifestar no feito, porquanto tal decisão é meramente provisória, justificando-se sua prolação até mesmo em face da urgência da questão posta, sendo certo, lado outro, que a posterior ciência do Ministério Público acerca da decisão concessiva da liminar cumpre a norma aludida, mesmo porque, nessa oportunidade, abre-se a esse órgão a faculdade de impugnar o *decisum* pela via recursal, como o agravo em tela.

Lembre-se, ainda, que não se declara qualquer nulidade processual sem que dela tenha resultado prejuízo às partes, em obediência ao brocardo francês *pas de nullité sans grief*.

Por fim, é mister salientar que o comando contido no art. 10 da Resolução 438/04 não constitui imposição dirigida ao juiz monocrático,

mas mera recomendação, incidente ainda quando a hipótese não é de urgência, ao contrário do que ocorre no presente caso, em que se lê do relatório da Polícia Militar que "percebe-se os ânimos bastante exaltados entre os integrantes do MST e também da família do caseiro com troca de ofensas mútuas" (f. 110-TJ).

Nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal:

> Ementa: Ação de reintegração de posse. Fazenda. Invasão parcial. Interesse da Fazenda Nacional. Não-comprovação. Liminar.
> - 1. O proprietário e possuidor de bem imóvel invadido goza de interesse e legitimidade para a propositura da ação possessória, cabendo à Justiça Estadual, através da Vara de Conflitos Agrários, dirimir o litígio.
> - 2. O deferimento de liminar em ação possessória, sem a prévia oitiva do Representante do Ministério Público, não enseja o decreto de nulidade do feito, pois ao juiz é reservado apreciar e decidir sobre a pertinência do pedido, além do que não há que se falar em nulidade sem ocorrência de prejuízo.
> - 3. A invasão de imóvel rural, mediante o uso de violência, por membros do MST e demais seguidores, com o propósito de obterem a solução no impasse relativo a outro imóvel, também invadido no mesmo Município, configura o esbulho possessório, sendo assegurado ao proprietário, que tem o uso, gozo e disponibilidade de sua propriedade, a concessão da liminar de reintegração de posse, devendo a questão alusiva ao cumprimento da função social da propriedade ser discutida no âmbito de ação diversa (15ª Câmara Cível, Agravo n° 1.0024.05.811922-3/001, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. em 20.07.2006).

> Interdito proibitório. Deferimento de liminar. Agravo. Alegação de inexistência de pressupostos processuais e condições da ação. Matérias não apreciadas em primeira instância. Não-conhecimento. Falta de manifestação do Ministério Público. Irrelevância. Decisão fundamentada.
> - As matérias relativas a pressupostos processuais e condições da ação não podem ser conhecidas pelo Tribunal, em sede de agravo de instrumento interposto em virtude de deferimento de liminar em ação possessória, se tais questões não foram apreciadas pelo Juízo de primeiro grau, mormente se o agravante não comprova, sequer, que as tenha alegado em sede de contestação.
> - A intervenção ministerial no feito a que deva intervir deve se dar antes do saneador, mas não antes de eventual decisão quanto à liminar requerida, cuja concessão ou não independe de manifestação do réu e do Ministério Público.
> - A decisão que não está ausente de fundamentação, já que baseada em documentos, em dispositivos de lei e em fatos públicos, amplamente divulgados pela mídia, não agride o art. 93, IX, da CF (9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 414.251-4, Rel. Des. Pedro Bernardes, j. em 20.04.2004).

> Ementa: Interdito proibitório. Decisão fundamentada. Ausência de nulidade. Deferimento de liminar. Possibilidade. Manifestação prévia do Representante do Ministério. Inocorrência. Nulidade. Ausência.
> - As decisões interlocutórias e os despachos podem ser exteriorizados por meio de fundamentação concisa.
> - A concessão de liminar em interdito proibitório, sem a prévia oitiva do d. Ministério Público, não enseja a nulidade do feito, porquanto ao Juiz é reservado apreciar e decidir sobre a pertinência do pedido, sendo certo que não há que se falar em nulidade sem ocorrência de prejuízo (1ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 421.173-6, Rel. Des. Osmando Almeida, j. em 16.03.2004).

Já em sede da indispensabilidade da prévia vistoria *in loco* pelo julgador, tenho que no bojo da decisão combatida restou devidamente justificada sua não-realização, requisitando o Magistrado, em cumprimento ao art. 5º da Resolução 438/04, relatório da Polícia Militar, lavrado em visita ao local, documento esse que goza de presunção de veracidade, por ter sido emitido por agente público.

Ressalte-se, ainda, que a conduta do ilustre Julgador de primeira instância está em consonância com o art. 126, parágrafo único, da Constituição Federal, que só exige a presença do juiz no local do litígio se necessária à eficiente prestação jurisdicional, o que não ocorre no caso dos autos, em que, inclusive, é conhecida a situação do imóvel objeto dos

autos, em virtude do aludido relatório da Polícia Militar.

No tocante à ausência de audiência de justificação, cediço é que o magistrado não está adstrito a realizá-la quando está plenamente convencido do deferimento da liminar.

Ora, tal audiência tem o condão de elucidar os fatos alegados na inicial, inexistindo, portanto, necessidade de sua realização quando o juiz está plenamente convencido da possibilidade de concessão da medida, entendendo suficientes os documentos jungidos à exordial para a efetiva comprovação da posse do autor, bem como do esbulho.

Assim, a realização de tal audiência somente atravancaria o andamento do feito, ferindo sobremaneira o princípio da celeridade processual.

Nessa esteira pronunciou-se este Sodalício:

> Interdito proibitório. Acampamento dos integrantes do MST. Justo receio. Liminar. Produtividade do imóvel. Irrelevância.
> - Estando a petição inicial devidamente instruída, pode o juiz expedir o mandado liminar, de plano, dispensando a audiência de justificação de posse, mesmo nas ações em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória, pois a concessão de liminar é prerrogativa constitucional do magistrado.
> - A produtividade ou não do imóvel é matéria que deve ser perquirida para fins de desapropriação (15ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 421.178-1, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, j. em 05.03.2004).
>
> Ementa: Reintegração de posse. Invasão. Integrantes do Movimento Sem-Terra (MST). Prova por ocorrência policial. Justificação prévia desnecessária. Ausência de prova de produtividade da terra. Irrelevância.
> - Estando provada a posse e a invasão recente do imóvel, cabível o deferimento de liminar de reintegração, independentemente de justificação prévia.
> - A produtividade ou não do imóvel rural é matéria que deve ser perquirida para fins de desapropriação. A invasão do imóvel rural impede o processo de vistoria prévia, que é o ato inicial do processo de desapropriação para fins de reforma agrária.
> - A invasão de propriedade alheia, com fundamento exclusivamente na negativa de que a certidão de registro, bem como a guia do ITR, não guardam relação com a área de que se pretende a posse e que não correspondem à área prevista no pacto de transferência amigável firmado entre o Estado de Minas Gerais e os agravados, constitui exercício arbitrário das próprias razões, não encontrando amparo no ordenamento jurídico (12ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 407.689-7, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, j. em 18.06.2003).

No mérito, o boletim de ocorrência constante dos autos demonstra de forma inequívoca que o agravado foi esbulhado violentamente em sua posse, sendo cediço que, a despeito da consagrada função social da propriedade, não pode a Justiça ser conivente com a invasão de terras particulares, ainda que alegada a improdutividade da terra, argumento esse, aliás, que, *in casu*, não restou comprovado, consoante se verá a seguir.

Não se desconhece a triste situação dos camponeses no nosso país, nem a miséria e a falta de perspectiva que os cercam; no entanto, não se pode atribuir ao particular o encargo de suportar o ônus da melhoria de vida da população carente, uma vez que tal constitui tarefa do Estado, ao qual incumbe solucionar e custear.

E ainda que se entenda que seja indispensável uma redistribuição de renda entre as diversas camadas da sociedade para se proporcionar uma coletividade mais justa e mais fraterna, concepção com a qual em absoluto concordo, não vejo como impor referida reformulação da organização social por meio da força bruta, despida de qualquer legalidade que a legitime, mormente quando estão à disposição do Estado diversos meios para a solução dos conflitos nos termos da lei e com a devida obediência ao Estado de Direito, no qual, aliás, não se permite atuar por si próprio, fazer justiça com as próprias mãos, sob pena de instauração do pânico na sociedade.

> Ementa: Agravo de instrumento. Decisão que confere liminar para desocupação de imóvel por integrantes do conhecido Movimento dos Sem-Terra (MST). Requisitos presentes. Regularidade do ato. Agravo improvido. - O fato de o imóvel encontrar-se sem utilização pode evidenciar o descumprimento da função social estabelecida pela Constituição, mas não legitima a ocupação clandestina pela via da invasão coletiva e organizada. As medidas cabíveis para forçar o atendimento do preceito constitucional devem partir da autoridade pública (*RT* 739/425 - TARS). No caso vertente, releva notar que a prova milita em prol da agravada, quando restou induvidosa sua posse e a produtividade do imóvel, objeto do esbulho (TJMG, 9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 301.707-4, Rel. Des. Nepomuceno Silva, j. em 13.06.2000).

Não é por outro motivo que lanço aqui mão da citação de Humberto Theodoro Junior (in *RJ* nº 238, ago. 1997), no sentido de que

> [...] os tribunais brasileiros não têm se recusado a cumprir a tarefa que lhes toca na tutela jurisdicional do direito de propriedade e na preservação do império da lei, da ordem pública e da segurança do convívio social. Evidentemente que ninguém pode deixar de lamentar a grave situação social reinante no País. Mas sua reversão não pode ser feita com o sacrifício da ordem jurídica, cuja proteção cabe ao Judiciário.

Na mesma esteira, o excerto do julgado do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, que ora transcrevo:

> [...] no momento em que a soberania do Estado se tripartiu em funções específicas, atribuiu-se ao Judiciário a função jurisdicional. Nunca é demais insistir que ao Judiciário cabe aplicar o direito (dizer o direito) às situações contenciosas para que prevaleça o valor justiça. Pode ser caridosa, quando muito. Mas não é função do órgão jurisdicional praticar a caridade, no sentido popular do termo, isto é, condoendo-se diante de uma situação social e buscando superá-la no bojo do processo, ao arrepio da lei, por motivos meramente morais. Na cena judiciária, o conceito de justiça conforma-se ao conceito de direito. E, se não se confunde com a legalidade, não pode aberrar ao ordenamento jurídico posto. Aqui, o conceito de justiça não se confunde com a moral.
> Quando o art. 5º da Lei de Introdução ao CC prescreve que, 'na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum', está afirmando que o direito positivo se coloca como regramento das relações intersubjetivas, visando à paz social e ao bem comum. Não está, porém, dizendo que as normas do direito privado que atribuem direitos ao cidadão devem ser desconsideradas pelo juiz ou devem ceder em face de pressões de ordem social. Provando a parte o seu direito, faz-se justiça dizendo o direito e garantindo-o. Não provando a parte o seu direito, não se lhe faz justiça, deferindo-o.
> No caso presente, o problema social dos embargantes soluciona-se através da desapropriação do imóvel, da competência do Estado-Administração. A função social da propriedade, como definida na CF, justamente, impõe-se, corretivamente, através do processo expropriatório. As normas de direito privado acerca da proteção possessória não são injustas. Não aberram ao direito. Não ferem sequer a lei natural. Não é, pois, o caso de se aguardar a criação de uma lei justa, ou a derrogação da lei injusta.
> Deferir-se em favor de quem não tem direito para posse de um imóvel somente porque se trata de uma vila popular, para obviar-se uma crise social e porque não é moralmente justo, é praticar-se o confisco através da jurisdição. Com a devida vênia, a pior das ditaduras é a ditadura do Judiciário. No momento em que o Judiciário se contrapõe ao ordenamento jurídico, para realizar a reforma social que este país está necessitando, subverte a ordem jurídica que lhe cumpre defender e extrapola os limites de sua função (*JTARGS* 91/233-234).

Nesse tempo, impõe-se reconhecer o esbulho perpetrado pelos réus, até porque não há dúvida sobre a posse exercida pelo autor recorrido, que destina sua propriedade ao cultivo de grãos e criação de gado, conforme os contratos de parceria agrícola de f. 48 e o relatório da Polícia Militar de f. 83/84-TJ, atendendo, assim, ao requisito da função social da propriedade.

Demais disso, a efetiva posse do autor agravado sobre o terreno em tela exsurge tam-

bém do fato de haver, no momento da invasão, um caseiro no imóvel, na esteira do que consta do próprio boletim de ocorrência.

Nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal:

> Ementa: Agravo de instrumento. Reintegração de posse. Propriedade rural. Conflito agrário. Preliminar. Intempestividade do recurso. Protocolo integrado. Não-ocorrência. Mérito. Liminar de reintegração indeferida. Art. 927 do CPC. Presença dos requisitos. Improdutividade do proprietário não demonstrada. Deferimento da medida.
> - Quando o recurso é apresentado na primeira instância, via protocolo integrado, dentro do prazo legal, há de ser considerado tempestivo.
> - É requisito para a obtenção da proteção possessória, nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil, a comprovação da posse, do esbulho, da data do esbulho e da perda da posse.
> - O possuidor indireto tem legitimidade e interesse jurídico para propor ação de reintegração de posse.
> - Estando satisfatoriamente demonstrados os pressupostos enumerados no art. 927 do Código de Processo Civil e qualificada a posse como nova, a reintegração liminar é medida que deve ser deferida.
> - Não constitui pressuposto para a proteção possessória a demonstração inicial da produtividade ou da função social que a propriedade rural cumpre, requisito afeto à desapropriação.
> - O princípio da função social não enseja a prática da autotutela (14ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.518.899-2/000, Rel. Des. Renato Martins Jacob, j. em 1º.12.2005).
>
> Ementa: Reintegração de posse. Atendimento aos requisitos do art. 927 do CPC. Comprovação do cumprimento da função social da propriedade. Desnecessidade. - O cumprimento da função social da propriedade não deve ser analisado em sede de ação possessória, já que a Constituição Federal estabelece a forma adequada, qual seja a desapropriação. A reforma agrária é um problema político-social que deve ser solucionado pelo governo, não competindo ao julgador de uma ação possessória a solução dessa questão. Provados os requisitos do art. 927 do CPC, a reintegração de posse é medida que se impõe (9ª Câmara Cível, Apelação Cível n° 2.0000.00.477227-8/000 c/c a Apelação Cível nº 2.0000.00.477221-6/000, Rel. Des. Pedro Bernardes, j. em 1º.08.2006).
>
> Reintegração de posse. Invasão. Integrantes do Movimento Sem-Terra (MST). Prova por ocorrência policial. Justificação prévia desnecessária. Ausência de prova de produtividade da terra. Irrelevância.
> - Estando provadas a posse e a invasão recente do imóvel, cabível o deferimento de liminar de reintegração, independentemente de justificação prévia.
> - A produtividade ou não do imóvel rural é matéria que deve ser perquirida para fins de desapropriação. A invasão do imóvel rural impede o processo de vistoria prévia, que é o ato inicial do processo de desapropriação para fins de reforma agrária.
> - A invasão de propriedade alheia, com fundamento exclusivamente na negativa de que a certidão de registro, bem como a guia do ITR, não guardam relação com a área de que se pretende a posse e que não correspondem à área prevista no pacto de transferência amigável firmado entre o Estado de Minas Gerais e os agravados, constitui exercício arbitrário das próprias razões, não encontrando amparo no ordenamento jurídico (12ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 407.689-7, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, j. em 18.06.2003).

Assim, em virtude do exposto, nego provimento ao agravo, mantendo a r. decisão de primeiro grau.

Deixo de condenar o Ministério Público ao pagamento das custas recursais, por se encontrar delas isento.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Renato Martins Jacob* e *Valdez Leite Machado*.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO ANULATÓRIA - REGISTRO CIVIL - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - ALIMENTOS - PAI REGISTRAL - PAI NATURAL - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - CITAÇÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - SENTENÇA - INEFICÁCIA - PRELIMINAR - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - NULIDADE DA DECISÃO - NÃO-CONFIGURAÇÃO

Ementa: Anulação de registro e investigação de paternidade. Nulidade da decisão. Ausência. Pai registral. Litisconsórcio passivo necessário. Recurso não provido.

- A decisão proferida pelo julgador, com amparo no parecer ofertado pelo Ministério Público, afasta a ausência de fundamentação sustentada pelos agravantes.

- Não basta que no pólo passivo figure o suposto pai biológico da menor, sendo a citação do pai registral imprescindível para a eficácia da sentença a ser proferida, uma vez que o mesmo sofrerá os efeitos de eventual anulação do registro civil em que figura como genitor da autora.

AGRAVO N° 1.0024.06.098085-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: A.A.A.F., representada pela mãe E.A.A.O. - Agravado: J.A.L. - Relator: Des. EDILSON FERNANDES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2007. - EDILSON FERNANDES - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edilson Fernandes: - Trata-se de recurso interposto contra a r. decisão de f. 15-TJ, proferida nos autos da ação de anulação de registro civil e a de investigação de paternidade cumulada com a de alimentos proposta por A.A.A.F., representada por sua mãe E.A.A. e A.F.F. contra o J.A.L., que determinou a emenda da petição inicial para incluir no pólo passivo da ação o segundo agravante.

Em suas razões, os agravantes suscitam preliminar de nulidade da r. decisão impugnada, por ausência de sua fundamentação. No mérito, sustentam que o pai registral pode compor o pólo ativo da lide, nos termos do art. 4º, inciso I, do CPC, e que a manutenção da decisão proferida no juízo de origem poderá gerar grave infração ao andamento processual. Pugnam pelo provimento do recurso para que seja determinado o regular andamento do processo, nos termos do pedido inicial (f. 02/14-TJ).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Da preliminar de nulidade por ausência de fundamentação.

Analisando minuciosamente os autos, constato que o MM. Juiz determinou que a mãe da menor promovesse a inclusão do pai registral no pólo passivo da lide (f. 15-TJ), invocando o parecer ofertado pelo ilustre Promotor de Justiça (f. 15-v.).

Com a devida vênia, a menção ao parecer ministerial não evidencia ausência de fundamentação da r. decisão agravada, mormente quando não houve qualquer prejuízo à defesa dos agravantes, visto que lhes foi oportunizado o direito de impugnação do mérito da controvérsia instaurada.

A esse respeito, confira o entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal:

> Ementa: *Habeas corpus*. - Esta Corte tem entendido que está fundamentada a decisão que adota como razão de decidir a fundamen-

tação do Ministério Público, que atua como *custos legis* (assim, no AI 140.524 e no *HC* 69.848). A fixação da pena, porém, se fez sem a observância dos preceitos legais pertinentes. *Habeas corpus* deferido em parte, estendendo-se essa concessão parcial ao coréu que se encontra, objetivamente, na mesma situação (*HC* 70607/SC, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 09.11.1993).

Rejeito a preliminar.

No mérito, constato que os autores ajuizaram a ação de anulação de registro civil e a de investigação de paternidade cumulada com a de alimentos, em desfavor do suposto pai biológico.

O art. 47 do CPC estabelece:

> Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Não basta que no pólo passivo figure o suposto pai biológico da menor, sendo a citação do pai registral imprescindível para a eficácia da sentença a ser proferida, uma vez que o mesmo sofrerá os efeitos de eventual anulação do registro civil em que figura como genitor da autora.

A propósito, confira a jurisprudência consolidada no colendo Superior Tribunal de Justiça, na parte que interessa:

> [...]
> Não se pode prescindir da citação daquele que figura como pai na certidão de nascimento do investigante para integrar a relação processual na condição de litisconsórcio passivo necessário. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (REsp 693230/MG, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. em 11.04.2006).
> É litisconsorte passivo necessário o pai registral, cuja citação é de ser efetivada como interessado no desfecho da lide.
> Recurso especial conhecido em parte e provido parcialmente (REsp 402859/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 22.02.2005).
> Civil e processual. Registro público. Ação investigatória de paternidade. Pai registral não citado para a lide. Litisconsórcio passivo necessário. Nulidade processual. CPC, art. 47, parágrafo único. CC, art. 348. Lei nº 6.015/73, art. 113.
> - I. O registro público, pela importância dos dados nele assinalados, empresta estabilidade e segurança à organização social e jurídica do país e é gerador de direitos e deveres dos mais diversos e relevantes, inclusive em face do efeito *erga omnes* que confere.
> - II. De outra parte, seja em face das exigências contidas nos arts. 348 do Código Civil e 113 da Lei nº 6.015/73, seja em razão dos primados constitucionais do devido processo legal e da amplitude do direito de defesa, necessária a presença, no pólo passivo de ação investigatória de paternidade, do pai registral, interessado direto no resultado da demanda, onde é concomitantemente postulada a sua desconstituição de tal qualidade.
> - III. A não-citação do pai registral para a lide acarreta a nulidade processual, nos termos do art. 47, parágrafo único, do CPC.
> - IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp 117129/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 05.06.2001).

Forçoso concluir que, estando a decisão impugnada em sintonia com a legislação vigente, não há falar em provimento do recurso.

Nego provimento ao recurso.

Custas ao final, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Antônio Sérvulo* e *José Domingues Ferreira Esteves.*

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO MONITÓRIA - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - PROCEDIMENTO MONITÓRIO - ESCOLHA - POSSIBILIDADE

Ementa: Processual civil e comercial. Apelação. Ação monitória. Notas promissórias. Ausência de requisitos essenciais. Admissibilidade. Ausência de prejuízo processual para o devedor.

- As notas promissórias, demonstrativas da obrigação existente, contudo desprovidas de força executiva, são títulos hábeis para o ajuizamento de ação monitória.

- A opção pelo procedimento monitório, embora eventualmente disponha a parte de título executivo extrajudicial, não constitui nenhum óbice ao exame e solução do provimento jurisdicional invocado, por ausência de vedação legal e por não acarretar prejuízo à defesa da parte contrária, que tem oportunidade de discutir amplamente a controvérsia, através dos embargos.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0452.04.014304-5/001 - Comarca de Nova Serrana - Apelante: Indústria de Calçados M. & Andrade Ltda. - Apelado: Wagner Batista de Assis - Relatora: Des.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de fevereiro de 2007. - *Márcia de Paoli Balbino* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Márcia de Paoli Balbino - Conheço do recurso em face da presença dos requisitos que o autorizam.

Não há preliminares outras a serem apreciadas em sede de recurso, sendo que os temas que foram apresentados a este título envolvem o mérito do recurso.

Do que emerge dos autos, tenho que as pretensões da apelante não merecem guarida.

Trata-se de ação monitória ajuizada pelo autor, ora apelado, visando o recebimento do importe de R$ 16.416,84 (dezesseis mil, quatrocentos e dezesseis reais e oitenta e quatro centavos), relativo a uma dívida representada por dois cheques e 11 notas promissórias, acrescidos ao valor destas juros de 0,5% ao mês.

O pedido inicial foi acolhido em parte. O autor não recorreu.

Apela a ré, pugnando pela reforma da sentença proferida pelo MM. Juiz *a quo*, sob alegação de que as notas promissórias constantes dos autos preenchem todos os requisitos para propositura de ação de execução, pois se trata de títulos executivos extrajudiciais, não prescritos, imprestáveis, portanto, para a propositura de ação monitória.

Entretanto, tal alegação não deve prosperar, devendo a sentença ser mantida por seus próprios fundamentos.

Impende inicialmente ressaltar que dúvidas não pairam quanto à existência da obrigação ora exigida através das notas promissórias.

Isso porque o recorrente em momento algum nega que a transação que deu origem ao crédito tenha sido efetivada; ao contrário, na própria apelação aviada assume a existência do débito, aduzindo, tão-somente, fatos impeditivos do direito do autor, seja pela impossibilidade do ajuizamento da ação monitória, seja pela afirmação quanto à presença dos requisitos essenciais às notas promissórias.

Ocorre que o pedido do requerente, ora apelado, tem por fundamento as disposições constantes dos art. 1.102 -A e seguintes do CPC:

> A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Segundo lição de Nelson Nery Júnior:

> Por documento escrito deve-se entender "qualquer documento que seja merecedor de fé quanto à sua autenticidade e eficácia probatória" (...). O documento escrito pode originar-se do próprio devedor ou de terceiro (*Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.032).

Assim, depreende-se que o requisito essencial para propositura da ação monitória é simplesmente a prova escrita que constitua elemento que indicie a existência da obrigação.

In casu, a demanda monitória veio instruída por dois cheques e 11 notas promissórias, mas alega a recorrente que, sendo o suplicante portador de títulos executivos extrajudiciais, não possuiria interesse para o manejo da ação monitória.

Ocorre que, no caso sob análise, a demanda veio lastreada em documentos escritos sem eficácia de título executivo, haja vista que as notas promissórias não preenchiam os requisitos do art. 75 da Lei Uniforme, de forma que o ajuizamento da presente se impunha para constituí-las como títulos executivos judiciais.

Ainda que se considerem títulos executivos as notas promissórias ora questionadas, a apelante não tem razão.

É que o autor optou pelo procedimento monitório, que, a meu ver, é mais benéfico para o devedor, que, sem a constrição em seus bens, pode se defender, para só, então, haver um título passível de ser executado.

Não há vedação legal a isso, e vale a máxima de que "quem pode o mais pode o menos".

Ademais, a monitória amplia a possibilidade de defesa da ré, não lhe trazendo prejuízo. Por isso a possibilidade da ação monitória, mesmo que de alguns títulos ainda não prescritos, já que a ação não restringe, mas amplia direitos.

Logo, é possível a monitória em tal circunstância, sendo evidente o interesse de agir.

Nesse sentido:

> 1. Processual civil. Ação monitória. Título executivo extrajudicial. Procedimento monitório. Escolha. Possibilidade.
> A jurisprudência tem admitido o manejo da monitória na hipótese de estar o autor munido de um título executivo extrajudicial, pois a adoção de referido procedimento, quando cabível a execução, não importa em nulidade dos atos processuais, sobretudo quando alcançada a finalidade proposta, sem prejuízo para a defesa (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível nº 447.747-6, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Antônio Sérvulo, j. em 10/11/2004).
>
> 2. Ação monitória. Existência de título executivo. Possibilidade. Manutenção da natureza cambial do título. Aval. Autonomia da obrigação.
> - O fato de dispor a parte de título cambial, hábil à execução, não impede que o credor maneje a monitória. A opção do credor pela monitória, em vez de executar o título, não desnatura o caráter cambial da promissória, permanecendo a autonomia da obrigação decorrente do aval (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível nº 439.044-5, 5ª Câmara Cível, Rel. Juiz Armando Freire, j. em 09.09.2004).
>
> 3. Mesmo que admissível a execução para a cobrança do crédito, pois se trataria de título executivo extrajudicial, a adoção do procedimento monitório não ensejou nulidade dos atos processuais; admitindo-se que, no caso, realizados de outro modo, alcançaram a finalidade proposta, sem prejuízo para a defesa (Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 210.030/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 09.12.1999, *DJ* de 04.09.2000, p. 149, *RSTJ*. v. 149, p. 239).

Sobre o tema, registra o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que:

> I. Caracterizando-se o processo civil contemporâneo pela sua instrumentalidade, não se deve declarar nulidade do ato, quando alcançado o seu objetivo sem prejuízo para as partes.
> II - Segundo proclamou o recente 'IX Congresso Mundial de Direito Processual', é em dispositivo do nosso Código de Processo Civil que se encontra a mais bela regra do atual Direito Processual, a saber, a insculpida no art. 244, onde se proclama que, 'quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade (*Código de Processo Civil Anotado*, 6. ed., Ed. Saraiva, p. 174).

Da mesma forma, os doutrinadores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco prelecionam:

> O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função puramente jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material (...). Tudo que já se fez e se pretende fazer nesse sentido visa, como se compreende, à efetividade do processo como meio de acesso à justiça. E a concretização desse desiderato é algo que depende menos das reformas legislativas (importantes embora), do que da postura mental dos operadores do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça). É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado (*Teoria Geral do Processo*, 14. ed., Malheiros Editores, p. 40/45).

No presente caso, o apelado fez a opção pelo procedimento monitório, fato que não constitui nenhum óbice ao exame e à solução do provimento jurisdicional invocado, por ausência de vedação legal e por não acarretar prejuízo à defesa do apelante.

Sobre o tema, Ernane Fidélis dos Santos leciona que:

> A obrigação deve estar representada por escrito, mas sem que o mesmo lhe empreste forma executiva (art. 1102a), porque, se assim estiver, não há interesse em formação de título já formado. É de se fazerem, contudo, duas importantes observações: para o monitório, irrelevante será a possibilidade de outro procedimento para a satisfação do autor, ainda que mais eficaz. (...) As cambiais, formalizadas, ensejam ação executória, mas, se o autor desinteressar-se da força própria do título, tomando-o apenas como declaração de existência de dívida, poderá provocar a injunção (*Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, p. 40).

Dessa feita, não obstante a legislação processual civil em vigor tenha delineado a via executiva para a satisfação dos créditos representados por títulos executivos, é preciso que se verifique as peculiaridades de cada caso concreto, uma vez que, no caso sob exame, o autor objetiva receber, através da monitória, valores insertos em documentos escritos, pelo que se deve atender a efetividade da prestação jurisdicional.

No julgamento do Recurso Especial 210.030/RJ, relatado pelo Ministro Nilson Naves, o colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> Cobrança de crédito (título executivo). Ação monitória/Execução. Escolha do procedimento. Mesmo que admissível a execução para a cobrança do crédito, pois se trataria de título executivo extrajudicial, a adoção do procedimento monitório não ensejou nulidade dos atos processuais; admitindo-se que, no caso, realizados de outro modo, alcançaram a finalidade proposta, sem prejuízo para a defesa. A saber, conforme o acórdão, "circunstância que lhes possibilitou o exercício de melhor meio de defesa". Em tal aspecto, não é lícito entender-se que há carência de interesse processual; não, interesse há. A escolha de uma ação em vez de outra não há de obstar a que se conheça do pedido, provendo-o conforme o bom direito. 2. Julgamento antecipado da lide. Conforme o acórdão estadual, "De modo algum ocorreu o cerceamento ao direito de defesa, porque a prova produzida era suficiente para formar a convicção do Juízo.

Outras provas, que não a documental, revestiam-se de inutilidade". Inocorrência de ofensa a texto processual, pois não havia necessidade de se produzir prova em audiência. 3. Recurso conhecido pelo dissídio (quanto ao primeiro ponto), mas não provido.
Processo civil. Ação monitória. Ação monitória instruída por título executivo. Precedente (REsp n. 210.030-RJ, Rel. Min. Nilson Naves). Recurso especial conhecido e provido" (Min. Ari Pargendler. 3ª Turma. REsp 182.084/MG, *DJ* de:29.10.2001).

Ação monitória. Título executivo. O credor que tem em mãos título executivo pode dispensar o processo de execução e escolher a ação monitória. Precedentes. Omissões inexistentes. Recurso não conhecido (REsp n. 435.319/PR, *DJ* de 24.03.2003, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Em síntese, o ajuizamento do procedimento monitório, ao invés da execução forçada, não acarreta ofensa ao art. 1.102-A do CPC, quando a escolha do procedimento monitório não importar em prejuízo para a defesa.

Porque não invocados pela recorrente, não há temas outros a decidir.

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso para manter a douta decisão de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Lucas Pereira* e *Eduardo Mariné da Cunha*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - ADVOGADO - OAB - REPRESENTAÇÃO - EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO - ATO ILÍCITO - NÃO-OCORRÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA

Ementa: Apelação. Indenização. Representação. OAB. Exercício regular do direito. Dever de indenizar. Ausência.

- A responsabilidade civil subjetiva, estatuída no art. 186 do Código Civil, funda-se na teoria da culpa, que tem como pressupostos: a ocorrência do dano, o nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa em sentido lato, ou seja, imprudência, negligência ou imperícia.

- A representação perante a OAB, ausente o propósito inequívoco de ofender, não constitui dano, mas exercício regular do direito assegurado a todo e qualquer cidadão. O ato de representar, por si só, não enseja a indenização por dano moral, salvo se comprovado o dolo ou a má-fé.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0324.05.036046-4/001 - Comarca de Itajubá - Apelante: Empresa Ônibus Pássaro Marrom Ltda. - Apelado: Aloízio de Paula Silva - Relator: Des. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO E ALTERAR DISPOSITIVO DA SENTENÇA.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2007. - *José Antônio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, a Dr.ª Maria Cândida da Cruz Gomes.

O Sr. Des. José Antônio Braga - Cuida-se de recurso de apelação manejado pela Empresa de Ônibus Pássaro Marrom Ltda., nos autos da ação de indenização, ajuizada por Aloizio de Paula Silva, perante o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Itajubá, tendo em vista o seu inconformismo com os termos da sentença de f. 164/173, que julgou procedente o pleito inicial, condenando a requerida ao pagamento da importância correspondente a 100 (cem) salários mínimos, a título de danos morais, devidamente atualizada, incidindo juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

Condenou-a, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da indenização.

Embargos de declaração opostos, às f. 175/176, rejeitados, às f. 177/178.

Em suas razões recursais, às f. 185/199, a parte apelante noticia que representou contra a parte apelada após a negativa desta, feita em audiência realizada na Justiça do Trabalho, em riscar as afirmativas injuriosas lançadas na Inicial da reclamatória trabalhista.

Sustenta que as acusações feitas pelo advogado recorrido, além de afetar o nome da empresa apelante, induzem o juízo a erro.

Aduz ter agido em exercício regular do direito, não extrapolando os seus limites, objetivando somente apurar infração disciplinar cometida pelo advogado apelado.

Alega, ainda, que não utilizou o expediente para narrar fatos que não fossem concretos e verdadeiros, apresentando documentos que demonstravam a falsidade das afirmações feitas pelo causídico, ora recorrido.

Assevera quanto à ausência de ato ilícito ou abuso de direito, argumentando que não se encontram presentes os requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil.

Ressalta que não agiu, buscando provocar dano ou intimidar o apelado, limitando-se apenas a defender-se das acusações por este formuladas.

Reitera que o autor recorrido não se desincumbiu do seu ônus de provar a existência de comportamento doloso ou culposo da empresa apelante, bem como de que tenha excedido os limites do seu direito, requerendo a improcedência do pleito indenizatório.

Em caso de mantença da condenação, pleiteia a redução do *quantum*, por entendê-lo excessivo e desproporcional.

Preparo regular, à f. 200.

Contra-razões, às f. 202/207, pugnando pela manutenção do *decisum*.

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ausentes preliminares, ao exame do mérito.

Cinge-se a presente controvérsia em aferir a antijuridicidade da conduta adotada pela empresa ré apelante.

Trata-se de indenização pleiteada por Aloízio de Paula Silva em face da Empresa de Ônibus Pássaro Marrom Ltda., em virtude da representação por esta formulada perante a OAB/MG, subseção em que se encontra inscrito o representado, argumentando que tal fato lhe ocasionou diversos constrangimentos na Comarca, responsáveis por um abalo moral, afetando sua honra e imagem, e psíquico.

Antes de analisarmos as questões fáticas, julga-se oportuno tecer algumas considerações acerca da responsabilidade civil em nossa legislação.

Segundo o ordenamento jurídico pátrio, o instituto da responsabilidade civil consiste na aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano, moral ou patrimonial, causado a terceiro, em virtude da prática de um ato ilícito (art. 159 do Código Civil de 1916 e art. 186 do Código Civil de 2002).

A responsabilidade civil subjetiva funda-se na teoria da culpa, que tem como pressupostos: a ocorrência do dano, o nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa em sentido lato, ou seja, imprudência, negligência ou imperícia.

Elucida Caio Mário da Silva Pereira que:

> A teoria da responsabilidade civil assenta, em nosso direito codificado, em torno de que o dever de reparar é uma decorrência daqueles três elementos: antijuridicidade da conduta do agente; dano à pessoa ou coisa da vítima; relação de causalidade entre uma e outra (*Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 93).

Rui Stoco sintetiza:

> Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato).
> Esse comportamento gera, para o autor, a responsabilidade civil, que traz, como conseqüência, a imputação do resultado à sua consciência, traduzindo-se, na prática, pela reparação do dano ocasionado, conseguida, normalmente, pela sujeição do patrimônio do agente, salvo quando possível a execução específica. Por outras palavras, é o ilícito figurando como fonte geradora de responsabilidade (*Responsabilidade civil e sua Interpretação jurisprudencial.* 4. ed., 1999, p. 63).

Deflui desses ensinamentos a permissibilidade jurídica em se obter indenização por dano moral, no caso de violação do direito alheio por ato omissivo ou comissivo do agente infrator.

In casu, para a procedência do pleito indenizatório, incumbe ao requerente/apelado demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, quais sejam: que a representação oferecida foi caluniosa, isto é, dolosa, visando prejudicá-lo.

Do conjunto probatório, não é possível concluir-se que a empresa apelante tenha agido com o intuito manifesto de prejudicar o recorrido.

Ora, não constitui ato ilícito aquele praticado no exercício regular de um direito.

A representação perante a OAB, ausente o propósito inequívoco de ofender, não constitui dano, mas exercício regular do direito assegurado a todo e qualquer cidadão.

O ato de representar, por si só, não enseja a indenização por dano moral, salvo se comprovado o dolo ou a má-fé.

Assim, mesmo sendo inegável o aborrecimento sofrido pela parte recorrida diante da representação formulada perante a OAB, este é, sem dúvida, um dos riscos inerentes ao exercício da advocacia, não se configurando ofensa à sua honra, imagem ou reputação.

Em sua obra *Responsabilidade civil*, Rui Stoco anota o magistério do mestre Caio Mário, segundo o qual:

> O fundamento moral dessa causa de isenção de responsabilidade civil encontra-se no adágio: *qui iure suo utitur neminem laedit*, ou seja, quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*Causas de irresponsabilidade, responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.* 2. ed. Ed. RT, p. 71).

Carvalho dos Santos elucida que:

> A improcedência do processo ou o fato de a denúncia ter sido julgada improcedente não induzem, por si só, à temeridade daquele que denunciou ou promoveu o processo" (*Código civil brasileiro interpretado*. 4. ed., III, p. 131).

Desse entendimento não diverge a jurisprudência:

> Indenização. Representação à OAB. Exercício regular de direito. Assistência judiciária. Condenação em honorários. Possibilidade. - A representação à OAB, ausente o propósito inequívoco de ofender, não constitui dano, mas exercício regular de

direito (art. 160 do Código Civil de 1916 e art. 188 do Código Civil em vigência). O ato de representar, por si só, não dá azo a indenização por dano moral, salvo se comprovado o dolo ou má-fé (TAMG - Sétima Câmara Cível - Apelação nº 2.0000.00.405680-6/000, Relator: D. Viçoso Rodrigues, data do acórdão: 04.12.2003, data da publicação: 17.12.2003).

Indenização. Danos morais. Representação à Ordem dos Advogados. Exercício regular do direito. Exorbitância indemonstrada. Recurso provido.
- Ausente o convencimento da existência de ato ilícito, com tais requisitos e caracterização que levem à responsabilidade indenizatória, ainda que se constitua em um ato lesivo, improcede o pedido.
- 'Não configura ato ilícito, a ensejar indenização por dano moral, representação oferecida à Ordem dos Advogados do Brasil contra um de seus membros, se ausente o propósito de ofender a honra do representado, constituindo tal prática exercício regular de direito' (TAMG – 1ª Câmara Cível - Apelação nº 2.0000.00.458200-5/000, Relator: Tarcísio Martins Costa, data do acórdão: 15.02.2005, data da publicação: 12.03.2005).

Ação de indenização. Danos morais. Representação junto à OAB. Exercício regular de direito. Dever de indenizar afastado. Sentença mantida. - A indenização por ato ilícito pressupõe a coexistência de ação ou omissão culposa ou dolosa, do dano e do nexo causal entre eles, estando o autor, conforme dispõe o art. 333, inciso I, do CPC, incumbido de prová-los, sem o que não subsiste o dever de indenizar. Sinaliza a conduta do requerido exercício regular de seu direito de solicitar esclarecimentos ao órgão de classe ao qual pertencente o autor, sendo lícito seu ato, em conformidade com o Regimento Interno da OAB - subseção Minas Gerais, exame que pode ser instaurado, inclusive, de ofício pela Comissão de Ética (TJMG - Décima Sexta Câmara Cível - Relator: Mauro Soares de Freitas, Apelação nº 1.0024.02.853985-6/001, data do acórdão: 1º.02.2006, data da publicação: 24.03.2006).

Indenização. Danos morais. Representação disciplinar. Ordem dos Advogados do Brasil. Queixa-crime. Exercício regular de direito. Improcedência. - Não gera direito à indenização, o procedimento que não se reveste de caráter doloso ou temerário, como o oferecimento de queixa-crime à autoridade competente e de representação disciplinar à Ordem dos Advogados do Brasil, por não ter o agente obrado consciente da falsidade da imputação e com o propósito de denegrir a moral do representado (TJMG – 16ª Câmara Cível - Relator: José Amâncio, Apelação nº 2.0000.00.483172-5/000, data do acórdão: 16.11.2005, data da publicação: 16.12.2005).

É pacífico o entendimento jurisprudencial de que, para a configuração do ilícito civil e o dever de reparar, necessária a presença daqueles três pressupostos - dano, culpa e nexo de causalidade - concomitantemente, sob pena de improcedência do pleito.

No caso versado, observa-se que o requerente apelado não logrou comprovar o dano e a culpa, bem como a má-fé do agente, inexistindo, pois, o ilícito e, por conseguinte, o dever de reparar, em observância ao preceituado no art. 927 do Código Civil, aplicável à espécie.

Com tais considerações, dá-se provimento ao recurso, para julgar-se improcedente o pleito indenizatório.

Condena-se o autor recorrido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrando-os em R$500,00 (quinhentos reais), observando-se as disposições lançadas no art. 20 do CPC.

Em resumo:

Deu-se provimento ao recurso, a fim de julgar-se improcedente a pretensão indenizatória, tendo em vista que a parte apelante agiu no exercício regular de um direito, inexistindo provas quanto ao apontado ato ilícito.

Impôs-se o ônus sucumbencial.

Custas recursais, pela parte apelada.

O Sr. Des. Osmando Almeida - Trata-se de ação de indenização em que a recorrente busca a reforma da r. sentença que julgou-a

procedente, condenando a apelante ao pagamento do valor correspondente a 100 (cem) salários mínimos a título de danos morais, impondo-lhe a sucumbência.

Em suas razões afirma a apelante que, ao contrário do entendimento esposado pelo d. Julgador, não restou caracterizado nem comprovado o dano moral alegado e que, na hipótese, teria agido

> nos limites do seu direito, ajuizou a representação em face do apelado, no afã de apurar infração disciplinar cometida por aquele, uma vez que teve sua imagem empresarial ofendida em face da desmedida, gratuita e ardilosa argumentação arquitetada pelo apelado, que visava induzir em erro o juízo trabalhista - f. 189.

Compulsando os autos, como o e. Relator, entendo que deve ser dado provimento à apelação interposta, senão vejamos.

A partir da leitura da representação encartada à f. 14/19 dos autos, vê-se que, na realidade, a apelante agiu no estrito cumprimento do seu dever e não praticou qualquer ofensa moral ao recorrido. Na realidade, sentiu-se lesada pela imputação de que "apenas dispensa seus empregados por justa causa" - f. 16 - e que se utilizava da fragilidade do trabalhador dispensado do emprego para fazer acordo e pagar parceladamente as verbas trabalhistas, razão de haver ingressado na OAB - Subseção Itajubá, visando às aplicações das sanções devidas.

À análise dos autos, constata-se que as provas colhidas no feito, notadamente a testemunhal, não foram capazes de evidenciar a existência de prejuízos morais, até mesmo pelo fato de não significar o oferecimento de representação na Ordem dos Advogados do Brasil, atitude apta a gerar o dever de indenizar, constituindo-se, na realidade, reafirme-se, exercício regular de direito a solicitação de esclarecimentos no órgão de classe ao qual pertence o autor apelado, em conformidade com o Regimento Interno da OAB - subseção Minas Gerais.

Tem-se que tal providência pode ser instaurada, inclusive, de ofício pela Comissão de Ética, conforme prevê o art. 40:

> Compete à Comissão de Ética e Disciplina:
> I - fazer as investigações necessárias sobre o exercício profissional dos inscritos na Seção;
> II - opinar liminarmente pelo recebimento ou pela rejeição de representação feita contra qualquer inscrito na OAB;
> III - opinar pela instauração de processo disciplinar e proceder à instrução dos processos instaurados.
> § 1º - A representação, que tramita em sigilo, é instaurada, de ofício, pela própria Seccional, quando tomar conhecimento de ato que viole o Estatuto, o Regulamento ou o Código de Ética (art. 70, § 1º, do Estatuto da OAB) ou, ainda, mediante representação de qualquer autoridade ou pessoa interessada, incluindo-se, nesta última categoria, a representação de Advogado contra Advogado, prevista no Provimento 83/96 do Conselho Federal.

Este Tribunal já teve oportunidade de manifestar-se em várias oportunidades, conforme, v.g, o julgamento na Apelação nº 2.0000.00.491733-3/000, j. em 28.06.2005, em que foi Relator o em. Des. Fernando Caldeira Brant, que, como mão à luva, amolda-se ao presente caso:

> Nesse contexto, assistia à apelada o direito a proceder à representação perante a Ordem dos Advogados do Brasil, já que é esta a autarquia responsável por regular as condutas dos profissionais do direito que exercem a advocacia. Diante de todo o exposto, não se configura como lesiva e antijurídica a conduta tomada pela apelada, que agiu a todo o tempo em exercício regular de direito, não restando demonstrado qualquer abuso. Ressalte-se que é inegável o aborrecimento sofrido pelo apelante diante da representação perante a OAB. Contudo, o fato é inerente aos riscos assumidos em virtude da atividade da advocacia, não sendo hábil a ensejar a ofensa à moral, mormente em se tratando de advogado experimentado como é o caso do apelante. Assim, não restando comprovado o dano que defende o apelante ter sofrido e sem que laborasse a apelada com culpa, não se configurou o pretenso dano moral apontado na inicial.

Entendo, pois, que diferentemente da pretensão exordial, *suma venia*, a doutrina e a jurisprudência entendem que, para existir o direito à indenização decorrente de ato ilícito, é necessário que fique caracterizado o dolo na conduta do agente. Só há que se cogitar de dano moral em favor do representado se o representante tiver agido com dolo, com vontade de denegrir a honra do advogado alvo da representação, o que na hipótese não ocorreu, porquanto, analisados os termos da representação - f. 14/19 -, constata-se que não foram ultrapassados os limites do razoável ao direito de representação no órgão de classe, com pedido de providência.

Ora, quem procura agir na defesa do que entende ser seu direito não comete delito de calúnia ou injúria, nem está difamando o conceito profissional do profissional da advocacia nem de qualquer outra pessoa.

Com tais considerações, estou de acordo com o e. Relator e também dou provimento à apelação, nos termos do seu bem-lançado voto.

O Sr. Des. Pedro Bernardes - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO E ALTERARAM DISPOSITIVO DA SENTENÇA.

-:::-

PRESTAÇÃO DE CONTAS - DEVER DO MANDATÁRIO - ART. 34, XXI, DA LEI 8.906/1994 - ART. 668 DO CÓDIGO CIVIL - INOBSERVÂNCIA - PRESTAÇÃO DE CONTAS NA ESFERA EXTRAJUDICIAL - AUSÊNCIA DE PROVA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - POSSIBILIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA

Ementa: Apelação cível. Ação de prestação de contas. Preliminar de cerceamento de defesa. Inocorrência. Alegada prestação de contas na esfera extrajudicial não comprovada. Recurso a que se nega provimento.

- O magistrado tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente ao verificar que os documentos trazidos aos autos são suficientes para firmar o seu entendimento, mormente quando se trata de questão eminentemente de direito.

- É indiscutível o dever do mandatário de prestar contas de sua gestão, comprovando documental e pormenorizadamente o valor recebido em nome da mandante e o que lhe foi efetivamente revertido, a fim de se apurar a existência de eventual saldo devedor.

- A prestação de contas pelo mandatário tem expressa previsão legal, a teor do art. 34, inciso XXI, da Lei nº 8.906/94 - Estatuto da Advocacia - e do art. 668 do atual Código Civil Brasileiro. Ademais, o mero demonstrativo de pagamentos junto com um recibo genérico de quitação não supre a obrigação do procurador de prestar contas de seus atos como mandatário.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.06.004677-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Evaldo Roberto Rodrigues Viegas em causa própria - Apelada: Tânia Maria dos Santos Lage – Relator: Des. ADILSON LAMOUNIER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de fevereiro de 2007 - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Adilson Lamounier - Conheço do recurso porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação cível interposta por Evaldo Roberto Rodrigues Viegas contra a sentença de f. 41/44, que julgou procedente o pedido contido na ação de prestação de contas ajuizada por Tânia Maria dos Santos Lage em face do apelante e estabeleceu que, nos termos do § 2º do art. 915 do Código de Processo Civil, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, este preste as contas demonstrativas dos valores constantes na Ação Trabalhista nº 1350-2005-107-03-00-0, sob pena de arcar com a conta apresentada pela apelada.

Interpostos embargos de declaração f. 45/46, que foram rejeitados à f. 48, ao fundamento de que estes tinham o intuito de reformar a sentença, por essa razão seria a via eleita inadequada.

Em suas razões recursais de f. 49/53, alega o apelante, em preliminar, o cerceamento de sua defesa, ao fundamento de que houve julgamento antecipado da lide, sem que lhe fosse dada oportunidade de provar as suas alegações.

Aduz que a decisão não considerou os documentos juntados com a sua defesa e que estes não foram sequer impugnados pela apelada. Assim, o contrato de f. 31 e demonstrativo de f. 32, bem como os demais documentos comprovam a prestação de contas extrajudicialmente.

Por fim, sustenta que a autora deseja rediscutir o contrato de honorários, sendo imprestável a ação de prestação de contas para tal intento.

Pugna pelo provimento do apelo para que se acolha a preliminar argüida ou no mérito julgue improcedentes os pedidos iniciais, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Contra-razões apresentadas às f. 56/59.

Recurso regularmente processado, tempestivo e devidamente preparado (f. 54).

É o breve relatório.

Preliminar de cerceamento de defesa.

Insurge o recorrente contra a decisão que lhe obrigou a prestar contas referente ao mandato advocatício oriundo da Ação Trabalhista de nº 1350-2005-107-03-00-0, alegando, em preliminar, que o julgamento antecipado da lide, sem que lhe fosse dada oportunidade de provar as suas alegações, causou-lhe cerceamento de defesa.

Compulsando os autos, verifica-se que razão não lhe assiste.

Inobstante os argumentos apresentados pelo apelante, não vislumbro qualquer vício a inquinar de nulidade o *decisum* sob exame.

O magistrado deve apreciar a controvérsia, sendo livre para formar o seu convencimento, nos termos do art. 131 do CPC. Para tanto, deve utilizar os fatos, provas e legislação que entender aplicáveis ao caso e, ao final, proferir o seu julgamento.

No tocante à necessidade da produção de provas, o magistrado tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, ao verificar que os documentos trazidos aos autos são suficientes para firmar o seu entendimento.

Neste sentido confira-se a jurisprudência do colendo STJ, *in verbis*:

> Processual civil. Agravo regimental. Ausência de omissão, contradição ou falta de motivação no acórdão *a quo*. Desnecessidade de produção de prova. Julgamento antecipado da lide. Livre convencimento do magistrado. Acervo documental suficiente. Inocorrência de cerceamento de defesa. Reexame do conjunto probatório. Súmula nº 07/STJ. Impossibilidade. Precedentes.
> 1. *Omissis*. (...).
> 3. Argumentos da decisão *a quo* que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de motivação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado

pelas partes, mas, sim, com seu livre convencimento (art.131 do CPC), usando os fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e à legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto *a quo*.
4. Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide.
5. Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, 'a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide' e que 'o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento' (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, *DJ* de 17.05.99) 6. Precedentes no mesmo sentido: MS nº 7834/DF, Rel. Min. Félix Fischer; REsp nº 330209/SP, Rel. Min. Ari Pargendler; REsp nº 66632/SP, Rel. Min. Vicente Leal, AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp nº 39361/RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca; EDcl nos EDcl no REsp nº 4329/SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira. Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pleiteada.
7. *Omissis*.
8. Agravo regimental não-provido (AgRg no REsp 820.697/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, j. em 04.05.2006, *DJ* de 29.05.2006, p. 202).

No caso em tela, o Magistrado utilizou-se do poder-dever que lhe foi concedido legalmente para julgar antecipadamente a lide, razão pela qual não há que se falar em cerceamento de defesa.

Trata-se de matéria eminentemente de direito, dispensando a dilação probatória pretendida pelo recorrente, a qual poderá ser requerida na segunda fase processual, em que será apurado eventual débito.

Ademais, os argumentos trazidos pelo apelante em preliminar confundem-se com o próprio mérito da causa.

Com tais colocações, rejeito a preliminar.

Mérito.

Inconformada, a parte reitera, no mérito, os argumentos utilizados na preliminar, asseverando que as contas foram prestadas, pois os documentos juntados na defesa são suficientes. Afirma ainda que a intenção da apelada é rediscutir o contrato de honorários.

Sem razão.

A propósito, cumpre esclarecer que a ação de prestação de contas se desenvolve em duas fases, quando o réu oferece contestação à pretensão do autor: na primeira, verifica-se se há ou não o dever de prestá-las, ao passo que, na segunda, apura-se o *quantum* do crédito ou débito.

Inegavelmente, é dever do mandatário prestar contas de sua gestão, conforme estabelecem os arts. 34, inciso XXI, da Lei nº 8.906/94 - Estatuto da Advocacia - e 668 do atual Código Civil Brasileiro, comprovando de maneira pormenorizada e inequívoca o destino dado aos valores recebidos em nome da mandante, apresentando os documentos pertinentes, a fim de apurar a existência de eventual saldo.

Assim, o obrigado a prestar contas se presume devedor enquanto não prestá-las e estas forem aceitas pela parte contrária ou reconhecidas judicialmente.

In casu, não há dúvida de que a relação material existente entre as partes é decorrente da outorga de mandato. Assim, a obrigatoriedade do mandatário de prestar-lhe contas resulta da dúvida da mandante no tocante ao acerto entre eles em relação ao mandato, tanto que a apelada, insatisfeita, exigiu do apelante a prestação de contas extrajudicialmente, conforme este reconhece em sua contestação.

É certo que o profissional precavido e ciente das suas obrigações para com seus clientes deve manter contabilidade impecável em relação aos atos praticados durante o mandato, bem como deveria ser o primeiro a manifestar o desejo de prestar conta dos seus atos para afastar quaisquer dúvidas sobre a sua idoneidade.

Ademais, a teor do inciso II do art. 333 do CPC, caberia ao apelante provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da apelada, mas isso de fato não ocorreu, pois os documentos trazidos na defesa não supriram a devida prestação de contas.

No mesmo sentido a jurisprudência, conforme se depreende do julgado a seguir transcrito, *in verbis*:

> Processual civil. Ação de prestação de contas. Mandato. Advogado. Obrigatoriedade. Saldo credor apurado na segunda fase. Correção monetária e juros moratórios. Incidência dos arts. 1.301 e 1.303 do Código Civil/1916. Súmula 43/STJ.
> - A prestação de contas é inerente ao instituto do mandato, sendo obrigação do mandatário prevista no Código Civil e na Lei n° 8.906/94 (Estatuto da Advocacia).
> - Comete ilícitos contratuais o mandatário que não presta contas ao mandante e não lhe entrega o que recebeu em nome deste. Exegese dos arts. 1.301 e 1.303, ambos do Código Civil/1916.
> - O*missis*.
> - Recurso especial não conhecido (REsp 687.101/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 06.04.2006, *DJ* de 02.05.2006 p. 307).

Cumpre ressaltar ainda que a ciência do valor do levantamento não inibe, no presente caso, a pretendida prestação de contas, uma vez que, conforme bem decidido na instância de origem, a autora tão-somente exerce o seu direito de saber a destinação do dinheiro levantado pelo advogado.

Assim, o mero demonstrativo de pagamentos juntamente com um recibo genérico de quitação não supre a obrigação do procurador de prestar contas de seus atos como mandatário. Principalmente pelo fato de que não há nos autos prova inequívoca de que estes foram apresentados à cliente.

Ademais, as questões relativas ao recibo e ao demonstrativo apresentados pelo apelante na sua defesa não têm lugar na primeira fase processual, na medida em que são relacionadas ao *quantum* a ser apurado, que somente deverá ser objeto de apreciação na segunda fase.

Por tudo isso, não há que se falar em improcedência do pedido, pois a apelada lançou mão do remédio jurídico correto, qual seja a presente ação de prestação de contas, a qual compete a quem tiver o direito de exigi-las ou a obrigação de prestá-las, nos termos do art. 914 do Código de Processo Civil.

Mediante tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator as Desembargadoras *Cláudia Maia* e *Eulina do Carmo Almeida*.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - VENDEDOR AMBULANTE - MERCADORIA - APREENSÃO - AGENTE FISCAL - PODER DE POLÍCIA - ATO ADMINISTRATIVO - VÍCIO DE MOTIVO - ILEGALIDADE - MUNICÍPIO - RESPONSABILIDADE CIVIL

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Comerciante ambulante. Apreensão de mercadorias. Poder de polícia. Ilegalidade do ato administrativo. Vício de motivo. Razão estranha à previsão legal. Dano moral. Dever de indenizar configurado.

- A legalidade do ato administrativo decorre da observância de todos os elementos necessários à sua validade, exigindo-se que o motivo que, de fato, justificou a conduta dos agentes coincida com o motivo previsto na lei.

- Apesar de o Código de Posturas Municipal dispor que o exercício de comércio ambulante sem a obtenção de licença especial poderá justificar a apreensão das mercadorias, deve estar demonstrado ter sido esse o motivo da atitude dos fiscais. Estando comprovado que não houve a necessária correspondência entre o motivo legal e o motivo invocado na autuação, o ato se macula de ilegalidade, gerando a responsabilização por danos causados. O constrangimento do comerciante a cumprir exigência destituída de previsão legal acarretou ofensa aos direitos de liberdade, igualdade e propriedade, sujeitando-o a situação vexatória, dando ensejo à indenização por danos morais.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0317.04.037971-9/001 - Comarca de Itabira - Apelante: Edson José dos Santos - Apelado: Município de Itabira - Relatora: Des.ª HELOÍSA COMBAT

Acórdão

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

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2007. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Heloísa Combat - Conheço do recurso, presentes os seus pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Trata-se de demanda proposta por Edson José dos Santos contra o Município de Itabira, em que pretende receber indenização por danos morais e materiais que lhe teriam sido causados por atos de fiscais do Município.

De acordo com o relatado na exordial, o autor retira seu sustento da comercialização de bebidas e alimentos em festividades públicas realizadas nas ruas da cidade, onde montava uma barraca para a venda das mercadorias. Apesar de confessar que não possuía autorização da Prefeitura para o exercício dessa atividade, aduz que foi submetido a tratamento discriminatório, haja vista que outros ambulantes na mesma situação não tiveram suas mercadorias apreendidas, como ocorreu com o ora recorrente.

Entre os fundamentos de sua pretensão, afirma ter sido alvo de perseguições dos fiscais, enfatizando que, em certa ocasião, foi abordado pelos agentes públicos sob a alegação de que a cerveja que comercializava não correspondia à que estava autorizada. Aduz que, nesse episódio, foi agredido por policiais, a pedido dos fiscais, e levado à delegacia, onde permaneceu por mais de uma hora.

Reclama, ainda, da ausência de cautela com os bens apreendidos, que teriam sido encontrados sujos e em mau estado de conservação.

O douto Sentenciante julgou improcedente o pedido, por constatar que o Código de Posturas

do Município exige licença para o exercício de comércio ambulante, sujeitando o infrator à apreensão da mercadoria em seu poder. Em relação às supostas agressões físicas sofridas, expôs que decorreram de atos de Policias Militares, pelos quais não cumpre ao Município responder.

Data venia, examinando as provas colhidas e diante das alegações tecidas na peça recursal, constato que a atuação dos agentes do Município não guardou a necessária congruência com a norma legal, o que tem o condão de macular os atos com o vício da ilegalidade.

De início, verifico que o Município de Itabira transcreveu em sua contestação alguns dispositivos retirados da Lei Municipal 1.972/78, com vistas a embasar a atuação de seus agentes, sem, contudo, juntar aos autos o texto integral do diploma. Ainda assim, pela internet é possível visualizar o Código de Posturas do Município de Itabira, na página.

A legislação municipal prevê, a respeito da atividade de comércio realizada sem estabelecimento, instalação ou localização fixos, ou, em determinadas épocas do ano, que o seu exercício deve ser precedido de licença da Prefeitura. Admite-se que a Administração Pública, pautada na lei, restrinja o exercício dos direitos individuais em prol do interesse público, valendo-se do poder de polícia.

No caso, existe norma legal que condiciona expressamente o comércio ambulante, sujeitando-o a determinados requisitos, prevendo, ainda, que eventual infração sujeitará o administrado à apreensão das mercadorias, além do pagamento de multa.

Dispõe a mencionada lei municipal:

> Art. 165 - O exercício do comércio ambulante ou eventual dependerá sempre de licença especial, que será concedida de conformidade com as prescrições da legislação tributária do Município.
> Art. 166 - (...)
> § 1º - O vendedor ambulante ou eventual não licenciado para o exercício ou período em que esteja exercendo a atividade ficará sujeito à apreensão da mercadoria em seu poder, mesmo que pertença à pessoa licenciada.
> Art. 167 - É proibido ao vendedor ambulante ou eventual, sob pena de multa: (...)
> IV - a venda de bebidas alcoólicas;

Não há dúvidas de que o autor infringiu o Código de Posturas, por proceder à venda de bebidas alcoólicas, além de produtos alimentícios, sem possuir a licença especial da Prefeitura para o desempenho dessa atividade. Ainda assim, a mera constatação de que o administrado praticou ato contrário à legislação é insuficiente para conferir legalidade à atuação dos agentes municipais.

A validade do ato administrativo pressupõe a conformidade com a lei em todos os seus elementos, notadamente quanto à competência, à forma, ao objeto, ao motivo e à finalidade. Dessarte, além de questionar se a restrição ao direito individual contém previsão legal, há que indagar se a autuação foi feita por autoridade competente, na forma prevista na lei, se as circunstâncias fáticas que justificaram a conduta correspondem ao fundamento legal e, enfim, se o objetivo que direcionou o exercício do poder de polícia foi o interesse público.

Em relação ao elemento “motivo”, a norma deve prever os pressupostos fáticos que autorizam a prática do ato. A validade exige, além da existência, no plano concreto, das circunstâncias previstas pela lei como razões hábeis a justificar a implementação do ato, que a prática tenha, efetivamente, se embasado no motivo preceituado pela lei, e não em outras razões que lhe forem estranhas. Dessa forma, prevendo a norma que o exercício do comércio ambulante sem licença autoriza a apreensão da mercadoria, o motivo da apreensão deve ser a inexistência de licença, e não outro não mencionado na lei, sob pena de viciar o ato administrativo.

Precisamente nesse sentido são os ensinamentos do culto administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, a respeito dos pressupostos de validade do ato administrativo:

> Cumpre distinguir motivo do ato de motivo legal. Enquanto este último é a previsão

> abstrata de uma situação fática, empírica, o motivo do ato é a própria situação material, empírica, que efetivamente serviu de suporte real e objetivo para a prática do ato. É evidente que o ato será viciado toda vez que o motivo de fato for descoincidente com o motivo legal (*Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 378).

Apesar de constar no auto de infração e apreensão das mercadorias que a irregularidade que justificou o constrangimento foi o fato de o ambulante não deter autorização para a atividade, os depoimentos colhidos demonstram que o motivo de fato foi outro. O exercício do poder de polícia se revelou eivado de vícios, direcionado por razões que não encontram previsão legal e por critérios particulares e subjetivos.

Extrai-se do depoimento de um dos fiscais responsáveis pela apreensão das mercadorias do demandante:

> (...) houve deliberação da sessão de fiscalização da Prefeitura para que uma determinada área fosse ocupada por vendedores em situação irregular; que o requerente, além de descumprir o local permitido para instalação, ocupando uma área próxima a uma rotatória, ainda estava vendendo cerveja de marca distinta daquela que estava sendo comercializada no evento (...) (f. 54).

A testemunha do requerente que presenciou o incidente também afirma:

> que na época os fiscais alegaram que o requerente estava vendendo cerveja Skol, quando havia exclusividade da marca Skincariol (...); que o depoente presenciou os fiscais da Prefeitura dizendo ao requerente que ele estava vendendo cerveja de outra marca no local (f. 57).

A prova testemunhal demonstra que o fato de o comerciante não estar licenciado pela Prefeitura para o exercício de suas atividades não foi o motivo que, de fato, acarretou a apreensão de suas mercadorias. Consta, inclusive, que houve uma medida de tolerância com os ambulantes irregulares, sendo permitido que realizassem as vendas em determinada área.

Os depoimentos revelam que os agentes municipais exigiram do administrado condutas desprovidas de amparo legal, realizando a apreensão em razão da inobservância de suas determinações. Essas exigências, porém, que constituem o motivo do ato administrativo não coincidem com a previsão legal, não se sabendo qual o respaldo para a determinação de que apenas determinada marca de cerveja fosse comercializada na festividade.

Mesmo a questão da delimitação de determinado espaço onde poderiam permanecer os comerciantes ambulantes prescinde de amparo legal.

A conduta discricionária dos fiscais, sem a observância dos elementos vinculados do ato, resultou em tratamento ilegal, pois o comerciante foi constrangido e punido por descumprir uma determinação que não consta na lei.

Houve ofensa ao direito constitucional assegurado no art. 5º, II, que dispõe que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Nesse sentido, os limites da atuação legítima foram extrapolados, adentrando a hipótese de abuso de poder. O Estado Democrático de Direito tem por pressuposto a sujeição de todos aos limites legais, inclusive dos próprios governantes e agentes da Administração. Não se admite atitudes arbitrárias, assim entendidas aquelas que decorrem do juízo privativo do agente, de exigências ou circunstâncias que procedem de suas próprias razões. O administrador deve atuar quando autorizado pela lei e segundo os limites previamente estabelecidos.

Estando demonstrado que a abordagem do autor e a apreensão de suas mercadorias se embasaram em motivo diverso do previsto em lei, o ato resulta ilícito, o que enseja a responsabilização do Município pelos danos resultantes do evento, independentemente da configuração de culpa.

Não se olvide, ainda, que a conduta não objetivou o resguardo do interesse público, ao contrário, impondo-se limitação voltada aos interesses particulares de determinados comer-

ciantes e empresas, pela exclusividade de venda concedida a determinada marca de cerveja. Por esse aspecto denota-se, ainda, vício de finalidade.

O dever de indenizar decorre da previsão do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, segundo a qual as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes nessa qualidade causarem a terceiros.

Resta, assim, verificar se a conduta acarretou danos ao autor. Quanto a esse aspecto, não podem ser considerados os atos cometidos por policiais militares, vinculados à corporação do Estado. O Município não pode ser responsabilizado por atos de servidores de órgãos estaduais, mas apenas de seus próprios agentes, no caso os fiscais da divisão de posturas municipais.

Ademais, há indícios de que o comerciante reagiu à apreensão, danificando o patrimônio público e agredindo os fiscais, praticando, dessa forma, atos que, em tese, poderiam justificar sua detenção.

De fato, o próprio demandante declarou em seu depoimento pessoal que "normalmente é preso sob alegação de desacato a autoridade, porque se nega a entregar a mercadoria apreendida" (f. 53).

Obviamente, caberá a responsabilização por eventuais excessos cometidos, porém a matéria é estranha a esta lide, por não figurar o Estado de Minas Gerais como parte no processo.

Não encontro prova dos prejuízos materiais. A alegação de que determinada quantia em dinheiro teria desaparecido da barraca do requerente durante as atuações dos fiscais não possui amparo probatório. Em relação aos bens apreendidos, consta na parte inferior do auto de infração e apreensão o local onde estariam depositados. Nenhum indício há de que o Poder Público deixou de cuidar para que as mercadorias fossem conservadas de forma adequada.

Os prejuízos de ordem moral se manifestam na esfera íntima da pessoa, não possuindo, em regra, elementos materiais que comprovam sua existência, pelo que a sua caracterização não se respalda na prova do dano em si, mas da ofensa que foi direcionada diante da situação a que foi exposta a vítima.

Somente pelo bom senso e pelo exercício da virtude de se colocar no lugar do outro é possível aferir se houve ou não ofensa moral, inexistindo mecanismo objetivo de medição de prejuízos dessa ordem.

A respeito do tema, assevera com precisão Humberto Theodoro Júnior, ao explicitar a natureza não econômica do prejuízo causado:

> os danos morais se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado. (...) Assim, há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões na esfera interna e valorativa do ser com entidade individualizada (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. Ed. Juarez de Oliveira, 2001, p. 2).

Segundo Rui Stoco (*Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004):

> também pode-se entender 'dano psíquico' como o distúrbio ou a perturbação causada à pessoa, através de sensações anímicas desagradáveis, embora passageiras ou transeuntes, em que a palavra 'dano' está mal aplicada e tem um sentido meramente translato, figurativo e veicular.
> (...) a pessoa é atingida na sua parte interior, anímica ou psíquica, através de inúmeras sensações desagradáveis e importunantes, como, por exemplo, a dor, a angústia, o sofrimento, a tristeza, o vazio, o medo, a insegurança, o desolamento e outros (p. 1.661/1.662).

No caso concreto, tenho que o autor foi vítima da prática injusta e abusiva dos agentes municipais, sendo constrangido a observar exigência destituída de fundamento legal. Houve restrição indevida, dessa forma, a direitos que se inserem entre os fundamentos da dignidade da pessoa, por ofensa à liberdade, à igualdade e à propriedade.

Essa situação causa aflições, ansiedade, medo, desgastes emocionais e frustrações anormais, fortes sentimentos de estar sendo injustiçado e coagido. Adiciona-se, ainda, que o comerciante foi exposto a situação constrangedora, pois a apreensão foi feita à vista de várias pessoas, em meio a festividades do carnaval, o que, indubitavelmente, acarreta humilhação e danos à moral, à imagem da pessoa perante seus pares.

Uma vez demonstrado que os agentes municipais atuaram de forma ilegal, valendo-se de motivos estranhos à previsão legal, e que esses atos acarretaram danos ao autor em sua esfera íntima, abalo emocional e transtornos, ocasionando prejuízos afetos à esfera psicológica e aos sentimentos, cabe a reparação pelos danos morais causados.

Na ponderação do valor da indenização, deve ser considerada a dupla finalidade do instituto, cujos objetivos são, por um lado, a punição do ofensor, como forma de coibir a sua reincidência na prática delituosa, e, por outro, a compensação da vítima pela dor e sofrimento vivenciados.

Assim, não se pode perder de vista que o ofensor deve ser penalizado pela prática de ato ilícito, merecendo ser repreendidos os abusos no exercício do poder de polícia. Por outro lado, o ressarcimento não pode servir de fonte de lucro ou de enriquecimento sem causa para o ofendido.

Para a fixação da indenização, devem-se levar em conta, ainda, as condições das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento.

Invoca-se, a respeito, o magistério de Rui Stoco:

> tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de "binômio do equilíbrio", de sorte que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento para quem recebe, nem causa de ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada, que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido (*Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2004, p. 1.709).

Dessa orientação não diverge a jurisprudência, conforme se infere no seguinte precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (STJ - 4ª T. - REsp - Rel. Sálvio de Figueiredo - j. em 19.05.1998 - *RSTJ* 112/216).

Como foi afirmado, a conduta ilícita comprovadamente praticada consistiu na exigência de que o comerciante vendesse bebida de marca preestabelecida e na apreensão das mercadorias em razão da inobservância dessa determinação.

O vendedor contribuiu para a conduta, porém, por não ter a licença especial exigida pelo Código de Posturas. De fato, a parte se encontrava em situação irregular. Embora não tenha sido esse o motivo do ato, essa atitude demonstra que o comerciante estava assumindo o risco de ser constrangido pela infração à lei municipal. Extrai-se da prova testemunhal, inclusive, que, em muitas outras ocasiões, o comerciante teve conflitos com os fiscais, que culminaram na apreensão de suas mercadorias em razão de não possuir a licença para exercer a atividade. Essas circunstâncias conduzem à conclusão de que os prejuízos sofridos não foram graves.

Ponderando todos esses aspectos entendo que o montante de R$3.000,00 (três mil reais) se mostra adequado para compensar a parte pelos prejuízos causados.

O valor da indenização deverá ser atualizado desde a data da decisão que a impôs e os juros de mora incidirão desde o evento danoso.

Em vista dos fundamentos expostos, dou parcial provimento ao recurso para julgar parcialmente procedentes os pedidos da inicial, condenando o Município de Itabira em indenização por danos morais no valor de R$3.000,00 (três mil reais), incidindo juros de mora desde 22.02.2004, quando ocorreu o ato ilícito (Súmula 54 do STJ), e correção monetária pela Tabela da douta Corregedoria de Justiça, desde a data da publicação do acórdão.

Embora haja sucumbência recíproca, considerando que as atitudes dos agentes municipais deram causa à propositura da demanda, restando demonstrada a configuração de ato ilícito, condeno o Município a pagar honorários advocatícios que arbitro em R$800,00 (oitocentos reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, estando isento das custas.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Alvim Soares* e *Edivaldo George dos Santos*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

PROCESSO DE EXECUÇÃO - TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - ACORDO JUDICIAL - SENTENÇA - DIREITO DE REGRESSO - POSSIBILIDADE

Ementa: Agravo de instrumento. Execução. Denunciação da lide. Acordo entre as partes. Manutenção do direito de regresso.

- A denunciação da lide visa a possibilitar, em um mesmo processo, o julgamento da lide principal, bem como da resultante de uma possível relação jurídica existente entre denunciante e denunciado. O simples fato de o agravante celebrar acordo no curso da execução, movida pelo autor do processo de conhecimento, em nada obsta que aquele procure a efetivação do seu direito de regresso declarado em sentença, em face do agravado.

AGRAVO N° 1.0024.96.059280-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Ricardo Adib Rachid - Agravado: José Vicente de Lima - Relator: Des. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de março de 2007. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Eduardo Mariné da Cunha - Cuida a espécie de agravo de instrumento interposto por Ricardo Adib Rachid contra decisão proferida nos autos da execução que move em face de José Vicente de Lima, cuja cópia se encontra às f. 11/12-TJ, na qual o Julgador primevo revogou a intimação do agravado para pagar o valor executado, ao fundamento de que o acordo celebrado entre o agravante e o Sr. Luis Carlos Ribeiro não ressalvou o direito de regresso contra o terceiro denunciado.

O agravante sustenta que a sentença do processo de conhecimento lhe assegurou o direito de regresso contra o denunciado agravado. Com isso, a execução que promove em face deste não possui como objeto o acordo celebrado entre o denunciante agravante e o autor da lide principal, mas sim a sentença retromencionada. Pugna pela atribuição de efeito suspensivo ativo ao recurso, sendo determinado ao Juízo primevo o prosseguimento do cumprimento da sentença.

Recebido o agravo de instrumento nos efeitos devolutivo e suspensivo ativo (f. 71-72-TJ), o agravado não apresentou contraminuta.

Reunidos os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do presente recurso de agravo de instrumento.

Alega o agravante, em síntese, que o título judicial que deu origem à ação de execução, condenando-o ao pagamento de determinada quantia, também lhe assegurou o direito de regresso contra o denunciado agravado. Com isso, malgrado a realização de acordo entre o agravante e o autor do processo principal, persiste o direito de regresso previsto na referida sentença (f. 38/47-TJ).

A princípio, constata-se que a referida sentença foi clara ao garantir ao agravante o direito de regresso contra o denunciado agravado, na medida em que julgou procedente a denunciação da lide: "(..) julgando procedente, outrossim, as denunciações da lide, para reconhecer os direitos de regresso do réu e do 1º denunciado José Vicente Lima" (f. 46-TJ).

Cumpre ressaltar, com isso, que a figura da denunciação da lide, que resultou no direito de regresso do agravante, visa a possibilitar, em um mesmo processo, o julgamento da lide principal, bem como da resultante de uma possível relação jurídica existente entre denunciante e denunciado, referente a um direito de garantia ou de regresso, relacionado ao objeto da lide principal, primando, dessa forma, pela concretização do princípio da economia e da celeridade processual.

Sobre o tema, já escreveu Humberto Theodoro Jr.:

> Visa a denunciação a enxertar no processo uma nova lide, que vai envolver o denunciante e o denunciado em torno do direito de garantia ou de regresso que um pretende exercer contra o outro. A sentença, de tal sorte, decidirá não apenas a lide entre autor e réu, mas também a que se criou entre a parte denunciante e o terceiro denunciado. A denunciação provoca uma verdadeira cumulação de ações, de sorte que o denunciante, perdendo a causa originária, já obterá sentença também sobre sua relação jurídica perante o denunciado, e estará, por isso, dispensado de propor nova demanda para reclamar a garantia da evicção ou da indenização de perdas e danos devida pelo denunciado. Haja ou não aceitação da denunciação, o resultado do incidente é sujeitar o denunciado aos efeitos da sentença da causa. Este decisório, por sua vez, não apenas solucionará a lide entre autor e réu, mas também, julgando a ação procedente, declarará, conforme o caso, o direito do evicto ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo, para o denunciante (art. 76) (*Curso de direito processual civil.* 37. ed., 2001, v. I, p. 115/117).

Constata-se, assim, que o julgamento da denunciação da lide, juntamente com o processo principal, possibilita ao denunciante que, reconhecido o seu direito de regresso ou de garantia, proponha ação de execução diretamente contra o denunciado, para ressarcir o que vier a despender.

Nesse sentido, já se manifestou o colendo STJ:

> Processo civil. Denunciação da lide pelo réu. Ação julgada procedente. Necessidade de julgamento das duas ações, a principal e a secundaria. Art. 76 do Código de Processo Civil. Em processo com denunciação da lide feita pelo réu, impõe-se o pronunciamento sobre a denunciação, provendo-se o duplo julgamento das ações (REsp 52157, Rel. Ministro Hélio Mosimann, p. 04.12.1995, STJ).

In casu, a sentença que deu cabo ao processo de execução, conforme já demonstrado, foi expressa em declarar o direito de regresso do denunciante.

Assim sendo, resta patente o reconhecimento de duas relações jurídicas pelo Juízo primevo, quais sejam: o dever do agravante de indenizar o autor da ação principal, bem como o direito de regresso do agravante contra o agravado.

Sobre a independência das relações decorrentes da denunciação da lide, já se manifestou este tribunal, *in verbis*:

> A denunciada não é co-devedora da denunciante em relação ao autor. Não há cunho de solidariedade, constituindo-se relações jurídicas autônomas, posto não haver qualquer relação entre o autor principal e a denunciada, tanto que esta não pode ser condenada em face da parte ex adversa da denunciante (AI nº 1.0024.99.087427-3/001(1), Rel. Des. Alvimar de Ávila, p. 11.02.2006, TJMG).

Podemos afirmar, dessa forma, que o simples fato de o agravante celebrar acordo no curso da execução, movido pelo autor do processo principal, em nada obsta que aquele procure a efetivação do seu direito de regresso declarado em sentença, em face do agravado, visto que, conforme já observado, trata-se de relações diversas.

Assim sendo, a celebração do acordo não interferirá no ressarcimento do denunciante agravante, haja vista a existência de título executivo determinando que o agravado deverá ressarcir o agravante do que este desembolsar a título de indenização ao autor.

Contudo, insta ressaltar que o denunciado agravado não poderá ser prejudicado pelo acordo celebrado entre o agravante e o autor da ação indenizatória principal. Assim, o mencionado acordo não poderá resultar para o denunciado em dever de ressarcimento mais gravoso do que seria estipulado na sentença.

Finalmente, considerando-se a admissibilidade da ação de regresso em favor do denunciado agravante, mesmo após celebração de acordo entre este e autor na ação principal, não vislumbro qualquer óbice para o prosseguimento da ação de execução.

Com tais considerações, dou provimento ao agravo de instrumento, para cassar a decisão agravada e determinar o prosseguimento do feito, intimando-se o agravado para que dê cumprimento à sentença, nos termos do art. 475 J do CPC.

Custas recursais, pelo agravado.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Irmar Ferreira Campos* e *Luciano Pinto*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

TAXA DE CONDOMÍNIO - INADIMPLEMENTO - PAGAMENTO - RESPONSABILIDADE - PROMISSÁRIO COMPRADOR - POSSE COM *ANIMUS DOMINI* - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - REGISTRO - AUSÊNCIA - IRRELEVÂNCIA - PROMITENTE VENDEDOR - ILEGITIMIDADE PASSIVA - CONTRATO - RESCISÃO - CURSO DO PROCESSO - PRESTAÇÕES VINCENDAS - INCLUSÃO - IMÓVEL - DESOCUPAÇÃO - INEXIGIBILIDADE

Ementa: Ação de cobrança. Cotas condominiais. Contrato de promessa de compra e venda não registrado. Ocupação do imóvel pela promissária compradora conhecida pelo condomínio. Responsabilidade desta pelo pagamento. Parcelas vincendas. Inclusão. Art. 290 do CPC. Parcial provimento do apelo.

- Em que pese não ter sido a promessa de compra e venda registrada, não é a construtora promitente vendedora responsável pelos encargos condominiais, porquanto estes cabem àquele que, efetivamente, tem usufruído do domínio útil e da posse do imóvel, qual seja a promissária compradora.

- A ausência do registro não pode servir como estratégia em favor do condomínio, consciente da efetiva posse externada pelo condômino, para satisfação do seu crédito junto à construtora, sabidamente mais capitalizada do que esse.

- O recurso merece parcial provimento, tão-somente para incluir as parcelas vincendas, devidas até a desocupação do imóvel pela promissária compradora, na forma do art. 290 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.816833-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Condomínio do Edifício Veneza - Apeladas: Gesto Construtora Ltda. e Sandra Maria Fonseca - Relator: Des. BATISTA DE ABREU

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de março de 2007. - *Batista de Abreu* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Batista de Abreu - O Condomínio do Edifício Veneza ajuizou ação de cobrança, pelo rito sumário, em face de Gesto Construtora Ltda. e Sandra Maria Fonseca, afirmando-se credor da quantia de R$ 7.288,48, referente ao inadimplemento da taxa de condomínio dos meses de janeiro a dezembro de 2002; janeiro a dezembro de 2003; janeiro, fevereiro e agosto a dezembro de 2004 e janeiro a agosto de 2005 do apartamento 304 do Edifício Veneza, de propriedade da 1ª ré e ocupado pela 2ª. Requereu a procedência do pedido, para condenar as requeridas ao pagamento da importância citada, acrescida de juros, correção monetária e multa, além de custas e honorários.

Em audiência, frustrada a conciliação, ofertou a 1ª ré, oralmente, contestação, argüindo preliminar de ilegitimidade passiva, haja vista a transferência do imóvel à outra ré em 22.10.1998. Quanto ao mérito, impugnou os valores descritos na planilha de débito, assim como a multa de 10%, concluindo ser um absurdo que a transmitente do apartamento tenha que arcar com os ônus condominiais. Pugnou pela sua exclusão da lide e, eventualmente, pela improcedência da pretensão inicial.

A 2ª requerida também se defendeu, alegando que o imóvel se encontra sob litígio com a construtora, cabendo a esta pagar uma parte do encargo condominial; que a planilha de atualização da dívida deve ser atualizada, de modo a incidir juros de 0,5%, correção monetária pela tabela da CGJ/MG e multa de 2%.

A sentença de f. 136/140 rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva da construtora e julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar apenas a 2ª suplicada, Sandra Maria Fonseca, ao pagamento do valor de R$ 5.438,00, corrigido segundo o índice eleito pela tabela da CGJ/MG desde o ajuizamento da ação e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação e multa de 2%. Em razão da improcedência do pedido com relação à 1ª ré, o autor foi condenado a pagar-lhe honorários advocatícios de 10% sobre o valor dado à causa. De acordo com a Magistrada sentenciante, "a responsabilidade pelas taxas de condomínio e demais despesas é da requerida Sandra Maria Fonseca", pois "os documentos de f. 113/132 demonstram que a requerida ocupava o indigitado imóvel na condição de promitente compradora. Por outro lado, não houve a juntada da prova da propriedade do imóvel.

O Condomínio do Edifício Veneza interpõe apelação, insurgindo-se contra a improcedência do pedido com relação à Gesto Construtora Ltda., ao argumento de que o contrato de promessa de compra e venda do apartamento 304, além de não ter sido registrado, foi rescindido por força de decisão judicial, não tendo esta jamais deixado de ser sua proprietária, sendo devedora das obrigações *propter rem*. Diz que a obrigação de pagar os encargos condominiais é do proprietário, sendo que a relação jurídica entre promitente vendedora e promissária compradora não pode ser oposta ao condomínio; que se aplica ao caso as normas do CC/1916, vigentes à época. Sustenta, finalmente, que a sentença foi omissa quanto à condenação ao pagamento das parce-

las vincendas, assim como no tocante às custas e honorários de sucumbência devidos pela construtora. Pede o provimento do recurso, a fim de condenar solidariamente ambas as rés ao adimplemento das taxas condominiais.

Contra-razões às f. 158/158v. e 159/160.

Primeiramente, registre-se que, embora não tenham as partes diligenciado no sentido de instruir o processo com certidão do Cartório de Registro de Imóveis, bem como com cópia do contrato de promessa de compra e venda, são fatos incontroversos que o apartamento 304 do Edifício Veneza se encontra registrado em nome da Construtora Gesto, que, porém, transferiu sua posse a Sandra Maria Fonseca em 22.10.1998.

Amparado na propriedade do imóvel, por força do registro, pretende o apelante ver a promitente vendedora condenada a arcar com as taxas de condomínio referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2002; janeiro a dezembro de 2003; janeiro, fevereiro e agosto a dezembro de 2004 e janeiro a agosto de 2005.

Sem razão, contudo.

É que não há dúvida, principalmente diante dos documentos juntados às f. 20/25 e 110/111, de que os direitos advindos da posse e da propriedade, quais sejam usar, gozar e fruir, têm sido exercidos, durante o período de inadimplência supramencionado, por Sandra Maria Fonseca e sua família, que sempre foram responsáveis pelo pagamento da taxa de condomínio, tornando-se em mora a partir de 2002, como confessa em contestação.

A ausência do registro não pode servir como estratégia em favor do condomínio, consciente da efetiva posse externada pelo condômino, para satisfação do seu crédito junto à construtora, sabidamente mais capitalizada do que esse.

Vejam-se julgados do STJ:

> Civil. Quotas de condomínio. Responsabilidade do promitente comprador, se a ocupação, a esse título, da unidade imobiliária, é conhecida pelo condomínio, mesmo que a promessa de compra e venda não tenha sido registrada no Ofício Imobiliário. Recurso especial conhecido e provido (REsp. 422.915/SP - 3ª Turma do STJ - Rel. Min. Ari Pargendler - j. em 27.08.2002 - *DJ* de 21.10.2002, p. 366).

> Civil e processual civil. Condomínio. Cobrança de taxas condominiais. Legitimidade passiva.
> - Somente quando já tenha recebido as chaves e passado a ter assim a disponibilidade da posse, do uso e do gozo da coisa, é que se reconhece legitimidade passiva ao promitente comprador de unidade autônoma quanto às obrigações respeitantes aos encargos condominiais, ainda que não tenha havido o registro do contrato de promessa de compra e venda.
> - Sem que tenha ocorrido essa demonstração, não há como se reconhecer a ilegitimidade da pessoa em nome de quem a unidade autônoma esteja registrada no livro imobiliário. Precedentes.
> Recurso especial conhecido pelo dissídio, mas improvido (REsp 660.229/SP - 4ª Turma do STJ - Rel. Min. César Asfor Rocha - j. em 21.10.2004 - *DJ* de 14.03.2005, p. 378 - *Lex-STJ* 188/170 - *RSTJ* 191/396).

No que tange à rescisão do contrato de promessa de compra e venda, verifica-se, às f. 113/132, que sua decretação judicial ocorreu apenas em 10.05.2005, sendo certo que em 12.11.2005 o apartamento 304 ainda era ocupado por Sandra, que lá foi encontrada para citação (f. 89). Sendo assim, não procede, também por essa razão, a pretensão ao recebimento da taxa condominial da promitente vendedora, mesmo porque o pedido inicial diz respeito aos encargos devidos até agosto de 2005.

O mesmo não se diga das parcelas vincendas no decorrer da lide, certamente devidas ao apelante por Sandra Maria Fonseca até a data da desocupação da unidade habitacional por força da rescisão do ajuste com a construtora, cabendo à ocupante, caso as tenha quitado, trazer aos autos os respectivos comprovantes, valendo destacar que nos boletos de f. 110/111 não constam autenticação bancária. É o que se extrai da norma do art. 290 do CPC.

Por fim, os ônus sucumbenciais foram bem fixados pela sentença, já que o pedido foi, acertadamente, julgado improcedente quanto à Gesto, competindo ao autor o pagamento de honorários advocatícios.

Com tais fundamentos, dou parcial provimento à apelação, tão-somente para condenar Sandra Maria Fonseca ao pagamento das taxas condominiais vincendas no decorrer do processo, até a data da desocupação do imóvel.

Custas recursais pelo apelante, que decaiu da maior parte da pretensão recursal.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Sebastião Pereira de Souza* e *Nicolau Masselli.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - SEGURO - SINISTRO - VEÍCULO - PERDA TOTAL - PERÍCIA - OBRIGATORIEDADE - LUCRO CESSANTE - VALORES RECEBIDOS - VERIFICAÇÃO - DECLARAÇÃO DE RENDA - OFÍCIO À RECEITA FEDERAL - NECESSIDADE - PROVA - UNILATERALIDADE - DESCABIMENTO

Ementa: Apelação cível. Cobrança de indenização de seguro. Veículo sinistrado. Perícia para conferir se teria ou não havido perda total. Necessidade. Pedido de lucros cessantes. Ofício à Receita Federal para conferir os valores recebidos pela segurada. Necessidade.

- Se a seguradora alega que os danos do veículo sinistrado ensejavam a conclusão de perda total, e a segurada, de outra parte, insistindo na possibilidade de seu conserto, efetuou os reparos e pediu o ressarcimento deles, impõe-se a perícia de engenharia mecânica para se saber se a segurada estaria ou não correta e se cabia o ressarcimento das despesas da segurada.

- O pedido de lucros cessantes embasado na negativa da seguradora de prestar os serviços que a requerente entendia devidos deve se arrimar em prova contundente de seus valores, não podendo a sentença acolhê-lo apenas com base em documento unilateral, de modo que o pedido de ofício à Receita Federal para remessa de declaração de imposto de renda é razoável e legal, devendo ser acolhido.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0701.05.106989-9/001 - Comarca de Uberaba - Apelantes: 1ª) Juliana Pires de Oliveira e 2ª) Real Seguros S.A. - Apeladas: Real Seguros S.A. e Juliana Pires de Oliveira - Relator: Des. LUCIANO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO DA RÉ E CASSAR A SENTENÇA, PREJUDICADA A APELAÇÃO DA AUTORA.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2007 - *Luciano Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Luciano Pinto - Por uma questão metodológica, passo ao exame da segunda apelação.

Da segunda apelação (ré).

O recurso é próprio, tempestivo e preparado, por isso que dele conheço.

Do agravo retido.

Conheço do recurso porque próprio e tempestivo.

A ré pede, preliminarmente, a apreciação do seu agravo retido de f. 162/170, interposto contra a decisão que lhe indeferira a prova pericial mecânica e a expedição de ofício à Receita Federal.

A meu aviso, entendo que a agravante tem inteira razão em sua irresignação, devendo ser provido o seu agravo.

Bem de ver que o núcleo da argumentação da agravante, a quem cabia derruir os argumentos e as provas produzidas pela autora, relativamente à perda total ou não do veículo segurado, foi no sentido de que os consertos feitos no bem não estariam de acordo com seus critérios, isto é, que teriam sido utilizadas peças recondicionadas, razão pela qual o valor dos orçamentos eram bem menores que aqueles feitos em sua regulação do sinistro.

Disse, ainda, que, nos orçamentos trazidos pela autora, não havia detalhamento dos consertos que seriam realizados no veículo e que eles eram superficiais.

Tais argumentos da agravante, a meu aviso, são bastantes para o acolhimento da prova pericial, porque ela é que vai ou não confirmá-los.

O que não poderia ocorrer era o acolhimento dos documentos unilaterais, na verdade frágeis, juntados pela autora, para fundamentar a procedência do pedido, no sentido de que o veículo não sofrera, mesmo, perda total, sem abrir oportunidade à outra parte de derruí-los.

Assim, acolho o pedido de produção de prova pericial, com engenheiro mecânico, no veículo sinistrado.

Adiante, o pedido de que sejam trazidas as últimas declarações de imposto de renda da autora, para se certificar a renda auferida por ela em razão do contrato firmado com a empresa de transporte, parece-me razoável, haja vista que também os lucros cessantes foram baseados em prova unilateral e, por que não dizer, fraca, porque o documento de f. 39, fornecido pela empresa Comercial e Transportes Indaiá Ltda., não é claro quanto ao valor pago à autora pela utilização de seu caminhão, constando apenas que seu veículo fora arrendado à empresa e gerou o faturamento lá descrito.

As testemunhas da autora também nada disseram sobre o valor que ela recebia em razão do arrendamento.

Com isso, também acolho o pedido de ofício à Receita Federal, para que sejam enviadas as cópias das declarações de rendimento da autora, relativas ao período em que ela arrendara seu caminhão à Comercial e Transportes Indaiá Ltda.

Isso posto, dou provimento ao agravo retido e casso a sentença proferida, determinando que sejam produzidas as provas requeridas no mencionado agravo, conforme decidido acima.

Dou por prejudicada a apelação da autora, porque cassei a sentença.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Márcia De Paoli Balbino* e *Eduardo Mariné da Cunha.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO DA RÉ E CASSARAM A SENTENÇA, PREJUDICADA A APELAÇÃO DA AUTORA.

-:::-

USUCAPIÃO ORDINÁRIO - POSSE MANSA E PACÍFICA - TEMPO NECESSÁRIO - COMPLEMENTO NO CURSO DA AÇÃO - ADMISSIBILIDADE - ART. 462 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - APLICAÇÃO

Ementa: Ação de usucapião ordinário. Lapso temporal completado após o ajuizamento da ação. Ausência de contestação. Possibilidade. Inteligência do art. 462 do CPC.

- Nos termos do art. 462 do CPC, a sentença deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional, devendo o magistrado levar em consideração o fato superveniente.

- Se o autor, embora munido de justo título, não houver logrado comprovar o lapso temporal suficiente para a prescrição aquisitiva na data do ajuizamento da ação, mesmo assim deve o pedido de usucapião ser julgado procedente, se esse tempo se perfez no curso da relação processual, especialmente se ausente qualquer oposição do réu, ou de eventuais terceiros interessados.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0027.03.006012-6/001 - Comarca de Betim - Apelantes: Antônio José da Silva e sua mulher, Joviana Maria Garcia da Silva - Apelada: Companhia Mineira de Terrenos e Construções S.A. - Comiteco S.A., representada por seu curador especial - Relator: Des. ANTÔNIO DE PÁDUA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de janeiro de 2007 -. *Antônio de Pádua* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio de Pádua - Trata-se de recurso de apelação interposto por Antônio José da Silva e sua mulher, Joviana Maria Garcia da Silva, nos autos da ação de usucapião ordinário movida contra a empresa Companhia Mineira de Terrenos e Construções S.A. - Comiteco S.A -, perante o Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Betim, inconformados com os termos da r. sentença de f. 124/127, que julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento de não-ocorrência do transcurso do lapso temporal de quinze anos, como é exigido pelo art. 551 do CC/1916, condenando-os ainda ao pagamento das custas processuais, suspensa, todavia, a sua exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Em suas razões recursais de f. 132/138, os apelantes sustentam o desacerto da r. sentença hostilizada, alegando, para tanto, que, contrariamente ao afirmado pelo seu prolator, teriam eles cumprido, à data do ajuizamento da ação, um lapso temporal de dezesseis anos, somando-se a sua posse originária à do seu antecessor, que, por sua vez, teria sido empossado no imóvel pela apelada, Comiteco S.A.

Invocam os apelantes o art. 552 do CC, segundo o qual “o possuidor pode, para o fim de contar tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a do seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas e pacíficas”, acrescentando que o referido dispositivo se acha reproduzido pelo art. 1.243 do CC em vigor.

Asseveram que foram cumpridos todos os trâmites legais previstos no art. 942 do CPC, sem que os termos da exordial hajam sido refutados, lembrando que o digno curador especial que funcionou nos autos contestou o feito por negativa geral e, instado a indicar as provas

que quisesse produzir, disse que não pretendia a sua produção.

Argumentam também que as testemunhas ouvidas na fase instrutória foram firmes e seguras no sentido de que eles, apelantes, residem no imóvel usucapiendo desde 1991, onde construíram a casa em que residem com os filhos, acrescentando ambos os depoentes que, quando os autores foram ali residir, o seu filho mais novo estava com três anos de idade, e que, ao tempo da audiência em questão, já estava com quatorze anos, sendo eles sempre considerados por todos como os verdadeiros donos do imóvel usucapiendo.

Postulam, ao final, o provimento do recurso, para que seja a sentença reformada e julgado procedente o pedido inicial, nos termos em que foi formulado.

O recurso foi respondido pelo curador especial, que se bate pela confirmação do *decisum*, embora sem fundamentar a sua manifestação.

O ilustre promotor de justiça da comarca manifesta-se às f. 140/143, o qual, alterando seu posicionamento anterior, posto às f. 120/123, opinou pela confirmação da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 150/155, opinou pelo provimento da apelação, ao considerar que o tempo necessário para a prescrição aquisitiva em questão completou-se no curso da relação processual, aplicando-se, portanto, à espécie, o art. 462 do CPC.

Não houve preparo, porquanto os apelantes litigam sob os benefícios da gratuidade judiciária.

Conheço da apelação, presentes suas condições de admissibilidade.

Infere-se dos elementos informativos e probatórios contidos nos autos que, em 20 de dezembro de 1991, os apelantes adquiriram de Jair Antônio de Araújo, pelo contrato de compromisso de compra e venda, acostado às f. 13/13-v., o imóvel descrito na peça de ingresso, consubstanciado no lote de terreno nº 20, da quadra 70, com área de 960,00m², situado na Rua Pinheiro Grande, 223, Bairro Granja São João.

O antecessor dos apelantes, por sua vez, adquiriu o referido imóvel, também através de contrato de compromisso de compra e venda, da empresa Comiteco S.A., consoante se vê às f. 08/10, o qual, por força da cláusula 8ª, foi imitido na posse do imóvel, no ato da assinatura do contrato, isto em 1º de julho de 1986 (f. 10), posse essa que se transmitiu aos apelantes com os mesmos caracteres, por força do disposto no art. 552 do CC/1916, *in verbis*: “O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a do seu antecessor (art. 496), contanto que ambas sejam contínuas e pacíficas”.

É importante frisar que tal dispositivo se acha reproduzido pelo art. 1.243 do CC/2002, com o acréscimo da exigência, para o caso de usucapião ordinário, de existência de justo título e boa-fé.

No presente caso, inquestionáveis esses dois requisitos: justo título e boa-fé, porque documentalmente demonstrados nos autos (f. 08/10 e 13/14). Lado outro, os autores, ao promoverem o ajuizamento da ação em tela, já contavam com uma posse de dezesseis anos, somando-se a sua de onze anos à de sua antecessora, Comiteco S.A., de cinco anos, conforme permissivo legal.

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça diz que

> ... a alegação dos apelantes no sentido de que seja considerada a posse anterior do possuidor, aplicando-se o instituto da *acessio possessionis*, consagrado nos arts. 552 do CC/1916 e 1.243 do novo Código Civil, seria de todo razoável, se, efetivamente, houvesse nos autos elementos que comprovassem que tal posse foi exercida de forma mansa e pacífica, para que restassem atendidos os requisitos legais (f. 152/153).

Contrariamente a esse entendimento, tenho que pode ser perfeitamente argüida pelo autor a aplicação desse instituto, mesmo na fase recursal, porquanto, dos elementos de convicção presentes nos autos, resulta claramente demonstrada a ocorrência de uma soma legítima de posses, como, de fato, resultou no presente caso, sem qualquer contestação, visto que a vendedora Comiteco S.A. sempre foi uma conhecida empresa do ramo de compra e venda de imóveis, notadamente na compra de áreas de terras que eram transformadas em loteamentos, sendo vendidos os lotes em prestações mensais.

Assim, se a vendedora Comiteco S.A. não opôs qualquer resistência à pretensão dos apelantes, pois nem sequer contestou o pedido, e, não tendo sido oposta qualquer outra resistência por parte de terceiros interessados, claro está que a posse exercida pelos apelantes é absoltamente mansa e pacífica, podendo ser, perfeitamente, aplicado o instituto da *acessio possessionis*.

Somente esse fato seria suficiente para justificar a procedência do pedido inicial, ante a incontrovérsia de uma posse mansa e pacífica dos apelantes, ao tempo do ajuizamento da ação, na ordem de dezesseis anos, que, hoje, estaria em torno de vinte anos.

Mas, se assim não fosse, de todo modo razão estaria a assistir aos apelantes em sua incursão recursal, ou seja, mesmo que não se pudesse contar o tempo de posse da Comiteco S.A., sua antecessora, é certo que a r. sentença deveria ser reformada, com a conseqüente procedência do pedido inicial, uma vez que os quinze anos exigidos pelo art. 551 do CC se teriam completado no curso da relação processual, o que, a partir da vigência do CPC de 1973, é perfeitamente admissível, a teor do art. 462, *in verbis*:

> Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Comentando o referido dispositivo, Theotônio Negrão esclarece:

> Art. 462, nota 03: A sentença deve refletir o estado de fato da lide no momento da entrega da prestação jurisdicional, devendo o juiz levar em consideração o fato superveniente (*RSTJ* 140/386). No mesmo sentido, *RSTJ* 42/352, 103/263, 149/400; *RT* 527/107; *RF* 271/150, longamente fundamentado; *RJTAMG* 26/256, bem fundamentado (*Código de Processo Civil*. 36. ed., p. 510).

Ainda:

> Art. 462, nota 4: A sentença deve levar em conta o preceito constitucional superveniente, que torne possível o que era juridicamente impossível ao tempo da propositura da ação (*Boletim AASP* 1587/117).

E mais:

> A regra do art. 462 do CPC não se limita apenas ao juiz de primeiro grau, mas também ao tribunal, se o fato é superveniente à sentença (*RSTJ* 42/352 e 87/237; STJ - *RT* 687/200; STJ - *Boletim AASP* 1787/122; *RT* 633/123, 646/143, 666/106 e 678/180; *RTJESP* 99/92; *JTA* 98/338, 105/299 e 123/210; *Lex-JTA* 154/49).

Perfilando a mesma compreensão acima, o ilustre Procurador de Justiça, que oficiou no feito, Dr. Nelson Rosenvald (f. 154) assim afirma:

> Dessa forma, a prestação jurisdicional deve ser concedida de acordo com a situação dos fatos no momento do julgamento.
> No caso em apreço - prossegue -, a despeito de, até o presente momento, os apelantes ainda não terem completado o prazo de quinze anos de posse, com toda certeza, quando do julgamento do presente recurso, já terão direito ao reconhecimento do usucapião, uma vez que o compromisso de compra e venda celebrado, marcando o início da posse, data de 22.10.1991.

Comentando o art. 462, Costa Machado leciona:

> Observe-se que a *ratio* da presente disposição legal está ligada à idéia de que nem sempre o contexto fático da causa permanece como era quando da propositura da ação - o que, evidentemente, seria ideal -, de sorte

> que ao juiz cabe apropriar-se da realidade presente ao tempo da sentença para decidir com justiça o litígio (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, *Código Civil interpretado*. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do Judiciário e as recentes reformas do CPC, Barueri, São Paulo, 2006, p. 658).

Analisando a prova testemunhal, Geraldino Antônio da Silva (f.116) e Olavo Marques de Carvalho (f.117) afirmam, respectivamente:

> ... que conhece os autores desde 1991, mais ou menos; que se recorda quando os autores adquiriram o imóvel objeto desta ação na Rua Pinheiro Grande, no Bairro Granja São João, podendo dizer que tal fato ocorreu em 1991; que o terreno dos autores é grande; que os autores construíram uma casa no terreno onde moram com os filhos; que quando os autores foram para aquele lugar, o filho mais novo estava com três ou quatro meses e hoje já tem mais de quatorze anos; que a posse dos autores é exercida de forma mansa e pacífica e que sempre foram tidos como verdadeiros donos do imóvel, que nunca foram molestados (f. 116).
>
> Que reside no mesmo local onde os autores possuem o imóvel objeto desta ação há dezoito anos; que os autores construíram uma casa no referido imóvel, onde moram até hoje; que pode dizer que os autores nunca foram molestados em sua posse; que são tidos na região como verdadeiros donos do imóvel; que conhece os filhos dos autores; que se recorda quando adquiriram o referido imóvel, o menor estava com dois meses de idade e hoje já tem quatorze anos; que a posse dos autores sempre foi exercida de forma mansa e pacífica (f. 117).

Dos depoimentos testemunhais acima, constata-se, sem qualquer dificuldade, que os apelantes adquiriram um lote vago e nele edificaram as acessões e benfeitorias nele hoje existentes, e que servem de sua moradia.

Em decorrência, o prazo para a respectiva aquisição pela via do usucapião extraordinário é reduzido para dez anos, uma vez que a situação se amolda ao disposto no parágrafo único do art. 1.238 do vigente Código Civil. E, considerando a regra de direito intertemporal prevista no art. 2.029 do mesmo diploma legal, que manda acrescentar dois anos ao prazo ali estabelecido, o mencionado prazo foi aumentado para doze anos, lapso temporal já satisfeito pelos apelantes.

Não há, em outro passo, que se falar em afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição, porque somente agora os apelantes teriam alcançado o prazo estabelecido pela lei, em sendo adotada esta tese.

Têm-se, assim, como comprovados os requisitos traçados pelo art. 551 do CC/1916, razão pela qual a r. sentença hostilizada está a merecer a reforma postulada pelos apelantes.

À vista do exposto, dou provimento ao recurso para reformar a r. sentença objurgada, julgar procedente o pedido inicial e declarar o domínio dos autores sobre o imóvel descrito na exordial, procedendo-se, após o respectivo trânsito em julgado, à transcrição do *decisum* junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, invertendo-se os ônus sucumbenciais decorrentes.

Custas, pela apelada.

O Sr. Des. José Antônio Braga - Acessei os autos, ao tempo da revisão e acompanho o eminente Desembargador Relator.

A posse contínua, transmitida de fato, com a assunção dos apelantes ao imóvel, e de direito, através da cessão contratual sem qualquer oposição, é suficiente para alicerçar o pedido de usucapião.

Assim, fica atendido o lapso temporal e, por isso, o pleito há de ser acolhido.

O Sr. Des. Tarcisio Martins Costa - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

SHOPPING CENTER - REGULAMENTAÇÃO LEGAL PRÓPRIA - INEXISTÊNCIA - LOCAÇÃO NÃO-RESIDENCIAL - LEI Nº 8.245/95 - APLICABILIDADE - ATIVIDADE COMERCIAL - INSUCESSO - RISCO DO LOJISTA - PERDAS E DANOS - EMPREENDEDOR - CULPA - AUSÊNCIA - RESPONSABILIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - BENFEITORIAS - INDENIZAÇÃO - RENÚNCIA - PREVISÃO - CONTRATO - PRAZO - RESCISÃO UNILATERAL ANTECIPADA - MULTA - CLÁUSULA ABUSIVA - DESCARACTERIZAÇÃO

Ementa: Ação de resolução de contrato c/c indenização por perdas e danos. Contrato de _shopping center_. Empreendimento imobiliário. Vácuo normológico. Aplicação da lei de locações. Sucesso do empreendimento. Interesse comum. Responsabilização do empreendedor pelos prejuízos causados à parte locatária. Impossibilidade. Atividade comercial. Risco do lojista.

- Se o objetivo dos _shopping centers_, por se tratar de um complexo de relações e investimentos, vai muito além de uma mera locação, exige-se regulamentação legal própria. Esta não existindo, devem tais relações ser submetidas ao inquilinato urbano, na modalidade de locação não residencial, nos termos da Lei nº 8.245/91. Não se cogita de responsabilidade do empreendedor, por eventuais danos sofridos pelo lojista, isso porque, além de não demonstrada a existência de sua culpa pelo insucesso do estabelecimento comercial ali instalado, o risco é ínsito a quem se propõe a exercer a mercancia.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.04.194701-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Emerson Com. de Calçados Ltda. - Apelada: LGN Com. Participações Ltda. - Relator: Des. UNIAS SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de fevereiro de 2007. - *Unias Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Sérgio R. Furtado.

O Sr. Des. Unias Silva - Conheço do recurso, eis que, próprio, tempestivo e devidamente preparado.

Trata-se de recurso de apelação aviado contra decisão proferida pelo MM. Julgador de primeiro grau que, nos autos da ação de resolução de contrato de locação e outras avenças c/c indenização por perdas e danos, julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$2.000,00 (dois mil reais). Ato contínuo, julgou procedentes os pedidos formulados na reconvenção, condenando a reconvinda ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformado, recorre o autor através das f. 442/449-TJ.

Acena para a preliminar de nulidade da sentença ao fundamento de que o douto magistrado de primeiro grau omitiu determinados pontos sobre os quais deveria se pronunciar.

Afirma que o grande acervo probatório acostado aos autos foi desprezado pelo ilustre sentenciante, resultando, portanto, em um julgamento equivocado. Que o insucesso da apelante deveu-se única e exclusivamente à propaganda enganosa feita pela apelada, nada tendo a ver com os riscos inerentes à atividade

empresarial, tendo isso sido fartamente demonstrado nos autos.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso para que, reformando o *decisum*, sejam julgados procedentes os pedidos formulados na exordial e improcedentes os pedidos formulados em reconvenção, com a conseqüente condenação da ré ao pagamento integral dos ônus sucumbenciais.

Este é o relatório necessário.

Preliminar - nulidade da sentença.

Analisando com a devida acuidade as argumentações lançadas em razões recursais, denota-se claramente que a alegada nulidade de sentença confunde-se com o mérito do recurso, e como tal será apreciada.

Mesmo porque, ao contrário do que alega o recorrente, o douto magistrado de primeiro grau deu às provas acostadas aos autos a valoração que entendia adequada, não se vislumbrando qualquer nulidade na decisão por ele prolatada.

Rejeito, pois, esta preliminar.

Do mérito propriamente dito.

Mostram os autos que, em data de 18 de novembro de 2002, a empresa Villa Bella Calçados Ltda. entabulou contrato atípico de locação e outras avenças com a firma LGN Comércio Empreendimentos Imobiliários Ltda., através do qual alugou duas lojas num empreendimento aos moldes de um *shopping center* - Via Shopping Barreiro, pelo prazo de 60 meses. Nessa mesma ocasião, celebraram as partes o instrumento particular de promessa de cessão de direito de integrar a estrutura técnica do Viashopping Barreiro.

Verifico também que, três meses após a celebração dos supratranscritos instrumentos, foi celebrado um novo contrato particular de transferência, cessão de direitos e deveres e outros pactos do contrato atípico de locação do Viashopping Barreiro, através do qual a então locatária cedeu e transferiu para a empresa recorrente todos os direitos e deveres previstos nos instrumentos anteriormente citados.

Esclareça-se que a própria autora afirma, em sua inicial, ter aceitado e ratificado os instrumentos em todos os seus termos, como se os tivesse firmado originariamente.

Pois bem. Através da presente ação ordinária visa a autora não só a resolução dos contratos acima citados, mas também e principalmente a reparação pelos prejuízos que diz haver suportado, em razão do empreendimento frustrado, já que o *shopping* apresentava movimentação pouco expressiva, pleiteando, ainda, o ressarcimento pelas benfeitorias realizadas.

Como é cediço, o empreendimento tido como *shopping center* constitui um centro comercial planejado, sob administração única, integrado por estabelecimentos destinados à exploração comercial e à prestação de serviços, sujeitos a normas contratuais padronizadas, não podendo, por isso, ser confundidas com as de um contrato de adesão.

Na definição doutrinária, trata-se de um contrato tipo - *standard* - com normas atinentes aos direitos e deveres dos contraentes, à forma de ocupação e de estruturação. Não há dúvidas, pois, de que o interesse do empreendedor é o mesmo do lojista: o sucesso.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz:

> O proprietário ou empreendedor do *shopping* sempre terá interesse no êxito das lojas, pois participará de seu faturamento, permitindo então uma competição equilibrada entre os comerciantes. A finalidade do empreendedor não será certamente a locação das lojas, mas a relação direta entre a rentabilidade do empreendimento e a das atividades comerciais exercidas no predito. Para tanto o proprietário do *shopping* escolherá produtos e serviços, selecionará lojistas, fazendo dos grandes magazines ou lojas de departamentos (lojas-âncoras), o ponto de atração do público que impelirá clientela às lojas magnéticas ou satélites, promovendo campanhas publicitárias e criando

> condições bastante favoráveis à exploração do comércio de lojistas (...).
>
> (...) A grande finalidade das partes que participam no contrato de *shopping* não será, portanto, a cessão e uso de uma unidade em troca de uma remuneração pecuniária, mas sim a de tirar proveito da organização do empreendimento, participando dos lucros obtidos por cada loja. Assim, concede-se o uso ao lojista para que este pratique atos de comércio, distribuindo o lucro obtido com seu sucesso comercial, pagando percentual correspondente ao faturamento bruto (*Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, Ed. Saraiva, 5. ed., 2003, p. 40).

Com base em tais ensinamentos, não vejo como prosperar a tese da recorrente de que a apelada obrou contra o princípio da boa-fé objetiva, já que, por óbvio, o seu insucesso também seria o dele.

Se o objetivo dos *shopping centers*, em suas várias modalidades, vai muito além de uma mera locação, por se tratar de um complexo de relações e investimentos, a exigir regulamentação legal própria, aplicar-se-lhe-á, enquanto esta não for promulgada, a Lei nº 8.245/91.

Não se cogita, obviamente, de responsabilidade dos empreendedores, por eventuais danos materiais sofridos pelo lojista, isso porque culpa alguma houve por parte daqueles e, tampouco, ocorreu quebra dos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato.

Com efeito, a prova dos autos não caminha nessa direção, em nada favorecendo aos interesses da autora, tudo indicando que esta ingenuamente pretendia obter lucro certo, sem correr os riscos ínsitos à sua atividade comercial, visando, agora, responsabilizar o *shopping* pelo seu insucesso.

Ademais, a previsão de não-indenização das benfeitorias realizadas era do conhecimento prévio da apelante, além do que prevista expressamente tal possibilidade no art. 35 da Lei 8.245/91(Lei de Locações), *litteris*:

> Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção.

Tratando-se de direito patrimonial e, portanto, disponível, o direito de indenização por benfeitorias, como se vê, pode ser objeto de renúncia, via contrato de locação, consoante expressa autorização contida no dispositivo legal em evidência. Não há, portanto, nulidade nem abusividade nessa previsão.

Cumpre ressaltar que as benfeitorias, objeto do pedido de indenização, obviamente, serviram para facilitar a exploração do negócio previsto no contrato de locação pactuado entre as partes.

Quanto à cláusula que estipula a multa contratual, também inexiste a aventada abusividade. Todo aquele que dá ensejo à resilição de um contrato, imotivadamente, tem de arcar com o prejuízo sofrido pela outra parte.

O art. 408 do Novo Código Civil é claro ao preconizar que:

> Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

Ora, pelo contrato pactuado, o prazo de duração da locação é de 60 (sessenta) meses, havendo no mesmo a previsão do pagamento de multa em caso de rescisão unilateral antecipada da locação, tal como ocorrera no caso em tela.

É de se ver que a apelante não demonstrou nenhuma causa justa para a resolução do contrato. A simples alegação da falta de movimento no *shopping center* não é motivo, e é até previsível, em qualquer empreendimento dessa natureza. Assim, pela resolução antecipada do contrato a multa incide, de pleno direito, na medida em que houve o rompimento de uma expectativa do outro contratante.

Essa multa nada mais é do que a cláusula penal compensatória, que constitui a pré-fixação das perdas e danos. Sua maior vantagem reside

no fato de que ao credor basta provar o inadimplemento imputável ao devedor, ficando este obrigado ao pagamento da penalidade estipulada. Dessa forma, o valor da multa sempre pode ser exigido na hipótese de inadimplemento.

Em razão disso, inexiste abusividade na pré-fixação das perdas e danos, por se tratar de uma cláusula lícita e legítima, ante o inadimplemento da outra pactuante.

Nesse contexto, outra, portanto, não poderia ter sido a r. decisão monocrática, inclusive no que diz respeito aos danos morais, valendo aqui transcrição de trecho da fundamentação:

> Compulsando os autos, verifico, sem maior dificuldade, que a requerente enquadra-se com perfeição à definição inserta no art. 966, Diploma Civil, razão pela qual assume, exclusivamente, os riscos inerentes à atividade empresarial.
> Desta forma, no que concerne aos investimentos realizados com o intuito de adaptar o imóvel locado à atividade comercial explorada, bem como no tocante aos valores gastos a título de 'integração à estrutura técnica do *shopping*', entendo que razão não assiste à autora, porquanto despendidos unicamente em decorrência da atividade desenvolvida pela mesma.
> Lado outro, é imperioso salientar que a requerente não demonstrou, seja por meio da argumentação desenvolvida ou mediante a prova colhida nos autos, que a requerida tenha inobservado as disposições contratuais ou veiculado propaganda enganosa.
> Pelo contrário, do exame do arcabouço probatório que instruiu o presente feito cognitivo, constato que em nenhuma oportunidade a ré informou que o Hiper ViaBrasil seria acoplado à estrutura do ViaShopping Barreiro, ou que o referido supermercado seria inaugurado concomitantemente ao centro de compras (f. 43).

Com essas considerações, rejeitando a preliminar, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a bem lançada decisão de primeiro grau.

Custas recursais, pela apelante.

O Sr. Des. D. Viçoso Rodrigues - De acordo.

O Sr. Des. Fabio Maia Viani - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL - DANO MORAL - SERVIÇO NOTARIAL E DE REGISTRO - PROCURAÇÃO - FALSIFICAÇÃO - TABELIÃO - DEVER DE INDENIZAR - LEI 8.935/94 - VALOR - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO - CONDIÇÃO DA AÇÃO - REQUISITOS - OBSERVÂNCIA - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

Ementa: Oficial de registro. Responsabilidade objetiva. Dever de indenizar. Lei 8.935/94.

- Existe interesse de agir quando evidenciada a necessidade/utilidade da providência judicial, bem como a adequação da pretensão ao procedimento eleito.

- Por impossibilidade jurídica do pedido, deve-se entender a ausência, no ordenamento jurídico, de um tipo de providência como a pretendida pela parte através da ação.

- Impõe-se aos oficiais de registro e notários o dever de indenizar os prejuízos causados a terceiros, em decorrência do exercício de sua atividade ou dos atos de seus prepostos, por força da Lei 8.935/94.

- O ressarcimento de danos materiais envolve as despesas que a parte teve que fazer com a contratação de advogado para resguardar os seus direitos.

- A fixação do valor pecuniário de indenização a título de danos morais atende a critérios subjetivos e deve ser arbitrada pelo Magistrado, levando-se em consideração as condições econômicas das partes, intensidade do sofrimento e o caráter repressivo e pedagógico da reparação, além de satisfazer a vítima, sem que haja enriquecimento ilícito desta.

- Deve-se impor a aplicação da sucumbência recíproca se o autor decaiu de parte de seu pedido, atinente ao dano material, levando-se em conta o valor dado à causa. Preliminares rejeitadas e apelações parcialmente providas.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.655994-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Walquíria Mara Graciano Machado Rabelo, primeira, Valdivino Pereira de Aquino, segundo - Apelados: os mesmos - Relator: Des. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS.

Belo Horizonte, 06 de março de 2007. - *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo 2º apelante, o Dr. Gilberto Geraldo da Silva.

O Sr. Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade - Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Adoto o relatório da sentença de f. 117/128, acrescentando, tão-somente, que o MM. Juiz julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando a ré ao pagamento dos danos materiais, no importe de R$ 28.895,92 (vinte e oito mil, oitocentos e noventa e cinco reais e noventa e dois centavos), e dos danos morais, no montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

A sentença ainda condenou a ré no pagamento das custas processuais e dos honorários dos advogados do autor, fixados em 15% do valor da causa.

Sendo este o breve relatório, passo ao exame das preliminares argüidas na primeira apelação e, a seguir, examino o mérito dos recursos, em conjunto.

1ª Apelação - Walquíria Mara Graciano Machado Rabelo.

Preliminares - Carência de Ação - Ausência de Interesse de Agir e Impossibilidade Jurídica do Pedido.

Inicialmente, há que analisar o preenchimento das condições da ação.

A ação é um direito de pedir a manifestação do Poder Judiciário acerca de determinado conflito intersubjetivo, o que reclama, por parte do autor e do réu, o preenchimento de determinados requisitos, denominados condições da ação, delineados no art. 3º do Código Civil.

Segundo Humberto Theodoro Júnior:

> para aqueles que, segundo as mais modernas concepções processuais, entendem que a ação não é o direito concreto à sentença favorável, mas o poder jurídico de obter uma sentença de mérito, isto é, sentença que componha definitivamente o conflito de interesses de pretensão resistida (lide), as condições da ação são três: possibilidade jurídica do pedido; interesse de agir; legitimidade de parte (*Curso de direito processual civil*, 5. ed., I/56).

O interesse de agir representa a existência de pretensão objetivamente razoável ou "o interesse do autor para obter o provimento desejado" (Calmon de Passos, op. cit. p. 365), caracterizando-se essa condição da ação em face da

necessidade, em tese, de o autor obter a proteção do Poder Judiciário ao direito material que expõe, independentemente de qualquer consideração a respeito da viabilidade meritória do pleito, que será analisada na época adequada.

Para o citado mestre Humberto Theodoro Júnior, surge essa condição da ação da necessidade do litigante de obter, através do processo, a proteção ao interesse substancial, o que implica deduzir que há interesse processual

> se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais (*Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, I/55-56).

Assim, localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas, especificamente, na necessidade do processo, a viabilizar a aplicação do direito objetivo no caso concreto, uma vez que a tutela jurisdicional jamais é outorgada sem se evidenciar uma necessidade, já que essa via nunca será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica, podendo-se dizer que só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação.

Muito embora afirme a apelante que a falta de interesse de agir decorre da falta de anulação prévia dos atos jurídicos, consubstanciados na lavratura de procuração para compra e venda de imóvel e na conseqüente escritura, não vislumbro a sua ausência no caso em espectro.

Há interesse de agir, porque o apelante tem necessidade e utilidade ao pleitear judicialmente a indenização por ato ilícito, decorrente de lavratura de escritura com procuração falsa, já que não conseguiria receber o que pretende, senão através de condenação judicial.

No que concerne à possibilidade jurídica do pedido, assim definida no art. 267, inciso VI, do CPC, refere-se a uma análise abstrata do pedido, e não à possibilidade material do caso concreto, que é questão do mérito.

A esse respeito, ensina Humberto Theodoro Júnior:

> Pela possibilidade jurídica, indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico (*Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 53).

A propósito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, no direito vigente, do que se postula na causa (*RT* 652/183).

Ora, não se pode considerar impossível juridicamente o pedido do autor, haja vista que o ordenamento brasileiro admite que se pleiteie indenização por danos morais e materiais contra ato notarial, ou seja, a lei prevê e a jurisprudência é pacífica em conferir responsabilidade ao notário pelos atos praticados no exercício do tabelionato.

Por outro lado, não se pode olvidar que a lavratura de escritura pública por procuração falsa é, na verdade, um ato inexistente, o qual não gera efeito algum, em razão da ausência de um dos seus pressupostos materiais de constituição, como o consentimento.

Assim, o negócio jurídico narrado nos autos não é anulável, é inexistente, porque não possui manifestação de vontade, ou porque a vontade não tenha sido emitida por pessoa física ou jurídica, ou que não tenha objeto ou, ainda, que não tenha sido externada por nenhum meio. Uma das hipóteses enumeradas confere com o caso dos autos. Senão, vejamos: não há, *in casu*, manifestação de vontade, uma vez que ainda que esta tenha sido manifestada

por pessoa física, não era ela real representante do proprietário do bem.

Logo, não há que se falar em necessidade de ajuizamento da anulação judicial do aludido ato notarial para só depois intentar a presente ação indenizatória.

Sendo assim, sem mais delongas, rejeito as preliminares.

O Sr. Des. Pereira da Silva - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Evangelina Castilho Duarte - De acordo.

O Sr. Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade - Quanto ao mérito, sustenta a primeira apelante que os estelionatários são os responsáveis pelos danos causados ao autor.

Insurge-se ainda contra o montante fixado a título de danos morais, acrescentando que não existe prova do dano moral, acalentado pelo autor.

Por fim, alega que, ao contrário do dispositivo sentencial, os pedidos do autor não foram totalmente providos, devendo ser aplicada a sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC.

O segundo apelante insurge-se contra os montantes fixados a título de indenização por dano moral e material.

Afirma que o dano material deverá abarcar o efetivo prejuízo sofrido pelo apelante, que é de R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), conforme restou demonstrado no contrato de compra e venda, além dos valores gastos com custas processuais e honorários advocatícios para ajuizamento da ação.

Do mesmo modo, pleiteia a majoração do valor fixado pelos danos morais sofridos.

A responsabilidade neste caso é objetiva, dispensando a demonstração de dolo ou culpa por parte da denunciada, emergindo do próprio exercício de sua atividade notarial.

É oportuno destacar que a própria ré afirmou ao Delegado, em inquérito policial, f. 25/26, que os documentos foram trazidos ao seu cartório de maneira pouco usual, mas mesmo assim referendou-os, sem o devido cuidado que a sua função exige.

Ora, o titular de serviço notarial que admite a lavratura de instrumento de procuração e escritura com documentos falsos não pode ser tido como zeloso, não podendo atribuir a sua conduta no caso vertente como diligente e prudente.

É de se esperar que serventuários dos serviços notariais adotem, no exercício de suas atividades, um mínimo de cuidado no ato de conferir a identidade e a autenticidade dos documentos apresentados pelos usuários da serventia.

No caso vertente, a negligência é confessa e não se adequa à hipótese de que foi ludibriada e levada a erro pelos estelionatários, pois, tendo suspeitado da maneira pouco usual como os documentos lhe foram apresentados, cabia exigir que o falso procurador apresentasse toda a documentação necessária para averiguar a sua autenticidade.

Assim, agiu de forma imprudente e irregular ao proceder à lavratura de procuração por instrumento público, sem o devido cuidado.

O serviço notarial, norteado pelo formalismo que habitualmente lhe impõe a lei, não pode prescindir da adoção de certas medidas acauteladoras no exercício de seu mister, justamente em decorrência da presunção de veracidade de seus atos.

Sob este aspecto, é oportuno invocar o texto da Lei nº 8.935, que, em seu art. 22, dispõe:

> Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

O entendimento jurisprudencial, quanto à matéria, é consubstanciado pelos Acórdãos nºs

0255400-9 e 0266025-3, tendo como Relatores, respectivamente, os Desembargadores Eduardo Andrade e Geraldo Augusto:

> Ementa: Responsabilidade civil - Tabelião - Registro público - Art. 22 da Lei 8935/94. - Os serventuários do cartório extrajudicial respondem pelos danos que causarem a terceiros na prática de atos próprios da serventia, responsabilidade esta expressamente prevista no art. 22 da Lei 8.935/94, que regulamenta o art. 236 da Carta Magna.
>
> Ementa: Ação anulatória - Documento público - Alienação - Procuração falsa - Nulidade - Tabelião - Denunciação à lide - Responsabilidade objetiva.
> - Uma vez inequívoco que o ato de alienação do bem se deu com base em procuração falsa, embora a boa-fé do adquirente, o ato jurídico se torna nulo, visto que ausentes os elementos essenciais que lhe dariam existência e validade, a teor do que dispõe o art. 82 do Código Civil.
> - Desde que se trata de ação ordinária com pretensão anulatória de ato jurídico levado a efeito com base em documento público tido como falso, o tabelião deve ser chamado a integrar a lide, sendo cabível e, pois, obrigatória a denunciação, a teor do inciso II do art. 70 do CPC c/c art. 22 da Lei nº 8.935, de 1994, que estabelece a responsabilidade dos notários e oficiais de registro pelos danos que estes e/ou seus prepostos causarem a terceiros na prática de atos próprios da serventia. Tratando-se de ação secundária, proposta pelo adquirente do imóvel, vítima de danos, contra o titular de cartório de notas, pessoa jurídica de direito privado e apenas prestadora de serviços públicos, a responsabilidade é objetiva, independente, pois, da demonstração de dolo ou culpa do tabelião, conforme a conjugação do § 6º do art. 37 da Constituição da República com o art 236 da mesma Carta e art. 22 da Lei nº 8.935, de 1994.
> Decisão: negar provimento ao agravo retido e a ambas as apelações..

Dessa forma, ainda que se alegue que a culpa pelo evento danoso ocorreu por fato de terceiro à apelante - responsável objetivamente pelo dano -, caberá o dever de indenizar.

Quanto aos danos materiais e morais, há que se analisar um a um, conforme as provas carreadas aos autos, já que o dano se configura com a efetiva lesão a um direito.

O dano material resulta da diminuição efetiva ou potencial causada ao patrimônio de outrem. Dano efetivo é aquilo que o sujeito teve que retirar do seu patrimônio.

In casu, o autor, em inicial, afirmou que despendeu, para a aquisição do imóvel, R$65.000,00 (sessenta e cinco mil reais); mais custas e despesas de ajuizamento R$655,00 (seiscentos e cinqüenta e cinco reais); valor da escritura pública, R$490,00 (quatrocentos e noventa reais); valor do ITBI, R$405,92 (quatrocentos e cinco reais e noventa e dois centavos); e honorários advocatícios de R$3.000,00 (três mil reais).

Entretanto, na escritura, foi declarado o valor de R$28.000,00 (vinte e oito mil reais), tendo muito bem decidido o douto Sentenciante, quando acatou o valor ali determinado, sob pena de comungar com a tentativa de burlar o Fisco, o que não se pode admitir.

Todavia, quanto ao valor de R$3.000,00 (três mil reais), despendido a título de honorários, assiste razão ao autor/apelante, pois o ressarcimento dos danos materiais envolve as despesas com contratação de advogado, imprescindível para a postulação em juízo.

Quanto ao pagamento das custas processuais, será objeto de análise da sucumbência.

Assim, altero a sentença para majorar o valor da indenização, a ser paga ao autor, a título de danos materiais para o importe de R$ 31.000,00 (trinta e um mil reais).

No que concerne à indenização por danos morais, a sua ocorrência há que ser reconhecida, já que o autor pensou ter adquirido um imóvel de quem tinha poderes efetivos para vendê-lo, e o fato ocorrido frustrou o seu direito de conquistar a propriedade do bem.

De outro lado, em relação ao valor arbitrado, as pretensões de majoração e redução não merecem acolhida.

No arbitramento do dano moral, é preciso ter em conta o grau que o prejuízo causado terá influído no ânimo, no sentimento daquele que pleiteia a reparação, a intensidade da culpa e as demais circunstâncias em que ocorreu o evento danoso.

Sobre o tema, a lição jurisprudencial:

> O critério de fixação do valor indenizatório levará em conta tanto a qualidade do atingido, como a capacidade financeira do ofensor, de molde a inibi-lo a futuras reincidências, ensejando-lhes expressivo, mas suportável, gravame patrimonial (EI nº 595032442, 3º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, Rel. Des. Luiz Gonzaga Pila Hofmeister, j. em 1º.09.95 *in Juris Plenum*).

Destarte, não havendo norma específica para fixação do valor relativo ao dano moral, deve o juiz fixá-lo com observância do critério da razoabilidade, pesadas as circunstâncias objetivas e subjetivas que moldam o caso concreto.

A reparação do dano moral, reconhecidas sua existência e procedência, apresenta pelo menos dois critérios norteadores para sua fixação: o punitivo e o compensatório.

A eqüitatividade da indenização somente será obtida com o encontro de um valor que não seja irrisório e não implique exagero ou especulação, suficiente e adequado para penalizar o ofensor e ao mesmo tempo para inibir novas transgressões.

No caso dos autos, estou a entender que o MM. Juiz sentenciante, ao fixar a indenização, a título de dano moral, na ordem de R$10.000,00 (dez mil reais), fê-lo, portanto, com observância dos critérios acima delineados, não merecendo qualquer reparo.

No que concerne à sucumbência, deve-se impor a conseqüente aplicação da sucumbência recíproca, se o autor decaiu de parte de seu pedido, atinente ao dano material, levando-se em conta o valor dado à causa.

Desse modo, ante a sucumbência recíproca, as custas processuais deverão ser divididas, na razão de 80% para o réu e 20% para o apelado.

Condeno a primeira apelante ao pagamento de honorários advocatícios, à base de 15% do valor total da condenação, devendo o segundo apelante arcar com os honorários dos patronos da ré/apelante, que fixo, a teor do art. 20 do CPC, em R$500,00 (quinhentos reais).

Com essas razões, dou parcial provimento à primeira apelação, somente no que concerne à sucumbência recíproca, e dou parcial provimento ao segundo apelo para majorar a indenização a título de danos patrimoniais, no importe de R$31.000,00 (trinta e um mil reais).

Custas recursais, na mesma proporção.

O Sr. Des. Pereira da Silva - De acordo.

A Sr.ª Des.ª Evangelina Castilho Duarte - Peço vênia para divergir do voto do eminente Relator, quanto à responsabilidade da primeira apelante, na qualidade de notária, que lavrou procuração com base na qual foi lavrada escritura pública de compra e venda de imóvel, sem a participação e o consentimento do real proprietário.

A Constituição Federal prevê a responsabilização dos notários e dos oficiais de registros pelos danos que os agentes que trabalham nos Cartórios e Tabelionatos causem a terceiros, conforme se verifica:

> Art. 236 - Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.
> § 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

De outro lado, há responsabilidade direta dos notários e oficiais de registros públicos, consoante o disposto no art. 22 da Lei Federal nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que estipula responsabilidades civis e criminais para os mesmos:

> Art. 22 - Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

No entanto, posteriormente foi editada a Lei 9.492/97, que, em seu art. 38, estabeleceu a responsabilidade subjetiva dos tabeliães de protesto de títulos, ao dispor:

> Art. 38. Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

Registre-se que, não obstante a citada lei se referir aos tabelionatos de registro de protestos de títulos, por analogia, são aplicáveis os seus dispositivos às demais serventias, com relação à responsabilidade dos titulares, pois todos eles assumem sua serventia através do mesmo procedimento e com os mesmos ônus.

Inadmissível aferir sua responsabilização civil para determinados atos, adotando critérios diferenciados de apuração, ora objetiva, ora subjetiva.

Assim, é aplicável o art. 38 da Lei 9.492/97 e, por ser posterior e especial em relação à Lei 8.935/94, prevalece sobre as regras nesta inserida.

De outro lado, o art. 22, XXV, da Constituição Federal reserva à União a competência para legislar sobre registros públicos, impondo concluir que os notários exercem função pública delegada.

Logo, ao tratar da responsabilidade de atos de ofício de tais agentes, tem o prejudicado ação contra o Estado, na forma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ou diretamente contra o servidor público, por delegação da função.

Nesse sentido, pertinente o artigo que se transcreve:

> Compreende-se, assim, que a ação de responsabilidade civil pode ser direcionada de duas formas distintas no caso: a) diretamente contra o Estado, conforme responsabilidade objetiva consagrada pelo art. 37, § 6º, da CF de 1988, portanto independente de culpa (*lato sensu*), bastando apenas o dano e o nexo de causalidade entre o ato danoso e o serviço prestado, cabendo ao Estado o direito de ação regressiva contra o agente causador do dano nos casos de dolo ou culpa do mesmo; ou b) diretamente contra o notário ou registrador, desde que o autor da ação prove a culpa ou dolo deste, logo será responsabilidade subjetiva (CC - Art. 159) (Extraído de artigo "Tabeliães e Oficiais de Registros", *in Revista dos Tribunais* 779/741).

Destarte, ao acionar o Notário, tem o prejudicado o ônus de comprovar todos os elementos que configuram a responsabilidade subjetiva, consubstanciados na culpa ou dolo do réu, o prejuízo e o nexo de causalidade.

No presente caso, pretende o segundo apelante a declaração de nulidade dos atos que resultaram na venda fraudulenta de imóvel pertencente a Henrique Patron Szklarz e sua esposa.

A fraude que resultou na venda do imóvel teve início com a lavratura da procuração supostamente outorgada pelos proprietários do bem.

A procuração falsa, f. 18, foi lavrada pela primeira apelante, na qualidade de Oficial do 9º Ofício de Notas de Belo Horizonte, não estando demonstrado que tenha tomado todos os cuidados necessários para o ato, tais como identificação daquele que se apresentou como proprietário do bem e outorgante.

Dessarte, acompanho o voto proferido pelo ilustre Relator, apenas com as considerações a respeito da responsabilidade.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS.

-:::-

AÇÃO DECLARATÓRIA - EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL - CUMPRIMENTO - EXCESSO DE PRAZO - MULTA - PREVISÃO LEGAL - AUSÊNCIA - ASTREINTE - INAPLICABILIDADE

Ementa: Processo civil. Execução de sentença. Atraso no cumprimento da decisão. Condenação em astreintes posterior ao cumprimento da obrigação. Impossibilidade da medida.

- A estipulação de multa por tempo de atraso no cumprimento de decisão judicial pode ser prévia, como advertência para impor e assegurar a efetivação da tutela, ou contemporânea ao descumprimento.

- É indevida, sem prévia fixação, a condenação no pagamento de astreintes após o cumprimento da obrigação.

Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso.

AGRAVO Nº 1.0024.98.143359-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Maria do Rosario Pires Teixeira Alvarenga - Agravado: Estado de Minas Gerais - Relator: Des. ALMEIDA MELO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 1º de março de 2007 - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Almeida Melo - Este recurso foi interposto contra a decisão trasladada à f. 36-TJ, que indeferiu pedido de aplicação de multa diária por demora no cumprimento da sentença executada.

A agravante diz que, nos autos da ação declaratória que moveu contra o agravado, requereu a execução da sentença que lhe foi favorável. Aduz que o recorrido atrasou o cumprimento da sentença, uma vez que recebeu a ordem em 09.03.06 e a efetivou somente em 19.04.06, razão pela qual requereu a aplicação de multa. Sustenta que o fato de não constar multa do mandado para cumprimento da sentença não impede a aplicação daquela sanção.

O agravado, nas contra-razões de f. 47/49-TJ, suscita preliminar de intempestividade do recurso interposto em 11.01.2007, ao argumento de que a decisão agravada foi publicada em 15.12.2006 e que o prazo recursal terminou em 27.12.2006, prorrogando-se para 08.01.2007, em razão do recesso iniciado em 20.12.2006.

A decisão agravada foi publicada em 15.12.2006, sexta-feira (f. 37-TJ), e o prazo de dez dias para interposição do recurso iniciou em 18.12.2006 (segunda-feira). Em razão da superveniência do recesso previsto nas Resoluções 494/2005 e 500/2006, da Corte Superior deste Tribunal de Justiça, no período de 20.12.2005 a 06.01.2007 (sábado), ao qual se aplica o art. 179 do Código de Processo Civil, o referido prazo ficou suspenso, tendo sido retomada sua contagem em 08.01.2007 (segunda-feira), com término no dia 15.01.2007. O presente recurso foi protocolado em 11.01.2007 (f. 02-TJ).

Sobre o tema, a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental. Recurso especial intempestivo. Recesso forense. Suspensão do prazo recursal.
1. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já se pronunciaram no sentido de que, na contagem do prazo para recurso iniciado antes do recesso forense, são incluídos os dias de sábado, domingo e feriado que imediatamente antecedem tal período, em que os prazos ficam suspensos, retomando-se a contagem no primeiro dia útil subseqüente (EDcl no AG nº 299676, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, decisão monocrática, j. em 27.06.2000, *DJ* de 1º/08/2000)' (AgRgEREsp nº 287.566/MG, Corte Especial, Relator Ministro José Delgado, in *DJ* de 04.03.2002) (REsp nº 182.918/CE, Sexta Turma, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, *DJ* de 26.04.2004).
2. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag 681.560/RJ, Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 1º.02.2006, p. 539).

Agravo regimental. Prazo recursal. Férias forenses. Suspensão. CPC, art. 179. Inaplicabilidade. Feriado. CPC, art. 184, § 1º.
- As férias e o "recesso" forense suspendem os prazos, ao contrário dos feriados que apenas os prorrogam.
- Suspenso o prazo recursal, a contagem recomeça no primeiro dia útil seguinte ao término das férias forenses.
- Os feriados não alteram a contagem do prazo quando não coincidirem com o dia do início ou fim do prazo para recurso (AgRg no Ag 481013/RS, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 29.11.2004, p. 317).

Rejeito a preliminar e conheço do recurso.

A recorrente não demonstra a existência, nos autos do processo originário, de prévia fixação de multa, antes do cumprimento da medida requerida na execução de sentença, conforme pedido de f. 24/25-TJ.

A estipulação de multa por tempo de atraso no cumprimento de decisão judicial pode ser prévia, como advertência para impor e assegurar a efetivação da tutela, ou contemporânea ao descumprimento, conforme se extrai do disposto nos §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 461 do Código de Processo Civil:

> 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.
> (...)
> § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.
> § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.
> § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.
> § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Portanto, não é prevista legalmente, sem prévia fixação, a condenação no pagamento de multa da espécie posteriormente ao cumprimento da obrigação, como no caso.

Nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Célio César Paduani* e *Audebert Delage.*

Súmula: REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO - FALÊNCIA - IMÓVEL COMERCIAL - DESOCUPAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - SUBLOCAÇÃO - IRREGULARIDADE - INFRAÇÃO CONTRATUAL - PREJUÍZO - AUSÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Decisão que determina a continuidade dos negócios do falido. Proprietário de imóvel que não possui qualquer relação contratual com o falido, que, não obstante, ocupa o imóvel em razão de uma sublocação tida como irregular. Impossibilidade de discutir, nos autos da falência, direitos de contrato de locação firmados com terceiros, sobremaneira para buscar impedir a continuidade temporária dos negócios do falido. Pretensão do locador de obter, por vias transversas, os mesmos efeitos que adviriam da ação de despejo movida contra a locatária. Recurso desprovido.

AGRAVO n° 1.0518.03.052014-3/006 - Comarca de Poços de Caldas - Agravante: Lojas Arapuã S.A. - Agravada: Massa Falida de Droga Thermas Ltda. representada pelo síndico Silvestre Azevedo Ferraz - Relator: Des. BRANDÃO TEIXEIRA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2007. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Brandão Teixeira - Cuidam os autos de agravo de instrumento interposto por Lojas Arapuã S.A. contra a v. decisão copiada às f. 12/15-TJMG, que determinou a continuidade das atividades da falida, pelo prazo de 90 dias, exclusivamente no estabelecimento situado na Rua Assis Figueiredo, nº 1.131, em Poços de Caldas.

Sustenta a agravante que é proprietária do imóvel urbano localizado na Rua Assis Figueiredo, nº 1.131, em Poços de Caldas, que locou dito imóvel a Argentina Bizon Gomes, e que esta sublocou o bem a terceiros, para fins de instalação de um estabelecimento farmacêutico, sem que, em momento algum, tenha comunicado tal fato à locadora. Ocorre que essa sociedade comercial que ali se instalou veio a ter sua falência decretada pelo MM. Juízo agravado, estando sem pagar os aluguéis devidos. Informa que ajuizou ação de despejo, por falta de pagamento e também em razão da infração contratual (sublocação não autorizada do imóvel). Expõe que, ainda assim, o douto Juízo da falência determinou a continuidade das atividades da falida, determinando a reserva de valores referentes ao aluguel. Argumenta que a v. decisão recorrida retirou da agravante seu legítimo direito à ação de despejo, por meio da qual pretende a desocupação do prédio, além de ter criado um liame obrigacional indesejável, privando-a dos aluguéis que poderia receber, em razão de uma nova locação do bem. Requer seja cassada a v. decisão recorrida, para que seja declarada a impossibilidade de a massa continuar qualquer atividade no imóvel (f. 02/07-TJMG).

A liminar recursal foi indeferida pela v. decisão de f. 117 e 117-v.-TJMG.

Embora intimada, a agravada não ofertou contra-razões de recurso (v. certidão de f. 119-TJMG).

O ilustrado Procurador de Justiça Antônio César Mendes Martins oficiou nos autos às f. 122/124-TJMG, alegando que “o prosseguimento do negócio do falido é medida excepcional e, no caso, tem prazo certo e há ordem para ‘a venda antecipada do imobilizado’ (f. 12/15), sendo de rigor que, no procedimento falimentar, não preponderam, com exclusividade, as regras de uma relação locatícia comum (art.

117, inciso VII, da Lei n. 11.101/2005)". Por esses fundamentos, opinou pelo desprovimento do agravo.

Conheço do recurso porque próprio, tempestivo e regularmente processado.

Proprietário de imóvel que não possui qualquer relação contratual com o falido.

Decisão que determina a continuidade dos negócios do falido.

Conforme se depreende das razões de recurso e também das peças que compõem o presente recurso de agravo, a ora agravante Lojas Arapuã S.A. celebrou contrato de locação comercial com Argentina Bizon Gomes (v. instrumento copiado às f. 23/25-TJMG). Esse contrato teria sido firmado pelo prazo de 3 anos, para vigorar de março de 1999 a março de 2002, e tinha como objeto o imóvel localizado na Rua Assis Figueiredo, nº 1.131, em Poços de Caldas.

Ocorre que, naquele imóvel, teria sido instalada a filial da sociedade comercial Droga Thermas Ltda. (ora agravada), a qual teve sua falência decretada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas.

Diante do alegado inadimplemento dos aluguéis e também em razão da alegada infração contratual decorrente da sublocação do imóvel, em abril de 2006, a agravante aforou ação de despejo contra Argentina Bizon Gomes (f. 101/104-TJMG).

Ocorre que, paralelamente a esses fatos, em fevereiro de 2006, o MM. Juízo da falência de Droga Thermas havia determinado a continuidade das atividades da massa falida, pelo prazo de 90 dias, exclusivamente no imóvel onde se encontra a filial (ou seja, no imóvel da agravante). Mais: em março de 2006, quando tomou ciência dos fatos aqui versados, também determinou fosse procedida a reserva do valor do aluguel, colocando-o à disposição da locadora (f. 110/111-TJMG).

Assim postos os fatos, vê-se que razão não assiste à agravante.

Se a agravante não tem, e jamais teve, qualquer relação contratual com a falida, então não é credora da massa. Por conseqüência, nada tem a deduzir na falência.

Demais disso, a continuidade dos negócios da massa falida em nada impede o prosseguimento da ação de despejo, e também em nada afeta seus direitos de locadora e proprietária, de pretender reaver o imóvel e buscar receber seus créditos, em face da locatária do bem. Se, adiante, a ação de despejo for julgada procedente, caberá à agravante (locadora) fazer cumprir a sentença, contra aquele que detiver o imóvel.

Por fim, deve-se registrar que, além de a continuidade dos negócios ter sido determinada por prazo certo (90 dias, há muito vencidos), ainda cuidou o douto Juízo monocrático de, cautelosamente, determinar a reserva dos valores referentes aos aluguéis, deferindo sua liberação à locadora.

Enfim: não se verifica qualquer prejuízo que a agravante pudesse estar suportando, em razão da v. decisão recorrida.

Conclusão.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela agravante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Caetano Levi Lopes* e *Francisco Figueiredo*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - MUNICÍPIO - DUPLICATA SEM ACEITE PROTESTADA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - COMPROVAÇÃO - DOCUMENTO ESCRITO - PROTESTO DE TÍTULO - COMARCA DIVERSA - NULIDADE - NÃO-OCORRÊNCIA

Ementa: Execução. Embargos. Duplicata de prestação de serviço. Reexame necessário. Direito controvertido de valor superior a 60 salários mínimos. Comprovação da relação negocial e da prestação dos serviços. Título válido. Duplicata emitida. Resolução nº 43/2001, do Senado Federal. Vedação para emissão inexistente. Protesto. Lavratura em cidade diversa. Legalidade. Sentença mantida.

- Verificando-se que o valor controvertido é superior a 60 salários mínimos e não tendo havido a remessa obrigatória do feito ao Tribunal, deve este, de ofício, fazer o reexame necessário da sentença.

- A cambiariforme que serviu de base à pretensão executória - duplicata de prestação de serviços -, quando não aceita, constitui título executivo extrajudicial capaz de embasar o processo executório, desde que, protestada, venha acompanhada do documento apto a comprovar a efetiva prestação do serviço e do vínculo contratual que a autorizou - contrato de prestação de serviços ao Município, como complemento aos requisitos de executividade da duplicata -, a teor do art. 20, § 3º, da Lei 5.474/1968.

- "Conforme disposto na Resolução nº 43/2001, do Senado Federal, não há vedação à emissão de títulos contra a Municipalidade, mormente se há previsão orçamentária para a execução da obra que originou, sendo esta decorrente de processo contratual ou licitatório determinado em lei. O que veda referida resolução, mormente em seu art. 5º, é a assunção direta do Município de dívidas derivadas desse tipo de cambial, ou seja, que não decorram de contratação que tenha cumprido as etapas legais da celebração, situação diversa daquela que se verifica nestes autos".

- O protesto tirado fora da comarca à qual pertence o Município executado não acarreta nenhuma nulidade, diante da publicidade do ato e da regularidade na notificação, inexistindo qualquer vedação legal.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0520.03.002638-6/001 - Comarca de Pompéu - Apelante: Município de Pompéu - Apelada: M. Campos Engenharia e Empreendimentos Ltda. - Relator: Des. MAURÍCIO BARROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 30 de março de 2007. - *Maurício Barros* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Maurício Barros - Consta dos autos que M. Campos Engenharia e Empreendimentos Ltda. (apelada) ajuizou ação de execução por título extrajudicial contra o Município de Pompéu (apelante), objetivando o recebimento de dívida consubstanciada em duplicata protestada, no valor de R$17.902,47 (maio de 2003), referente à prestação de serviços para o executado, cuja obra já foi, inclusive, entregue.

O executado opôs embargos do devedor, alegando inexistência e nulidade da duplicata e

nulidade do protesto. Eventualmente, pediu a verificação dos pagamentos já realizados, já tendo havido o pagamento da última medição.

Os embargos foram acolhidos apenas e tão-somente para decotar R$0,02 (dois centavos) do valor cobrado.

Recorreu o embargante, repisando a alegação de nulidade da duplicata, pois é vedado à Administração Pública assumir obrigação de despesa mediante a emissão ou aceite de títulos de crédito, bem como a nulidade do protesto, que deveria ter ocorrido em Pompéu, foro contratual do ente estatal (f. 203/206).

A apelada respondeu ao apelo em óbvia contrariedade (f. 226/229).

O reexame necessário:

Verificando que o direito discutido no feito tem valor superior a sessenta salários mínimos, farei, de ofício, o reexame necessário da r. sentença. Outrossim, estando presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da apelação.

A duplicata de prestação de serviços que serve de base à pretensão executória, quando não aceita, constitui título executivo extrajudicial capaz de embasar o processo executório, desde que protestada e acompanhada do documento apto a comprovar a efetiva prestação do serviço e o vínculo contratual que a autorizou - contrato de prestação de serviços celebrado com o Município, como complemento aos requisitos de executividade da duplicata -, a teor do art. 20, § 3º, da Lei 5.474/1968.

Consistindo a duplicata de prestação de serviços em titulo de credito eminentemente causal, depende da comprovação não só da efetiva prestação dos serviços, como também do vinculo contratual que o autorizou. É imprescindível, para sua validade, a existência de documento por escrito que ateste o integral teor do avençado pelos contraentes, especificando os serviços a serem prestados, bem como a correlata remuneração estabelecida, sob pena de se permitir a constituição de título de crédito unilateral, engendrando situação de instabilidade e insegurança nas relações jurídicas.

Existindo documento por escrito a lastrear o ajuste entabulado pelas partes em contrato de prestação de serviços, há que se reconhecer a duplicata sem aceite, acompanhada do protesto e dos documentos acima mencionados, como titulo de crédito perfeito, possuidor dos requisitos de liquidez e certeza, admitida a ação executiva.

Assim, restando demonstrado que o serviço contratado com o Município embargante foi efetivamente prestado, bem como a regularidade da medição e o valor lançado na fatura, é válida a duplicata extraída.

Com relação à impossibilidade de se emitir duplicata contra a Municipalidade, com acerto definiu o douto Sentenciante, Dr. Juliano Abrantes Rodrigues, fundamentação que ora adoto como razão de decidir:

> Conforme disposto na Resolução nº 43/2001, do Senado Federal, não há vedação à emissão de títulos contra a Municipalidade, mormente se há previsão orçamentária para a execução da obra que originou, sendo esta decorrente de processo contratual ou licitatório determinado em lei. O que veda referida resolução, mormente em seu art. 5º, é a assunção direta do Município de dívidas derivadas desse tipo de cambial, ou seja, que não decorram de contratação que tenha cumprido as etapas legais da celebração, situação diversa daquela que se verifica nestes autos.

Por outro lado, o protesto tirado fora da comarca à qual pertence o Município executado não acarreta nenhuma nulidade, diante da publicidade do ato e da regularidade na notificação, inexistindo qualquer vedação legal.

Com esses fundamentos, no reexame necessário, confirmo a r. sentença, prejudicada a apelação.

Custas recursais, pelo apelante, isento na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Antônio Sérvulo* e *José Domingues Ferreira Esteves.*

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - PRISÃO ILEGAL - FALHA ADMINISTRATIVA - DANO MORAL - INDENIZAÇÃO

Ementa: Indenização por dano moral. Prisão ilegal. Falha administrativa. Responsabilidade objetiva do Estado.

- Tendo sido o autor preso ilegalmente, em razão de falha administrativa, o Estado responde objetivamente pela reparação do dano a ele causado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.04.535603-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Célio Fernandes dos Santos - Relator: Des. JARBAS LADEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 6 de março de 2007. - *Jarbas Ladeira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Jarbas Ladeira - Trata-se de reexame necessário e de recurso voluntário interposto pelo Estado de Minas Gerais, contra a sentença de f. 85/92, que julgou procedente o pedido formulado na ação de reparação de danos decorrentes de prisão ilegal e indevida que lhe move Célio Fernandes dos Santos.

Nas razões de f. 94/101, o apelante alega que o apelado pretende obter indenização por danos sofridos em razão de ter sido preso e conduzido para a Adipe de Contagem no dia 23 de novembro de 2003 e, no dia seguinte, ser encaminhado para a 6ª Delegacia Policial de Contagem, em decorrência de um mandado de prisão expedido em seu desfavor pelo Juiz da 9ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte, por débito alimentício, e que, em razão de erros cometidos pelos agentes públicos, foi recolhido erroneamente, pois os débitos já haviam sido pagos.

Requer o apelante o exame de agravo retido (f. 72/76) interposto contra a decisão de f. 66/67, que determinou a oitiva das testemunhas do apelado e do informante, reconhecendo que o rol não fora juntado aos autos, por motivo não esclarecido, mas foi apresentado a tempo e modo, e não houve prejuízo para a parte ré a juntada do rol em audiência, tendo em vista o que dispõe o art. 130 do Código de Processo Civil.

Alega o agravante que a juntada do rol de testemunhas na própria audiência foi fator de surpresa que ofende ao devido processo legal e a ampla defesa, ofendendo também ao art. 405, § 1º, III, e § 4º do Código de Processo Civil a oitiva do menor F.F.L.M., sobrinho do apelado.

Sustenta que, nos termos do § 4º do art. 405 do Código de Processo Civil, é permitida a oitiva como informante de testemunha impedida ou suspeita, não se referindo a incapaz.

Requer o provimento do agravo para declarar nulos ambos os depoimentos.

Quanto ao mérito, alega que o apelado concorreu culposamente para que o fato ocorresse, pois, somente após a expedição do mandado de prisão, juntou aos autos da ação de alimentos o comprovante de pagamento do débito referente à pensão alimentícia e não fiscalizou a baixa do mesmo, o que gerou sua prisão.

Alega que o apelado não comprovou a ocorrência dos danos morais e pede, em caso de manutenção da sentença, que seja reduzido o valor arbitrado para 20 salários mínimos.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço da remessa oficial e do recurso voluntário.

Passo ao reexame necessário.

Em primeiro lugar, conheço do agravo retido, mas lhe nego provimento.

Juntamente com o apelado estava o menor F.F.L.M., que foi ouvido como informante.

Não existe impedimento a que o menor preste depoimento na qualidade de informante.

O rol de testemunhas foi apresentado a tempo e modo, e a sua juntada aos autos realmente não trouxe prejuízos para o apelante, até mesmo porque a prova testemunhal no presente caso não se fazia necessária ante a declaração firmada pela delegada, admitindo o erro no cadastramento do mandado de prisão.

No mais, demonstram os autos que o autor foi abordado por policiais militares no estacionamento do Banco do Brasil, situado na Praça da Cemig, em Contagem, ao argumento de que a gerência daquela instituição acionou a Polícia, alegando que um rapaz de camisa amarela que estava no banco portava uma arma.

Mesmo nada tendo sido provado, foi ele conduzido à Adipe de Contagem, e lá lhe foi dada voz de prisão, sob a alegação de que havia um mandado de prisão por falta de pagamento de pensão alimentícia.

Algemado, foi conduzido à 6ª Delegacia Policial de Contagem, onde permaneceu por uma noite, informando ele que foi humilhado pelos policiais que faziam chacotas e piadas a seu respeito, zombando grosseiramente dele.

No momento da abordagem, estava acompanhado do menor F.F.L.M., que presenciou todos os fatos e permaneceu dentro da Kombi, sem qualquer assistência, as 24 horas em que esteve preso.

A família providenciou a documentação para comprovar que a dívida foi quitada, apresentando-a à Delegada Jacqueline de Oliveira Ferraz, do setor de arquivo e informação, e esta por telefone informou que o autor não poderia permanecer preso, uma vez que nada devia à Justiça, atestando expressamente que o mandado de prisão fora cadastrado indevidamente.

A indenização por dano moral pressupõe a existência dos seguintes pressupostos:

- conduta ou ato ilícito;

- dano;

- nexo de causalidade.

O apelado permaneceu preso porque o setor da 6ª Delegacia de Polícia de Contagem indevidamente cadastrou o mandado de prisão expedido pela 9ª Vara de Família, que já havia expedido alvará de soltura, em razão de ter sido quitada a dívida.

A Delegada Jacqueline de Oliveira Ferraz informou:

> ... tendo chegado ao nosso conhecimento, em data de 19.11.2003, o mesmo recebera da Capital alvará de soltura referente ao Processo de nº 024.97.025.816-6, devidamente cadastrado sob nº de 50.174 para a

> sua liberação. Entretanto, na data de 28.11.2003, por este setor, fora cadastrado indevidamente o Mandado de Prisão de nº 126461, expedido pela mesma 9ª Vara de Família/Capital e no mesmo Processo de nº 024.97.025.816-6, o qual resultou novamente na prisão do indivíduo acima mencionado.

Houve, portanto, uma falha administrativa que gerou danos ao apelado, advindo desse fato a responsabilidade objetiva do Estado de Minas Gerais para repará-los, consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

> As pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A responsabilidade do Estado independe da prova da culpa, bastando a prova do nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, o que restou patente nestes autos.

A prisão de uma pessoa sem dúvida representa um ato humilhante e que provoca sofrimento, principalmente se o preso não é um infrator. Por outro lado, o valor indenizatório foi fixado com moderação, em R$ 10.000,00.

Juntamente com o apelado estava o menor F.F.L.M., que foi ouvido como informante.

Não existe impedimento a que o menor preste depoimento na qualidade de informante.

O rol de testemunhas foi apresentado a tempo e modo, e a sua juntada aos autos realmente não trouxe prejuízos para o apelante, até porque a prova testemunhal no presente caso não se fazia necessária ante a declaração firmada pela Delegada, admitindo o erro no cadastramento do mandado de prisão.

Por todo o exposto, em reexame necessário, mantenho a sentença.

Julgo prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Brandão Teixeira* e *Caetano Levi Lopes*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

ACIDENTE DE TRÂNSITO - VEÍCULO CONDUZIDO POR TERCEIRO - PROPRIETÁRIO - CULPA *IN VIGILANDO* - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - CONDUTOR - CULPA - INDENIZAÇÃO - SEGURADORA - DIREITO DE REGRESSO - PREJUÍZO - PROVA - NOTA FISCAL - RECIBO DE QUITAÇÃO - ORÇAMENTO ÚNICO - CUSTAS RECURSAIS - PAGAMENTO PELA PARTE - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - CONCESSÃO - IMPOSSIBILIDADE

Ementa: Acidente. Trânsito. Veículo. Proprietário. Culpa *in vigilando*. Caracterização. Responsabilidade. Indenização. Seguradora. Direito de regresso. Culpa. Condutora. Exclusão. Mal súbito. Inocorrência. Prejuízos. Nota fiscal. Orçamento único. Possibilidade. Justiça gratuita. Custas recursais. Pagamento. Concessão. Impossibilidade.

- O proprietário de veículo automotor dirigido por terceiro, envolvido em acidente, responde solidariamente pelos danos causados a outrem, por culpa *in vigilando* e como criador do risco.

- Comprovada a culpa em acidente automobilístico, tem a seguradora o direito de regresso para recebimento dos valores da indenização contratada pelo segurado, não se eximindo o condu-

tor do veículo da responsabilidade por mera alegação, sem substrato probatório, de ter sido acometido de mal súbito.

- Os prejuízos arcados pela seguradora podem ser comprovados por notas fiscais, por recibo de quitação regular e por orçamento único condizente com as avarias do veículo, em não havendo provas contrárias.

- Não se concede o benefício da gratuidade de justiça à parte que paga as custas recursais, demonstrando ter condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo de sua subsistência.

APELAÇÃO CÍVEL N° 2.0000.00.494649-8/000 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: José Geraldo da Silva e outros - Apelada: AGF - Brasil Seguros S.A. - Relator: Des. JOSÉ AMANCIO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2007 - *José Amancio* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Amancio - José Geraldo da Silva e Clésia das Graças apelam da r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - MG, julgando procedente a ação regressiva ajuizada pela AGF Brasil Seguros S.A., condenando-os solidariamente no pagamento de R$ 6.758,50 (seis mil, setecentos e cinqüenta e oito reais e cinqüenta centavos) e R$ 298,71 (duzentos e noventa e oito reais e setenta e um centavos), corrigidos pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, a contar dos respectivos desembolsos, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação do último requerido até o efetivo pagamento.

Condenou-os, ainda, a repartir o pagamento das custas e dos honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Argúem os apelantes, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam* do proprietário do veículo causador do sinistro.

No mérito, asseveram caracterizar-se a exclusão da responsabilidade civil da condutora do veículo, por ter sido acometida de mal súbito, fazendo com que viesse a perder a sua mão de direção.

Sustentam serem equivocadas suas condenações nos ônus da sucumbência, devendo ser-lhes concedida a gratuidade de justiça.

Pugnam pela reforma da r. sentença hostilizada.

Contra-razões às f.147-150.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Preliminar:

Ilegitimidade passiva *ad causam*.

A responsabilidade do proprietário do veículo pelos danos suportados pela seguradora, confunde-se com o mérito e serão conjuntamente apreciados.

Mérito:

Razão não assiste aos apelantes.

Legitimados a responder pelos danos causados a outrem são todos aqueles que tenham concorrido culposamente para o evento danoso, decorrendo a responsabilidade do agente causador do ato ilícito.

No caso dos autos, exsurge clara a solidariedade do proprietário do veículo conduzido por terceiro no momento do acidente, por haver-lhe permitido colocar em circulação máquina motorizada que, por sua natureza, representante de perigo ao patrimônio alheio, estando, pois, apto a figurar no pólo passivo.

A alegação de que o veículo fora pego pela condutora sem a sua autorização não tem o condão de excluir a responsabilidade solidária, porquanto a relação de parentesco existente entre os apelantes nos leva à presunção de ter ela permissão do seu proprietário para utilizá-lo.

Nesse sentido a jurisprudência:

> Civil. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Morte. Proprietário do veículo. Legitimidade passiva *ad causam*. Culpa *in vigilando.* Presunção *juris tantum*. Solidariedade. Inteligência do art. 1.518, parágrafo único, CC. Dano moral. *Quantum*. Controle pela instância especial. Possibilidade. Precedentes. Enunciado nº 284, Súmula/STF. Inaplicação. Precedentes. Recurso provido.
> I - Nos termos da orientação adotada pela Turma, o proprietário do veículo responde solidariamente com o condutor do veículo. Em outras palavras, a responsabilidade do dono da coisa é presumida, invertendo-se, em razão disso, o ônus da prova.
> II - Não demonstrado pelo proprietário do veículo que seu filho inabilitado o utilizou ao arrepio das suas proibições, recomendações e cautelas, responde o pai solidariamente pelos danos causados pelo ato culposo do filho, ainda que maior. (...) (STJ - REsp nº 145.358-MG, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* de 1º.03.99, p. 325).

Com efeito, induvidosa é a responsabilidade solidária do proprietário do veículo pelos danos causados, responsável ainda pelos prejuízos advindos do acidente no qual se envolveu o seu veículo, ainda que conduzido por terceiro, culpa da qual se eximiria somente se provado o veículo ter sido posto em circulação contra a sua vontade.

Quanto à apuração da culpa pelo sinistro, nos termos do art. 159 do Código Civil de 1916: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano", defluindo desse preceito legal agir culposamente aquele que, conquanto não queira causar prejuízo a outrem, assume esse risco, desprezando as cautelas normais a serem desenvolvidas para evitarem-se conseqüências danosas ao patrimônio alheio.

A esse respeito, ensina Sílvio Rodrigues, que constituem:

> pressupostos da responsabilidade civil: A) ação ou omissão do agente; B) culpa do agente; C) relação de causalidade; D) dano experimentado pela vítima" (Direito Civil, IV/14), e nesse mesmo sentido, Antônio Lindbergh C. Monteiro assinala que os pressupostos necessários à imposição da obrigação de indenizar são: 'a) o dano, também denominado prejuízo; b) o ato ilícito ou risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c) um nexo de causalidade entre tais elementos' (*Do ressarcimento de danos pessoais e materiais*, p. 10).

Embora a condutora do veículo insista na tese de exclusão da sua responsabilidade por ter sido acometida de suposto mal súbito no momento do acidente, fato não comprovado nos autos, deve ser mantida a r. sentença vergastada.

Aceitar-se a tese dos apelantes, representaria a exclusão da responsabilidade civil em acidentes de trânsito, porquanto bastaria ao condutor do veículo alegar ter sofrido mal súbito no momento do sinistro, e exonerada estaria sua responsabilidade, o que é por demais temerário e inaceitável.

Quanto aos valores apresentados, a exibição de nota fiscal e de um único orçamento feito em oficina idônea são aptos à comprovação do montante dos prejuízos advindos com o acidente, suficientes para instruir a inicial, não havendo prova nos autos capaz de elidi-los, devendo prevalecer o valor arbitrado na r. sentença.

> Ação de reparação de danos. Acidente de veículos. Motorista que não mantém distância razoável do veículo que trafega à sua frente.

Culpa comprovada. Indenização devida. Orçamento único.
(...)
O orçamento de oficina especializada, que efetivamente examinou o veículo e os danos nele causados em acidente de trânsito, é elemento idôneo para provar os danos, a extensão e o valor, mesmo que seja orçamento único" (TAMG - Apelação Cível nº 347.125-8, Quarta Câmara Cível, Rel. Juiz Alvimar de Ávila, j. em 06.11.2001).

Por fim, quanto à condenação dos requeridos no pagamento dos ônus da sucumbência, irretocável a decisão, tornando-se impossível a concessão do benefício da gratuidade de justiça, por terem adimplido a tempo e modo as custas recursais, demonstrando capacidade financeira para arcar com as despesas processuais sem prejuízos das suas subsistências.

Conclusão:

Diante do exposto, nego provimento ao recurso (preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* apreciada juntamente com o mérito), mantendo *in totum* a r. decisão hostilizada.

Custas recursais, pelos apelantes.

O Sr. Des. Sebastião Pereira de Souza - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR. O RELATOR NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO.

O Sr. Des. Presidente Batista de Abreu - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 13.12.2006 a pedido do Revisor, após o Relator negar provimento ao recurso.

O Sr. Des. Sebastião Pereira de Souza - Reexaminei o processo e cheguei à mesma conclusão a que chegou o eminente Des. Relator. Estou negando provimento ao recurso.

O Sr. Des. Batista de Abreu - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL. O RELATOR E O REVISOR NEGAVAM PROVIMENTO AO RECURSO.

O Sr. Des. Presidente Batista de Abreu - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 14.02.2007 a pedido do Vogal, após o Relator e o Revisor negarem provimento ao recurso.

Estou de acordo com os votos que me antecederam.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - MUNICÍPIO - PODER DE POLÍCIA - FARMÁCIA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - DESVIO DE FINALIDADE - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - SAÚDE PÚBLICA - PREJUÍZO - NÃO-OCORRÊNCIA - CONCESSÃO DA ORDEM

Ementa: Mandado de segurança. Drogaria e farmácia. Recebimento de contas públicas. Água e energia. Ausência de incremento da insalubridade. Poder de polícia. Ausência de previsão legal para a restrição.

- A Lei nº 5.991/73 veda que sejam praticadas nas farmácias e drogarias atividades diversas das relacionadas com a comercialização e manipulação de medicamentos, somente na medida em que tais atividades possam gerar risco ou prejuízo às condições de saúde e segurança pública. O recebimento de contas de água e energia por tais estabelecimentos não representa qualquer incremento das condições de insalubridade, em nada interferindo na atividade principal das drogarias e farmácias. Considerando-se que a *mens legis* da proibição de outras atividades diversas da licenciada por farmácias e drogarias é preservar a saúde e a segurança

dos clientes, não caberá interpretação extensiva desta vedação para impedir a prática de atividades não insalubres.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO n° 1.0525.06.083763-6/001 - Comarca de Pouso Alegre - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Município de Pouso Alegre - Apelada: Drogaria Adrifarma Ltda. - Relator: Des. DÁRCIO LOPARDI MENDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 01 de março de 2007. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes - Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre, nos autos do mandado de segurança impetrado por Drogaria Adrifarma Ltda. em face de secretário municipal de saúde e chefe do setor de vigilância sanitária de Pouso Alegre, que concedeu a segurança para autorizar a impetrante a receber as contas públicas em seu estabelecimento. Deixou de condenar o sucumbente em honorários advocatícios, sujeitando a sentença ao duplo grau de jurisdição. Custas processuais, *ex lege*.

Em suas razões, os apelantes alegam que o ente público municipal possui poder de polícia para limitar o exercício de direitos individuais em prol do interesse público, sendo que a vigilância sanitária tem o poder de fiscalizar as condições de funcionamento das drogarias e farmácias, em conformidade com a lei, ou seja, nos termos dos arts. 4º, X e XI, e art. 55 da Lei Federal nº 5.991/73, que veda o uso das farmácias para fins diversos do licenciamento.

Assim, como o recebimento de contas foge ao fim específico da farmácia, não caberia o exercício de tal atividade, ressaltando que não há se falar em prestação de serviço social aos moradores da região, pois se está agindo contra a lei. Afirma, ainda, que os contratos firmados pela impetrante com a Cemig e a Copasa não podem ser opostos contra a Fazenda Pública.

Foram apresentadas contra-razões às f. 53/54, em prol da sentença.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 62, opinando pela confirmação da sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, porquanto presentes seus pressupostos legais de admissibilidade.

Conforme se depreende dos autos, há contrato entre o impetrante e a Cemig, às f. 12/13, e a Copasa, às f. 18/24.

Não se olvida o fato de que a atividade de recebimento de contas públicas de água e de energia não é afeta à atividade principal da impetrante, mormente se considerado o teor do contrato social da mesma, carreado aos autos.

Também não se obscurece que a Lei nº 5.991/73 fazia restrições ao âmbito de atividades praticadas pelas farmácias e drogarias, limitando-as, exclusivamente, à comercialização de medicamentos e correlatos.

Todavia, deve-se ponderar que tais limitações foram sendo abrandadas, buscando tornar mais dinâmica a atividade comercial, sendo que, atualmente, já se permite a venda de medicamentos diversos em estabelecimentos

como supermercado e mercearias, assim como já é comum a venda de produtos alimentícios, de limpeza e outros em farmácias e drogarias.

Há vedação legal para que as farmácias e drogarias sejam utilizadas como consultórios, ou para fins diversos daqueles previstos no licenciamento. Contudo, não se veda a prestação de outros serviços nas suas dependências.

A *mens legis* da proibição de atividade diversa da licenciada é para que não haja risco à higiene e saúde dos freqüentadores, sendo que não há razão para se vetar atividades que preservem o ambiente sadio do estabelecimento.

Assim, o recebimento de contas públicas pelas farmácias ou drogarias apenas implica manipulação de dinheiro, que já ocorre normalmente na comercialização dos produtos medicamentosos não havendo qualquer agravamento das condições de insalubridade.

Ademais, a pessoa que se dirige ao estabelecimento para pagar contas de água e energia, na maior parte das vezes, sequer adentra no mesmo, visto que os caixas são instalados à beira da porta, em nada prejudicando a atividade principal das farmácias e drogarias ou a salubridade do ambiente.

Ressalte-se que, nos termos em que a drogaria impetrante foi notificada, conforme f. 06, não há qualquer alegação da Secretaria de Saúde no sentido de que o estabelecimento se tenha tornado insalubre em razão do recebimento das contas de energia e água.

Não se discute o poder de polícia que é atribuído à Vigilância Sanitária, para fiscalizar e coordenar a atividade prestada por estabelecimento que lida com questões relacionadas à saúde da população.

Contudo, somente será legítimo o exercício do poder de polícia que visar restringir a atividade de tais estabelecimentos quando, de fato, houver causa a justificar tal restrição, ou seja, quando a intervenção do ente público se fizer necessária para garantir as condições mínimas de salubridade exigidas. A atividade da polícia sanitária deverá voltar-se à proteção da saúde e segurança da coletividade, não se justificando, quando tais interesses estiverem plenamente conservados.

No presente caso, não foi apontada qualquer deficiência nas instalações sanitárias da drogaria impetrante, assim como na conservação dos medicamentos. A atividade principal da drogaria, conforme se depreende dos autos, encontra-se plenamente regular, em consonância com as condições do licenciamento.

Portanto, embora a Lei nº 5.991/73 não autorize o recebimento de contas públicas pelas farmácias e drogarias, lado outro, também não veda tal atividade, que se tornou possível em face do progresso tecnológico, que permite o pagamento das guias de forma rápida e limpa, sem causar danos ou prejuízos aos consumidores dos medicamentos.

Não restam dúvidas, assim, de que a cobrança de contas de água e energia pela drogaria, feita por meio do caixa registrador, sem qualquer interferência na atividade principal do estabelecimento, não é nociva à saúde ou à segurança pública, carecendo razão para sua proibição.

Acrescente-se que o poder de polícia, por representar restrição ao exercício de direito individual do cidadão, deve estar especificamente previsto em lei, não se permitindo sua realização por mera interpretação extensiva de restrição legal.

Logo, referindo-se à limitação legal apenas às atividades nocivas à saúde e segurança públicas e, sendo certo que o recebimento de contas públicas pela drogaria em nada prejudica tais condições, clara está a abusividade do ente público que impediu o estabelecimento de praticar tal atividade, paralelamente ao seu desiderato principal.

Inexistem dúvidas, a meu modesto aviso, de que a Secretaria de Saúde e a Vigilância Sanitária do Município se desviaram da finalidade

pretendida pela norma que veda atividades que comprometam a saúde e segurança públicas, tornando ilegítima a intervenção praticada, de forma a prejudicar direito líquido e certo do impetrante.

Nesse sentido, cite-se a decisão deste egrégio Tribunal de Justiça:

> Constitucional e administrativo. Mandado de segurança. Farmácia. Prestação de serviço. Pagamento de contas, Boletos bancários e correlatos. Autuação. Alegação de risco à saúde pública. Inocorrência. Concessão da segurança. Manutenção. - O simples serviço de pagamento de contas, boletos e faturas, prestado em farmácia, não representa risco ou prejuízo para a saúde pública, a exigir intervenção do órgão fiscalizador (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0056.03.065112-1/001, Rel. Desembargador Dorival Guimarães Pereira).

Isso posto, pelas razões ora aduzidas, em reexame necessário, confirmo a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Almeida Melo* e *Célio César Paduani.*

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

-:::-

EXECUÇÃO PROVISÓRIA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - REQUISITOS - NÃO-CONFIGURAÇÃO - PRODUÇÃO DE PROVA - INEXISTÊNCIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AGRAVO RETIDO - CONVERSÃO - IMPOSSIBILIDADE - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Agravo de instrumento. Conversão em agravo retido. Desconsideração da personalidade jurídica. Requisitos. Encerramento irregular de atividades. Inexistência de bens. Ausência de comprovação.

- Superada a fase de admissibilidade do agravo de instrumento e se o recorrente objetiva tutela de urgência, não se mostra adequada sua conversão em agravo retido.

- Não estando provados o encerramento irregular das atividades empresariais e a inexistência de bens da empresa, requisitos que permitem a transferência da responsabilidade da sociedade para os sócios, não tem cabimento a desconsideração da personalidade jurídica.

Preliminar rejeitada e agravo provido.

AGRAVO N° 1.0024.05.871531-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Lotus Empreendimentos e Participações S.A. - Agravada: Hilda Maria de Jesus Souza - Relatora: Des.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 6 de fevereiro de 2007. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Evangelina Castilho Duarte - Tratam os autos de agravo de instrumento contra decisão, que, em execução provisória de sentença movida pela agravada, deferiu a

desconsideração da personalidade jurídica da agravante.

A agravante alega que não foram cumpridos os requisitos legais para o deferimento da medida, sustentando que possui patrimônio próprio e suficiente para garantir o crédito.

Ressalta que não há prova da existência de qualquer desvio de finalidade ou confusão patrimonial que enseje a desconsideração da personalidade jurídica, bem como não há comprovação da ocorrência de fraude ou abuso.

A agravada apresentou contraminuta, f. 281/287, pugnando pelo não-conhecimento do recurso, sob a alegação de que a via recursal adequada seria o agravo retido, uma vez que não há nenhuma prova da existência de lesão grave ou de difícil reparação para a agravante.

I - Conversão em agravo retido.

Entende a agravada que o presente recurso não deve ser conhecido, já que o agravo retido é a regra, em conformidade com o disposto nos arts. 522 e 527, II, CPC, sendo o agravo de instrumento cabível somente quando há risco de dano para o recorrente.

A reforma do Código de Processo Civil adotou procedimento de somente trazer aos tribunais aqueles recursos que contenham medidas de urgência e que busquem providências para evitar lesão grave e de difícil reparação, que não podem aguardar a prolação da sentença.

Entretanto, no presente caso, não se mostra adequada a conversão do agravo de instrumento em retido, porque já superada a fase de admissibilidade do recurso, como também porque seu objeto é a desconsideração da personalidade jurídica, que demonstra urgência suficiente para o processamento, embora não se tenha aferido a urgência para a concessão do efeito suspensivo.

Ainda que não esteja evidenciado o risco de lesão grave e de difícil reparação para a recorrente, seu objeto é urgente, por ter sido determinada a desconsideração da sua personalidade jurídica, alcançando-se bens dos sócios para garantir a execução promovida pelo agravado.

Rejeito, pois, a preliminar.

II - Mérito.

Para que se possa aplicar a teoria do *disregard doctrine*, ou desconsideração da personalidade jurídica, é indispensável que esteja demonstrado que a empresa encerrou de forma irregular suas atividades, não deixando representante nem bens para garantir seus débitos.

Nesse sentido, já decidiu este eg. Tribunal:

> Embargos de terceiro. Desconsideração da personalidade jurídica. Sócia. Registro na Jucemg.
> - O fechamento irregular de estabelecimento comercial e a inexistência de bens da sociedade capazes de suportar o cumprimento de obrigação assumida fazem com que a responsabilidade recaia sobre os sócios-gerentes, desconsiderando-se a personalidade jurídica daquela.
> - A alteração contratual de sociedade comercial só tem efeito perante terceiros quando devidamente depositada na Jucemg (TJMG - Décima Quarta Câmara Civil - Apelação Cível n. 388.957-6 - Relator: Des. Belizário de Lacerda - j. em 05.06.2003).

Também é possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica se restar caracterizada a utilização abusiva da pessoa jurídica ou a irregularidade da sociedade, com a finalidade de garantir a eficácia da execução.

Conveniente a lição de Marlon Tomazette:

> O pressuposto fundamental da desconsideração é o desvio da função da pessoa jurídica, que se constata na fraude e no abuso de direito relativos à autonomia patrimonial, pois a desconsideração nada mais é do que uma forma de limitar o uso da pessoa jurídica aos fins para os quais ela é destinada (A desconsideração da personalidade jurídica: teoria, o

> Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. *RT* 794/76-94).

E, mais adiante, o mesmo autor esclarece em que consiste o mau uso da personalidade jurídica:

> Este mau uso da personalidade jurídica, isto é, a utilização do direito para fins diversos dos quais deveriam ser buscados, é que primordialmente autoriza a desconsideração, variando com a experiência de cada país. Ao contrário da fraude, no abuso de direito o propósito de prejudicar não é essencial, há apenas o mau uso da personalidade (ob. cit.).

No caso concreto, a decisão que desconsiderou a personalidade jurídica da agravante se fundamenta na inexistência de bens passíveis de penhora.

Ora, não há evidências de que se trate de sociedade cujo patrimônio se confunda com o patrimônio dos sócios, e, sequer, de que estes estejam se desfazendo dos bens que pertencem à empresa.

Ademais, não há indícios de encerramento fraudulento das atividades da agravante ou da inexistência de bens em seu nome.

Nesse sentido, a agravada não se desincumbiu do *onus probandi* que lhe competia, deixando de fazer provas dos fatos constitutivos de seu direito.

Logo, deve ser reformada a decisão recorrida, para indeferir o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da recorrente.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso interposto por Lotus Empreendimentos e Participações S.A., para reformar a decisão, indeferindo o pedido de desconsideração da sua personalidade jurídica.

Custas recursais, pela agravada, suspensa sua exigibilidade.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Roberto Borges de Oliveira* e *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade*.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ARRENDAMENTO MERCANTIL - INDADIMPLEMENTO - VEÍCULO ROUBADO - FUNDAMENTO INSUFICIENTE - OBRIGATORIEDADE DE SEGURO - RESPONSABILIDADE DO ARRENDATÁRIO - BEM ARRENDADO - VALOR - INDENIZAÇÃO DEVIDA - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - APLICABILIDADE

Ementa: Ação de reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Veículo roubado. Extinção do processo. Impossibilidade. Obrigatoriedade do seguro. Responsabilidade. Pagamento do saldo devedor. Art. 515, § 3º, do CPC.

- Não se revela o roubo do veículo, objeto da ação de reintegração de posse, fato suficiente para a extinção do feito por perda do objeto. Ainda que a devolução do bem não seja mais viável, persiste o dever do arrendatário de indenizar o arrendador, haja vista que se comprometeu, mediante cláusula contratual validamente estipulada, a contratar o seguro do bem.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.04.408730-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Panamericano Arrendamento Mercantil S.A. - Apelado: Virgílio Martins Ferreira - Relator: Des. VALDEZ LEITE MACHADO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 1° de março de 2007. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Valdez Leite Machado - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Panamericano Arrendamento Mercantil S.A. contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 25ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos de ação de reintegração de posse em que contende com Virgílio Martins Ferreira.

Alegou o autor na inicial que celebrou com o réu contrato de arrendamento mercantil, em que aquele se obrigou a pagar 36 parcelas mensais e consecutivas, acrescidas de encargos, no valor de R$ 225,98 (duzentos e vinte e cinco reais e noventa e oito centavos), com primeiro vencimento em 19.11.03 e último em 19.10.06.

Aduziu que, em garantia da obrigação assumida, foi cedido o veículo modelo CG 125 Titan KS, marca Honda, cor preta, chassi nº 9C2JC30104R034046, ano/modelo 2003/2004, ficando o réu com a propriedade resolúvel e a posse indireta até a quitação total do débito.

Ressaltou que o réu deixou de efetuar o pagamento da prestação vencida na data de 19.12.03 e, mesmo sendo notificado, manteve-se inerte, ocorrendo, dessa forma, a constituição em mora.

Salientou que, diante de tal situação, na tentativa de recebimento do débito, o autor procedeu à notificação extrajudicial do requerido, sem, contudo, obter êxito, ocasionando assim o vencimento de toda a dívida, conforme prevê a cláusula 19ª do contrato, bem como, uma vez caracterizado o inadimplemento da obrigação, a incidência de pleno direito dessa cláusula, resolvendo-se a propriedade do réu em favor do autor.

Por fim, requereu a concessão de liminar, por entender estarem presentes os requisitos necessários, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

À f. 17 foi deferida liminar.

Foi apresentada contestação às f. 63/65, em que o réu afirmou que teve o veículo discriminado na peça inicial roubado, anexando boletim de ocorrência de f. 66/67 como prova.

Sobreveio aos autos sentença às f. 77/79, em que o MM. Juiz singular julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC, por entender que, com o roubo do veículo, a ação restou prejudicada, uma vez que perdeu o objeto. Condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 350,00, acrescidos de juros e correção monetária a partir da data da publicação da sentença.

Inconformado, Panamericano Arrendamento Mercantil S.A. apresentou recurso de apelação às f. 80/84, em que salientou que o apelado apresentou sua defesa apenas informando o roubo/furto do veículo e juntando o boletim de ocorrência, não se tratando, entretanto, a referida peça de contestação; muito pelo contrário, corrobora todas as alegações de fato e de direito da petição inicial. Ademais, afirmou que tal manifestação da parte apelada reconheceu os direitos do apelante, em cada um dos seus termos.

Ressaltou que a questão do roubo do bem arrendado traz apenas uma presunção relativa de que o apelado não está na posse do mesmo, não podendo o recorrido ser agraciado em razão do ocorrido. Assim, deve o apelado ser impelido a entregar o bem ao autor, e, na impossibilidade, o equivalente em dinheiro, sob pena de obtenção de grande vantagem ilícita.

Afirmou que o apelado admite ser inadimplente e que não existe qualquer nulidade processual e, ainda, que foi respeitado o

princípio da ampla defesa. Dessa forma, requereu fosse dado provimento ao recurso para que fosse cassada a sentença de primeira instância e condenado o apelado ao pagamento do equivalente, em dinheiro, do valor de mercado do bem arrendado.

Por fim, pugnou pela inversão dos ônus de sucumbência, em razão de ter sido a inadimplência do apelado a causa do ajuizamento da presente ação de reintegração de posse.

Às f. 89/91, foram apresentadas contrarazões.

O recurso é próprio, tempestivo e, por encontrar-se devidamente preparado, dele conheço.

De início, verifico que a presente ação tem origem em contrato de arrendamento mercantil firmado entre as partes do qual era objeto uma moto modelo CG 125 Titan KS, marca Honda, cor preta, chassi n. 9C2JC30104R034046, ano/modelo 2003/2004 e que, depois de ocorrida a mora do apelado no pagamento das prestações devidas, a apelante ajuizou ação de reintegração de posse.

Observo, ainda, que não foi possível a apreensão do veículo, uma vez que o mesmo teria sido roubado e que o MM. Juiz sentenciante extinguiu o processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VI, por entender que, com o roubo da moto, a ação de reintegração de posse teria perdido o objeto.

Entretanto, entendo que não pode subsistir referida decisão, já que no caso em comento estão presentes os requisitos formais para que o juiz possa conhecer o mérito da causa, quais sejam: a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, sendo que o roubo/furto do veículo não descaracteriza as condições da ação nem configura a perda de seu objeto.

O autor Fredie Didier Jr. assim define legitimidade das partes:

> A legitimidade para agir é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que preencham os 'pressupostos processuais' subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo (*Curso de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: JusPodivm, 2006).

Na ação de reintegração de posse, têm legitimidade aquele que foi esbulhado da posse do bem e o esbulhador. *In casu*, há legitimidade de ambas as partes porque o autor é o detentor da posse do bem esbulhado e o réu aparenta ser o esbulhador. Ademais há um contrato no qual constam as duas partes presentes na demanda.

A possibilidade jurídica do pedido como condição da ação não passa da possibilidade legal, da previsão normativa do direito pleiteado, e a pretensão de reintegração de posse é questão prevista e albergada pelo ordenamento jurídico (art. 926 do CPC), razão pela qual preenchida está tal condição.

A última condição da ação a ser analisada é o interesse de agir ou interesse processual, o qual se entende como sendo a utilidade e a necessidade do provimento para o demandante.

Acerca do tema, preleciona Alexandre Câmara:

> O interesse de agir é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com que esse requisito do provimento final seja verdadeiro binômio: 'a necessidade da tutela jurisdicional e a adequação do provimento pleiteado' (...) Assim é que, para que se configure o interesse de agir, é preciso antes de mais nada que a demanda ajuizada seja necessária. Essa necessidade da tutela jurisdicional decorre da proibição da autotutela, sendo certo assim que todo aquele que se considere titular de um direito (ou outra posição jurídica de vantagem) lesado ou ameaçado, e que não possa fazer valer seu interesse por ato próprio, terá de ir a juízo em busca de proteção (*Lições de direito processual*. 3. ed. Lumen Júris, v. I, p. 125/127).

No presente caso, não há que se falar em ausência de interesse de agir, uma vez que em uma verificação de necessidade, utilidade e adequação do provimento, observa-se que pelo menos em tese o provimento escolhido seria necessário, útil e adequado, pois a arrendadora como proprietária do bem tem direito a reaver a posse do veículo em razão do inadimplemento do arrendante; e, na hipótese de roubo do bem, é lícito à parte requerer o pagamento de valor equivalente.

Verifico que, na hipótese, a questão do roubo do bem do qual a apelante pretendia a reintegração relaciona-se não apenas com as condições da ação, mas com o próprio mérito da demanda. Assim, para melhor discutir e fundamentar essa decisão, entendo por bem julgar o mérito da ação, autorizado que estou pelo art. 515, § 3º, do CPC, uma vez que a matéria é exclusivamente de direito.

Ora, o roubo do bem arrendado não induz à carência da ação, isso porque, ainda que a devolução do bem não seja mais viável, persiste o dever do apelado de indenizar o arrendador, haja vista que se comprometeu, mediante cláusula contratual validamente estipulada, a contratar o seguro do bem.

A instituição financeira tem legitimidade para postular a reintegração do bem arrendado, quando houver inadimplência do devedor constituído em mora. No caso, a notificação de f. 13 deixa indene de dúvida a mora do devedor. Além disso, o próprio apelado admite o inadimplemento, limitando-se a afirmar que o veículo foi roubado.

No caso, a alegação de furto do veículo, objeto do *leasing*, não retira a responsabilidade do arrendatário quanto ao objeto do contrato, uma vez que se obrigou a realizar seguro contra roubo.

Reproduzindo-se a cláusula décima segunda do contrato de f. 11 (verso), temos que:

> O arrendatário obriga-se a contratar seguro do bem arrendado, pelo valor de mercado, obrigando-se a mantê-lo durante a vigência do presente arrendamento, sem prejuízo da contratação de seguro obrigatório.

No presente caso, verifica-se, no boletim de ocorrência de f. 67/68, que o veículo foi roubado em 21.02.2004, mas o apelado em momento algum esclarece se cumpriu ou não sua obrigação de realizar contrato de seguro.

Assim, em que pese o roubo se caracterizar como caso fortuito, nos termos do art. 393, parágrafo único, do novo Código Civil, se inexiste culpa por parte do arrendatário no roubo, como na hipótese em apreço, sua responsabilidade persiste em razão da inexecução da obrigação de contratar seguro.

Vale citar jurisprudência acerca do tema:

> Ação de cobrança - Arrendamento mercantil - Furto do veículo - Obrigatoriedade do seguro - Responsabilidade. - O furto do veículo não é causa para excluir o arrendatário de pagar o ajuste quando havia estipulado no contrato a sua obrigação de segurar o bem contra danos, inclusive furto e roubo (TJMG, 10ª Câmara Cível, AC nº 2.0000.00.449.268-8/000, Rel. Des. Roberto Borges de Oliveira, j. em 07.06.2005).

> Ementa: Ação de rescisão de contrato - Arrendamento mercantil - Ocorrência de furto do bem - Fundamento não suficiente para justificar o inadimplemento - Celebração de contrato de seguro não demonstrada. - A ocorrência do furto do bem objeto do contrato de arrendamento mercantil não constitui fundamento suficiente para justificar o inadimplemento do arrendatário em relação ao pagamento das parcelas acordadas se a mesma não demonstrou ter celebrado contrato de seguro do veículo, tal como restou ajustado com o arrendante (TJMG, 9ª Câmara Cível, AC nº 2.0000.00.499050-1/000, Rel. Des. Osmando Almeida, j. em 16.05.2006).

> Havendo inadimplemento no pagamento mensal do *leasing*, cabe execução pelas parcelas vencidas e vincendas. A ocorrência de furto do bem não extingue a obrigação, se havia cláusula contratual obrigando a contratação de seguro contra dano, inclusive furto, e o arrendatário não cuidou de fazer seguro do bem arrendado (TAMG, AC n. 2.0000.00.372.286-5/000, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Armando Freire, j. em 07.11.2002).

Dessa forma, forçoso é concluir que a ocorrência do furto do bem objeto do contrato de arrendamento mercantil não constitui fundamento suficiente para justificar o inadimplemento do apelado em relação ao pagamento das parcelas acordadas se aquele não demonstrou ter celebrado contrato de seguro do veículo, tal como restou ajustado entre as partes.

Tratando-se de contrato de arrendamento mercantil, no qual a posse direta do bem pertencia à arrendadora, deverá o apelado ser condenado a ressarcir à apelante o valor do bem objeto do contrato, devendo arcar com o prejuízo decorrente do roubo.

Observe-se que não é o caso de decotar os valores das parcelas anteriormente pagas, uma vez que o apelado pagou apenas uma parcela do débito.

Veja-se jurisprudência nesse sentido:

> Ementa: Arrendamento mercantil. VRG antecipado. Descaracterização. Contrato de compra e venda a prazo. Furto do veículo. Ausência de seguro. Rescisão por caso fortuito. Devolução do VRG. Impossibilidade. Ônus do devedor. (...) - Indevida se mostra a devolução do VRG pago antecipadamente em contrato de arrendamento mercantil descaracterizado para compra e venda a prazo, se houve o furto do veículo arrendado, tornando-se impossível, assim, a rescisão do contrato. Deve o comprador suportar os prejuízos do furto do veículo, se não providenciou a contratação de seguro, para garantir o bem arrendado. Apelação provida (TJMG, 10ª Câmara Cível, AC nº 2.0000.00.457569-5/000, Rel. Des. Pereira da Silva, j. em 29.03.2005).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de apelação, para cassar a sentença monocrática, e, com fulcro no art. 515, § 3º, do CPC, julgar procedente o pedido para condenar o apelado a pagar ao apelante o valor equivalente ao bem objeto do roubo noticiado nos autos a ser apurado em liquidação. Inverto os ônus sucumbenciais, para condenar o apelado nas custas processuais e em honorários advocatícios, já fixados em R$ 350,00, suspensa sua cobrança, na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Custas recursais, pelo recorrido, ressalvando-se o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50, por tratar-se de beneficiário da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Elias Camilo* e *Hilda Teixeira da Costa*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICITAÇÃO - FRAUDE - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AGENTE PÚBLICO - DANO - ERÁRIO - DEVER DE INDENIZAR - IMPRESCRITIBILIDADE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - SANÇÃO ADMINISTRATIVA - PRESCRIÇÃO - PRAZO - LEI 8.429/92 - APLICABILIDADE - MEDIDA CAUTELAR - REQUISITOS - OBSERVÂNCIA - INDISPONIBILIDADE DOS BENS - POSSIBILIDADE

Ementa: Ação civil pública. Responsabilização de agente público por ato de improbidade administrativa. Dever de ressarcir. Imprescritibilidade. Sanções administrativas. Prescrição qüinqüenal. Constrição de bens. Possibilidade.

- Responde pelo prejuízo causado ao erário o agente público que de qualquer forma concorreu para o dano.

- A Comissão de Licitação é solidariamente responsável pelos atos irregulares que causem prejuízo ao erário.

- As sanções se submetem à prescrição qüinqüenal prevista no art. 23, I, da Lei 8.429/92.

- A pretensão de ressarcimento é imprescritível.

- As questões cautelares devem ser deferidas pelo julgador desde que possa extrair dos autos dois pressupostos básicos: o perigo de dano na demora da prestação jurisdicional e a evidência de que exista o direito que assista à parte requerente.

- A indisponibilidade de bens não é sanção, mas meio de assegurar o resultado útil do processo.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0309.04.002338-9/001 - Comarca de Inhapim - Apelantes: Jair Vieira Campos e outro, Prefeito Municipal de Dom Cavati - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR, ACOLHER A OUTRA PRELIMINAR EM PARTE E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2007. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos apelantes, o Dr. André Myssior.

A Sr.ª Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade - Sr. Presidente. Ouvi, com a devida atenção, a sustentação oral produzida e ressalto, em face do que foi dito da tribuna, que não desconheço a tendência moderna da interpretação da Constituição Federal no sentido de que seria imprescritível somente a ação movida pelo Estado contra o seu agente, ou seja, a ação regressiva. A tendência moderna vem-se aumentando e grande parte da doutrina assim tem entendido, mas ainda não me convenci disso na interpretação da lei.

Fiz essa manifestação porque não a citei no meu voto, mas nele abordo todos os pontos colocados da tribuna.

Trata-se de apelação proposta às f. 626/639, por Jair Vieira Campos e outros, nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, diante do seu inconformismo em face da decisão de f. 614/623, que julgou parcialmente procedente o pedido aviado pelo autor, para condenar os réus no ressarcimento ao erário, com indisponibilidade de bens, além de pagamento de multa, pelo ato ímprobo que fraudou procedimento licitatório naquele município.

Os apelantes requerem que seja reformado o *decisum*. Preliminarmente, pugnam pelo reconhecimento da prescrição, tendo em vista que se passaram mais de cinco anos desde o término dos mandatos dos réus. Asseveram, ainda, que não restou comprovado nos autos que houve enriquecimento ilícito, de modo que o *Parquet* é carecedor de ação. Por fim, aduzem que o Ministério Público não é legítimo para fiscalizar as contas dos municípios. Quanto ao mérito, alegam ter inexistido qualquer ato capaz de imputá-los em improbidade administrativa, sendo que o que ocorrera na ocasião se caracteriza apenas como irregularidades formais na licitação. Negam ter havido prejuízo ao erário, bem como enriquecimento ilícito, pelo que refutam a aplicação do art. 6º da Lei 8.429/92, que decretou indisponibilidade de seus bens.

Devidamente intimado, o apelado apresentou contra-razões às f. 642/650, pela manutenção da sentença primeva. Sustenta que a prescrição atinge apenas as sanções previstas na lei de improbidade administrativa, sendo que *in casu* se trata de ação cível. Roga pela manutenção da cautelar de indisponibilidade patrimonial dos apelantes e ratifica a tese de que o ato ímprobo ensejou sérios danos aos

cofres públicos, sendo, inclusive, caso de enriquecimento ilícito.

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se às f. 657/663 pelo provimento parcial, mantendo-se o ressarcimento ao erário e pagamento de custas processuais bem como a indisponibilidade dos bens, com exclusão das demais sanções impostas na condenação, que só passaram a ter previsão legal em período posterior à ocorrências dos fatos, sendo inaplicável a Lei 8.429/92.

Conheço da apelação, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

1 - Preliminarmente.

1.1 - Prescrição.

1.2 - Prescrição - histórico.

Há que se fazer, antes, um histórico sobre ações desse tipo.

A Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, dispõe em seu art. 1º sobre a ação que visa à anulação ou à declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista. No art. 11, dispõe que a sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa. E, no art. 21, estabelece que a ação popular prescreve em cinco anos.

O art. 178, § 10, VI, do Código Beviláqua, por sua vez, estabelecia a prescrição qüinqüenal para as dívidas da Fazenda Pública e, no item IX, estabelecia também a prescrição qüinqüenal para a ação por ofensa ou dano causados ao direito de propriedade; contado o prazo da data em que se deu a mesma ofensa ou dano.

O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição qüinqüenal, atinge todas as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, estabelecendo que prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.

Essa prescrição qüinqüenal contra a Fazenda Pública não constitui puro privilégio, pois tem base sólida em questões políticas, considerando a transitoriedade dos cargos na Administração Pública e a possibilidade de serem extraviados documentos - com possibilidade até mesmo de perseguições políticas.

A ação popular, que data de 1965, não fugiu desse norte, ao fixar em 5 anos a prescrição da ação que visa à anulação ou à decla ração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e respectivas entidades. A transitoriedade de cargos e a dificuldade de o agente público fazer provas e mesmo guardar documentos que pertencem ao órgão público que disciplinou essa política de estabelecer uma prescrição de cinco anos, contados, em geral, do ato lesivo ou mesmo de seu conhecimento, que ocorre em geral quando o agente público deixa o cargo.

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a chamada Lei da Improbidade Administrativa, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências, estabelecendo a prescrição qüinqüenal:

> Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:
> I - até 5 (cinco) anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;
> II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Não estabeleceu essa lei o prazo prescricional a contar do fato, mas do término do mandato, ou do cargo função de confiança, precisamente pela dificuldade em se descobrir a improbidade com o agente no cargo.

A prescrição qüinqüenal tem, pois, razão de ser. Evita deixar o agente público, mormente o agente político, detentor de cargos transitórios, ao sabor da política, que se atém mais a posições ideológicas, mas que, não raro para preservá-las, utiliza-se de artifícios e ardis, como a história nos tem mostrado.

Perigoso, pois, nessa área, permitir prazos maiores de prescrição, deixando os políticos ao sabor de tendências e da disputa dos cargos de governo ou do proselitismo partidário, sabendo-se que, ao deixar o cargo, os documentos que podem ajudar a sua defesa se encontram precisamente em poder da Administração atual e daqueles que, não raro, estão por trás dessas ações.

1.3 - Prescrição - Art. 37, § 5º, da CR/88.

A norma que estabelece prazo de prescrição merece exegese sistemática e teleológica, e, em se tratando de ato praticado por agente público, a exegese deve ser mais estrita, não ampliativa nem liberal.

Estabelece a CR/88 em seu art. 37:

> § 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

A interpretação no sentido de que todas as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis fere o próprio texto, pois ali se refere à prescrição de atos ilícitos que causem prejuízo ao erário, o que atinge as ações de ressarcimento, determinando a Constituição que lei disponha sobre a sua prescrição. Assim, a única exegese possível é a de que as "respectivas ações de ressarcimento" ali referidas são as ações de regresso. A expressão "respectivas" não pode ser desconsiderada, pois a lei não tem palavras inúteis.

Ora, a possibilidade de um juízo de valor sobre o direito então vigente depende da norma fundamental, que representa, conforme doutrina Kelsen, uma questão de fé, e não de ciência, como "pressuposto formal da razão normativa", como "fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa" (KELSEN, *Teoria pura de direito*, 4. ed., 1995, p. 217).

Alguns entendem ainda que a disposição constitucional, "ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento", quis colocar à margem da prescrição todas as ações de ressarcimento por atos de agentes públicos, tidas como imprescritíveis, admitindo a prescrição qüinqüenal apenas para as demais sanções, que fogem ao âmbito do ressarcimento, como as sanções políticas. Assim, das penalidades previstas no § 4º do art. 37 ("§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."), apenas o ressarcimento estaria submetido à imprescritibilidade referida no § 7º, para quem assim entende.

Há que se atentar, porém, para a realidade política e social e para isso Claude Du Pasquier já ressaltava a importância de o ato interpretativo atentar às exigências da vida real (*Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, quatrième édition mise à jour et augmentée*, Delachaux & Niestlé S.A., p. 198/199).

E, embora não olvidando o princípio da moralidade administrativa, consagrado constitucionalmente, que, segundo José Afonso da Silva, não tem por objetivo alcançar a moralidade comum, mas sim a moralidade jurídica, concluindo que o princípio da moralidade administrativa não será apenas violado quando o administrador não atende à moralidade subjetiva, ou seja, "quando agir com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém" (*Curso de direito*

constitucional positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 405), há que se atentar também para as possibilidades que existem na vida real, de que o agente seja colocado em situação de absoluta impossibilidade de defesa, por não mais deter o cargo, e, por via de conseqüência, os documentos que poderia utilizar em sua defesa.

1.4 - Prescrição - Lei 8.429/92.

Dispõe a Lei 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional:

> Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:
> I - até 5 (cinco) anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;
> II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Seria contrário ao princípio constitucional da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição da República de 1988, deixar que o agente público ficasse indefinidamente ao sabor das perseguições políticas, sempre com a espada de Dâmocles sobre a sua cabeça, em perigo sempre iminente. A prescrição, como instituto de segurança jurídica e paz social, não admite tal hipótese, da imprescritibilidade de toda e qualquer ação de ressarcimento. Assim, a expressão "respectivas ações de ressarcimento" somente pode referir-se àquelas ações de regresso.

Nossa Câmara tem dado exegese restritiva à questão:

> Ementa: Agravo. Despacho inicial de natureza interlocutória. Pedido de ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade do direito de ação do *Parquet*. Rejeição da preliminar. Manutenção da decisão recorrida.
> - Imprescritível é o direito de agir do Ministério Público para as ações de responsabilidade por improbidade administrativa, com pedido de ressarcimento ao erário.
> - V.v.: Direito constitucional e administrativo. Constituição da República. Art. 37, § 5º. Ação de ressarcimento. Imprescritibilidade. Prejuízo ao erário. Pressuposto inarredável. Ausência de licitação. Falta de indicação objetiva de prejuízo. Ato de improbidade submetido à prescrição qüinqüenal. Imprescritibilidade não configurada, à falta de indicação de prejuízo.
> - O art. 37 da CR/88, em seu § 5°, ressalva a imprescritibilidade apenas quanto às ações de ressarcimento ao erário pelo agente causador do prejuízo decorrente de ato ilícito, submetendo-se as sanções relativas às demais ações previstas na Lei de Improbidade à prescrição qüinqüenal. A exigência primordial para a imprescritibilidade prevista no § 5° do art. 37 da CR/88 é que tenha o ato ilícito causado prejuízo ao erário, o que, no caso de falta de licitação, pode ocorrer na hipótese de superfaturamento, falta de entrega da obra ou do serviço ou outras irregularidades que causem prejuízo ao erário. Se a inicial da ação de ressarcimento não faz qualquer referência a prejuízo patrimonial, financeiro ou material ao erário, referindo-se apenas a ato de improbidade por falta de licitação para obra e serviços, que na realidade foram implementados e recebidos pelo município, as sanções são as previstas na Lei de Improbidade, como a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e pagamento de multa civil, dentre outras, que prescrevem em 5 (cinco) anos. O ressarcimento sem que haja indicação de ocorrência de efetivo prejuízo equivaleria à multa, já que não se destina a recompor prejuízo ao patrimônio público. Nesse caso, submete-se a ação à prescrição qüinqüenal (Agravo de Instrumento 1.0439.04.030158-2/001(1) - Relator: Des. Geraldo Augusto, j. em 09.08.2005, data da publicação: 26.08.2005).

Discorrendo sobre a imprescritibilidade, Pinto Ferreira afirma que:

> A expressão agente é a palavra genérica, da qual a designação de servidor é subdivisão ou espécie. O prefeito é um agente, embora sem ser servidor público. A lei estabelecerá os prazos de prescrição. A lei ordinária, a que alude

> o preceito, será de nível federal, estadual ou municipal, quando se tratar de prazos prescricionais para ilícitos administrativos. Será federal nos casos de ilícito penal. As ações de ressarcimento ou as ações de responsabilidade civil, contudo, são imprescritíveis. Não se submetem ao disposto no art. 177 do CC/1916, determinando que as ações pessoais prescrevem em 20 anos e as ações reais em 10 anos. Não ocorrendo prescrição, o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído (*Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2, p. 396).

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona também que:

> ... são, contudo, imprescritíveis as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o art. 37, § 5º, da Constituição (*Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 695).

Sobre o ressarcimento ao erário, José Cretella Jr. assim disserta sobre o tema, alertando sobre a necessidade de lesão patrimonial aos cofres públicos para dar lugar ao ressarcimento:

> A terceira conseqüência da prática de atos de improbidade administrativa é o ressarcimento ao erário, isto apenas na hipótese de ilícito que tenha importado em lesão patrimonial aos cofres públicos, como, por exemplo, nos casos de peculato (*Comentários à Constituição, 1988*. 2. ed., v. IV, p. 2.258).

Entendo, porém, que o conteúdo do § 5º do art. 37 da CR/88 não é assim tão simplista como parece ser, merecendo maior reflexão.

Julgo acima de tudo oportuno registrar que as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa não se confundem com o ressarcimento, já que este não possui natureza jurídica de sanção, mas sim de mero restabelecimento ao estado anterior.

Este Tribunal tem constantemente assim julgado:

> Ação civil pública. Improbidade administrativa. Pedido de ressarcimento. Imprescritibilidade. Inteligência do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. - O pedido de reparação ao Município de Nova Serrana, decorrente dos supostos danos causados pela inclusão nos cadastros do Siafi, não foi atingido pela prescrição, uma vez que, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, trata-se de pleito imprescritível. A Constituição impõe uma interpretação restritiva do art. 23, I, da Lei 8.429/92, que considere que, dentre as sanções a que o dispositivo se refere, não se inclui o dever de ressarcimento, uma vez que este tem natureza indenizatória, e não punitiva. Não se aplica o art. 515, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Civil, quando o processo não estiver suficientemente instruído, com condições de imediato julgamento (TJMG, Apelação Cível nº 1.0452.02.006409-6, Rel.ª Desembargadora Maria Elza, 5ª Câmara Cível, *DJ* de 20.04.2005).

> Ação civil pública. Ressarcimento de danos ao erário. Prescrição. Inocorrência. Sentença confirmada. - Em se tratando de reparação de danos ao erário, não há falar na aplicação do disposto no art. 23 da Lei de 8.429/92, uma vez que tal pretensão é direito indisponível da Administração Pública e não pode ser obstada pelo decurso do tempo. Recurso a que se dá provimento (TJMG, Apelação Cível nº 1.0000.00.329920-3, Rel. Des. Kildare Carvalho, 3ª Câmara Cível, *DJ* de 14.11.2003).

Deixando para maiores reflexões o tema da abrangência da expressão “respectivos ressarcimentos” e vamos considerar que, se a ação civil pública identifica e indica efetivo prejuízo a ser ressarcido ao erário, a ação de ressarcimento é imprescritível (art. 37, § 5°, CR/88), e a exigência primordial para a imprescritibilidade prevista no § 5° do art. 37 da CR/88 é que tenha o ato ilícito causado prejuízo ao erário.

Havendo prejuízo, a Carta Magna houve por bem impor a imprescritibilidade da ação de ressarcimento, evitando que governantes ímprobos e desonestos se locupletem à custa do erário e do cidadão que para ele contribui, como medida de moralização e impeditivo de locupletamento indevido. Constitui, ainda, meio de afastar os administradores que não primam pela probidade,

dificultando-lhes ou impedindo o gozo dos frutos de atos ilícitos que praticaram.

Celso Ribeiro Bastos, comentando precisamente esse dispositivo constitucional, assim se manifestou:

> No que tange aos danos civis, o propósito do texto é de tornar imprescritíveis as ações visando ao ressarcimento do dano causado. É de lamentar-se a opção do constituinte por essa exceção à regra da prescritibilidade, que é sempre encontrável relativamente ao exercício de todos os direitos (*Comentários à Constituição do Brasil*. Ed. Saraiva, Tomo III, p. 167).

De outro lado, a gravidade da improbidade no Poder Público, da forma como vem se disseminando, impõe uma política mais rígida de controle, que Miguel Reale assim define:

> aos olhos do homem comum o Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros (*Lições preliminares de direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1/2).

O brilhante constitucionalista Professor José Afonso da Silva também manifestou a sua preocupação tanto sobre o entendimento quanto ao referido dispositivo constitucional:

> A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu *ius persequendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: 'A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non sucurrit ius*). Deu-se, assim, à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada (*Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. Malheiros Editores, p. 574).

Para demonstrar ainda que tal regra deve ser interpretada de forma restritiva e enérgica, impondo-se a indicação concreta de existência de prejuízo, para não tornar imprescritíveis os demais atos previstos na lei da improbidade, vale transcrever a crítica feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento:

> Parecem deduzir-se duas regras deste texto mal redigido. Uma, concernente à sanção pelo ilícito; outra, à reparação do prejuízo. Quanto ao primeiro aspecto, a norma 'chove no molhado': prevê que a lei fixe os respectivos prazos prescricionais. Quanto ao segundo, estabelece-se de forma tangente a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados.
> A imprescritibilidade é sempre condenada pela doutrina, seja qual for seu campo; entretanto, o constituinte demonstrou por ela um entusiasmo perverso e vingativo (v. art. 5º, XLII e XLIV) (*in Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 260).

É sabido que as exceções se interpretam restritivamente, de modo que não devem ser extraídas de interpretação forçada ou literal da norma constitucional.

O fenômeno da prescrição, que é regra no nosso sistema jurídico e na maioria dos sistemas modernos que se dirigem à estabilidade jurídica e à paz social, encontra-se previsto como postulado fundamental previsto no início do § 5º do art. 5º da Carta Magna, o que leva à inevitável conclusão de que, quando o constituinte ressalva as ações de ressarcimento, quebrando o postulado da segurança jurídica no meio político, não o faz de forma absoluta nem

inconseqüente, atingindo, apenas, de forma grave, a responsabilidade de quem causou prejuízo aos cofres públicos e com isso se locupletou, o que não ocorre com a falta de licitação em que não houve superfaturamento nem beneficiamento indevido e a obra ou serviços foram entregues de forma satisfatória, sem qualquer outro prejuízo efetivamente apurado.

A mera afronta à lei por falta de atendimento a exigência legal, como a falta de licitação, acarreta outras sanções, como já dito, se da omissão não se apontou efetivo prejuízo ao erário.

O grande e insuperável hermeneuta que foi Carlos Maximiliano é autor da preciosa lição:

> Interpretação. As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomados em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. Todo acréscimo seria inútil; toda restrição prejudicial. Logo é caso de exegese estrita. Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 223).

Sabe-se que a doutrina é fonte do Direito Administrativo e talvez a mais relevante, pois sobre ela se constrói a própria lei.

Deixar que se esvazie a finalidade do conteúdo das disposições constitucionais, aplicando-as de forma extensiva e ampla, a desvalidar normas de segurança jurídica, mormente no setor político, que detém meandros perigosos, como a rotatividade e transitoriedade dos cargos exercidos, dificultando a manutenção de documentos probatórios de cada gestão, levaria a um enfraquecimento das instituições, o que é absolutamente incompatível com a finalidade da prescrição, sistema que é regra, devendo a exceção ser aplicada com o cuidado devido e apenas ao caso expressamente ressalvado na Constituição da República, que é quando ocorre prejuízo concreto, identificado e indicado na ação de ressarcimento.

Assim, a interpretação das leis não deve ser formal, nem literal, mas sim, acima de tudo, real, humana, inteligente e socialmente útil, como aconselham os administrativistas:

> Se um Juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum (*RSTJ* 26/384).

Se a *mens legis* do constituinte foi excepcionar apenas os casos de prejuízo ao erário, não se pode estender a imprescritibilidade aos demais casos de improbidade.

A atuação dos Tribunais de Contas e do Ministério Público tem sido útil à apuração de atos de improbidade em prol da moralidade administrativa, mas sabe-se que o esforço que o Ministério Público tem desenvolvido com a finalidade de recompor o patrimônio público e moralizar a Administração tem, lamentavelmente, sido obstruído pelo longo decurso de tempo entre a ocorrência do fato danoso e a efetiva recomposição. Essa circunstância justifica a imprescritibilidade prevista na Constituição, embora muitas a tenham como perigosa e maléfica. Mas esse mesmo fator tempo tem trazido também prejuízo à defesa dos agentes envolvidos, já que é sabido e consabido que a comprovação de determinados fatos e circunstâncias, mormente dependentes de documentos que ficam depositados em órgãos públicos como Prefeituras, podem diluir-se, esvaziar-se, extraviar-se, ser desviados, o que não é raro ocorrer. Não é por menos que se diz que justiça tardia não é justiça e pode levar à própria injustiça, o que explica, mais uma vez, a prescritibilidade qüinqüenal adotada em lei, que só se excepciona quando há concreto prejuízo, devidamente apurado e indicado, mediante prova que possibilite a ação de ressarcimento com o cunho da imprescritibilidade.

Já se disse que a inércia e a letargia corroem a estrutura das instituições públicas e desmotivam seus agentes, não podendo ser motivo de espezinhamento de princípios básicos e fundamentais que traduzem toda a segurança jurídica de uma sociedade que necessita de seus

agentes públicos para melhoria e aperfeiçoamento do Serviço Público em prol do bem comum.

Conclui-se que só é imprescritível o ato do agente público quando for ilícito e quando causar prejuízo ao erário, devendo ambos, a ilicitude e o prejuízo, ser efetivamente indicados para afastar a prescrição qüinqüenal prevista em lei e propiciar a aplicação da imprescritibilidade prevista na Constituição de forma restritiva. Somente nessa hipótese prevista na parte final da citada norma constitucional a imprescritibilidade ganha relevo jurídico.

Não basta, para propiciar a imprescritibilidade prevista no § 5° do art. 37 da CR/88, que a inicial contenha pedido de ressarcimento, mas que efetivamente se refira a um prejuízo efetivo, pois o entendimento contrário iria permitir que se tornassem imprescritíveis todos os atos de improbidade, mesmo os que não tenham trazido prejuízo patrimonial ao erário e atraiam outras sanções que não o ressarcimento, contrariando o legislador constituinte e a inteligência daquele dispositivo.

Assim, a regra, em nosso sistema processual, é a prescritibilidade como instrumento de estabilidade social e política, sendo a imprescritibilidade uma exceção nesse ponto escolhida pelo constituinte; e, como exceção, merece interpretação restritiva.

Se a ação indica apenas ato de improbidade por afronta à lei ou à moral pública sem indicar efetivo prejuízo, o pedido de ressarcimento se equipara à sanção, como se multa fora, e se submete à prescrição qüinqüenal (art. 23, I, da Lei 8.429/92).

Assim, para que se configure a imprescritibilidade quanto ao dano causado ao erário em razão de ato ilícito, exige o § 5º do art. 37 da CR/88 que haja prejuízo a ser ressarcido, e exige-se, para tal, a prova pré-constituída do prejuízo, que pode estar em documentos do órgão prejudicado, em documentos do Tribunal de Contas ou com terceiros, que propiciem a indicação certa e individualizada do prejuízo a ser ressarcido. Não se considera prejuízo o pagamento do valor de obra ou serviços efetivamente recebidos pelo órgão público, e, assim, o seu ressarcimento iria acarretar indevido enriquecimento dos cofres públicos, o que não justifica o ressarcimento, mas as penalidades previstas em lei para o ato de improbidade, como a falta de licitação.

1.5 - Prescrição - caso concreto.

O recurso aviado pelos apelantes traz a questão da prescrição qüinqüenal, prevista no art. 23, I, da Lei 8.429/92, prescrição que afastaria a possibilidade de prosseguimento da presente demanda.

O Órgão Ministerial combate tal alegação, fundando-se no fato de que a ação ajuizada não fez menção à Lei de Improbidade Administrativa, recaindo o pedido em ressarcimento por danos causados ao erário. Assim, tratando-se de ação ordinária, o prazo de prescrição qüinqüenal previsto na legislação específica não seria aplicável.

De fato, a peça inaugural nem sequer menciona a referida lei. Ademais, a causa de pedir tem fulcro nas disposições do diploma civil que tratam do dano, advindo de ato ilícito, e a devida obrigação em repará-lo.

A jurisprudência coaduna com o entendimento acima, conforme fica claro da Apelação Cível nº 1.0106.03.007475-6/001, cujo acórdão foi prolatado pelo Desembargador Alvim Soares, em caso semelhante ao presente:

> Ação civil pública. Reparação de danos. Ex-prefeito municipal. Prescrição não configurada. Moralidade administrativa. Recurso provido. - O direito da administração de se ver indenizada não prescreve, na busca do ressarcimento devido pelo prejuízo causado ao erário.

Mesmo que não se tratasse de ação de caráter ordinário, a doutrina e a jurisprudência pacificaram o entendimento de que nas ações de responsabilidade por improbidade administrativa, aviada contra agentes públicos, o pedido de ressarcimento por danos ao erário é

imprescritível, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

> Art. 37 (...)
> § 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Entendo que esse dispositivo estabelece a prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, ressalvando, apenas, as respectivas ações de ressarcimento, que se tornaram, a partir de 1988, imprescritíveis (ressalvando o comentário já feito sobre o tema, para reflexão).

Dessa forma, o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 23, I, da Lei nº 8.429/92 refere-se tão-somente às ações que visem à aplicação de sanções, sendo certo que o dever de ressarcimento ao erário não tem natureza de sanção, visa apenas minimizar os prejuízos causados pelos infratores.

> Agravo. Despacho inicial de natureza interlocutória. Pedido de ressarcimento ao erário. Imprescritibilidade do direito de ação do *Parquet*. Rejeição da preliminar. Manutenção da decisão recorrida. - Imprescritível é o direito de agir do Ministério Público para as ações de responsabilidade por improbidade administrativa, com pedido de ressarcimento ao erário (Agravo nº 1.0439.04.030158-2/001, Rel. Des. Geraldo Augusto).

O dever de ressarcir os cofres públicos é flagrante e inafastável. Contudo, as penalidades insculpidas na legislação específica não poderão ser imputadas aos apelantes, tendo em vista a prescrição qüinqüenal. Isso porque ao juiz cabe aplicar o direito. *Juri novit curia*.

O dispositivo da sentença imputa aos apelantes penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa, o que não pode ocorrer, portanto, ante a prescrição mencionada acima.

Nesse sentido, se submetem à prescrição qüinqüenal as sanções referidas no art. 37, § 5º, da CR/88 e na Lei 8.429/92, mesmo que não seja essa lei referida na inicial, pois aplica-se ao caso concreto, como a suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos, sanções previstas no inciso II do art. 12 da Lei 8.429/92, que se tornam descabidas no caso em tela.

A condenação em tais sanções deve ser decotada da sentença, mesmo porque a peça inaugural em momento algum traz o pedido de condenação dos réus nas penalidades trazidas na Lei de Improbidade Administrativa, como se vê nos pedidos de f. 14, sendo nesse ponto a sentença *ultra petita*, pois concedeu o que não foi pedido.

Acolho parcialmente a questão preliminar para excluir da sentença as sanções retrorreferidas.

2 - Carência de ação.

Outra questão levantada pelos apelantes cinge-se à ilegitimidade, ativa e passiva na demanda, além do que a falta de enriquecimento ilícito não permitiria a propositura de ação civil pública por improbidade administrativa.

As explanações quanto ao ajuizamento de ação cível ordinária afastam a necessidade de debate acerca da última questão.

Quanto à legitimidade não restam dúvidas de que a preliminar tampouco poderá prosperar. Vejamos:

O Ministério Público tem não só o direito, mas o dever legal de intentar ações que versem acerca dos interesses coletivos. É o que versa a Constituição da República, em art. 129, III, quando prevê legitimidade do *Parquet* para: “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

O caso em crivo trata de fraude à licitação para fornecimento de medicamentos ao

Município de Dom Cavati. O objeto é por demais interessante à coletividade, em especial àqueles que vivem naquela região. A legitimidade ativa do Ministério Público é patente, sendo inclusive derrogada constitucionalmente.

A legitimidade passiva, por sua vez, cabe àquele que tem seu interesse subordinado ao do autor, como se depreende da lição de Frederico Marques:

> A legitimação para agir (legitimidade *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 dos interesses 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 (*Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 34).

Os apelantes têm uma íntima ligação com o objeto da demanda, sendo que seus interesses conflitam com os interesses da coletividade, estes representados pelo Ministério Público. Mesmo que seja o enriquecimento ilícito fato não comprovado por completo, o que se verá no mérito é incontroverso e hialino nos autos a alegação de desvio de dinheiro público, bem como fraude ao procedimento licitatório, o que, por si só, é motivo de ajuizamento de ação civil pública.

Não existe carência de ação no caso concreto, pelo que rejeito esta preliminar.

3 - Mérito.

Tratam os autos de ação civil pública ajuizada contra o Prefeito Municipal de Dom Cavati, Jair Vieira Campos, e outros funcionários públicos daquela municipalidade, quais sejam Arnildo Afonso de Souza, Edson Melo Costa e Joemar Gomes Fernandes, responsáveis pela licitação para compra de medicamentos, ocorrida no ano de 1996.

O Município de Dom Cavati celebrara convênio com a Secretaria do Estado de Saúde, pelo qual lhe foram disponibilizados R$ 20.600,00 (vinte mil e seiscentos reais) para a aquisição de medicamentos.

O Ministério Público alega que esses recursos teriam sido desviados pelos réus, ora apelantes, motivo pelo qual foi ajuizada a presente ação civil pública, com o intuito de ressarcimento do erário municipal.

A licitação se deu sob a modalidade "carta convite", de modo que a administração pública local pôde restringir o número de participantes a determinadas empresas, convidadas pelos apelantes, quais sejam: Distribuidora Mineira Ltda., Alternativa Comercial Ltda. e Meditrônica Engenharia Hospitalar.

Ocorre que o Inquérito Civil Público nº 012/97, acostado ao processo, investigou e apurou as ilicitudes ocorridas durante o referido procedimento licitatório, que envolvia empresas "fantasmas" concorrendo com a licitante vencedora do certame, que se encontra sem registro válido no órgão estadual competente e que possui objeto social diverso daquele estipulado na licitação (f. 239).

Compulsando os autos, depreende-se das consultas aos bancos cadastrais da Secretaria de Estado da Fazenda que as empresas licitantes não possuem cadastro ativo regular, sendo que seria no mínimo suspeito que empresas desativadas participem de licitações.

Os contratos sociais bem como os documentos de habilitação ao certame encontram-se eivados de irregularidades, sendo que os próprios réus tinham ciência do modo como era operada a licitação e coadunaram com as ilegalidades, participando do golpe.

Os autos possuem uma ampla gama de provas que corroboram com a tese ministerial,

de que o processo licitatório fora armado como meio de desviar recursos públicos.

Com acerto o Magistrado explicita incisivo:

> Aliás, não é preciso ser perito para aferir que as assinaturas do suposto representante da firma Distribuidora Mineira Ltda., apostas no documento de f. 6/50, não se equiparam a qualquer daquelas outras constantes do contrato social de f. 240/244. Também no que diz respeito à firma Meditrônica Hospitalar Ltda. - ME, as assinaturas nos documentos de f. 169/173, como sendo de seu sócio José Antônio, são totalmente diferentes daquela verdadeiramente constante da documentação contratual de f. 246/260, ficando explícito que o processo licitatório foi realmente preparado fraudulentamente.

A mais singela análise dos documentos juntados pelo Órgão Ministerial e das irregularidades salta-nos aos olhos. Não somente apenas quanto à questão procedimental, mas também quanto aos participantes, comprovado o dolo dos apelantes em depravar os cofres públicos.

A peça recursal assevera que o que ocorreu no caso concreto foi um erro material, pelo que os réus não tinham como ter ciência acerca da realidade fática que acometia as empresas participantes do certame.

Entretanto, tal assertiva é inverídica, ao passo que a qualidade de agentes públicos confere aos apelantes a possibilidade e a obrigação de pesquisar e informar-se acerca dos participantes, mesmo por meio de ofícios aos órgãos e secretarias competentes. A própria modalidade da licitação, que implica convidar as empresas que participarão da disputa, infere aos organizadores a necessidade de conhecer bem aquelas firmas convidadas, a fim de que o interesse coletivo não reste prejudicado pela má escolha das licitantes.

In casu, observa-se o flagrante desvio de finalidade dos agentes públicos em seus atos que prejudicaram e causaram danos ao erário, ferindo ainda os princípios da moralidade, legalidade, motivação e ética nas condutas que envolvem as contas municipais.

Com acerto o Juízo primevo determinou o ressarcimento do dinheiro desviado para suposta compra de medicamentos, constatado que foi que a empresa Distribuidora nem sequer trabalhava com esses produtos, trabalhando no ramo de construção, tendo além do mais sua inscrição cancelada, não existindo faticamente ao receber os recursos. As duas outras empresas nem sequer existiam, com inscrições canceladas precisamente por isso. E essa situação fática era - ou deveria ser - facilmente detectável no procedimento licitatório, que obriga a averiguação.

Ficou comprovado que os três réus, Amarildo, Edson e Joemar, atuando na Comissão de Licitação, afrontaram os princípios da legalidade, da impessoalidade, imparcialidade e da moralidade pública. Não foram probos, localizando, convidando e permitindo que empresas fantasmas participassem da licitação e que vencesse empresa que não tinha experiência nem como objeto esse ramo, não estando comprovadamente capacitada para fornecer medicamentos. Sequer há provas de entrega dos medicamentos e, mesmo que houvesse, de que teria trazido benefício ao município.

O processo licitatório se demonstrou fraudulento, sendo fraudulenta a saída de dinheiro dos cofres públicos, cujo valor, aliás, foi depositado em nome de terceiro (f. 239/244 e 352). Desnecessário citar, ainda, os pagamentos feitos a empresas sem licitação com alegação de urgência sem tal demonstração (f. 54/63).

Responde, assim, pelo prejuízo ao erário o Prefeito, como autoridade ordenadora das despesas e dos pagamentos, e todos os integrantes da Comissão de Licitação (art. 51, § 3º, da Lei 8.666/93).

3.1 - Da medida cautelar de constrição de bens.

A decisão ora guerreada ratificou a decisão de f. 452/454, que determinou fossem indisponibilizados bens dos réus para que fique garantida a prestação jurisdicional de ressarcimento dos recursos outrora desviados.

A apelação pugna pela cassação da sentença também quanto a essa questão.

Ora, como restou exposto alhures, no item 1.1 deste relatório, inexiste a prescrição qüinqüenal prevista na Lei de Improbidade Administrativa no que toca ao dever dos agentes públicos faltosos de ressarcir os cofres do município.

Desta forma os dispositivos da Lei 8.429/92 que se referem à devolução dos valores desviados, ou às garantias desta devolução poderão ser utilizadas, sem prejuízo do disposto no art. 23, I, daquela lei.

As questões cautelares devem ser deferidas pelo julgador desde que possa extrair dos autos dois pressupostos básicos: o perigo de dano na demora da prestação jurisdicional e a aparência de que exista direito que assista à parte requerente.

A aparência de direito, ou *fumus boni iuris*, pode ser auferida pela própria procedência do pedido no que tange à restituição dos valores furtados.

O eminente Humberto Theodoro Júnior assim leciona acerca do *fumus boni iuris*:

> Para a ação cautelar, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, freqüentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o 'direito de ação', ou seja, o direito ao processo de mérito (*in Curso de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. II, p. 366).

O *periculum in mora* também é flagrante no caso concreto. A demora na prestação a que se cinge a demanda pode impossibilitar a efetividade da decisão. Ocorre que, em se tratando da restituição de dinheiro, bem eminentemente fungível e de fácil circulação, é imperioso que haja uma garantia quanto à restituição dos valores.

Cediço que o recurso desviado fora creditado a um particular que não possui qualquer vínculo com a sociedade vencedora da licitação (f. 352), de forma que o extravio do dinheiro público, causa do dano ao erário, ensejou enriquecimento ilícito.

É claro que o enriquecimento não se deu diretamente em favor dos apelantes, mas sim em favor de terceiro. Por óbvio, não é preciso acreditar que esse dinheiro, ora depositado na conta de terceiro alheio à demanda, será dividido, de alguma forma, entre os réus, o que não vem ao caso, pois o dever de indenizar não é apenas de quem auferiu o lucro, mas também de quem deu causa ao prejuízo. A aprovação da prestação de contas à Secretaria de Saúde não vincula o Judiciário.

Por isso, a tutela cautelar deve ser mantida com o fundamento de garantir o ressarcimento do dano ou de restituir o acréscimo patrimonial. A indisponibilidade de bens não visa assegurar satisfação de eventual multa pecuniária, a teor da literalidade do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92.

Ressalto que notas fiscais de empresas inidôneas são também inidôneas. Recibos das mercadorias no verso, assinados pelos próprios réus, nada comprovam quanto ao efetivo recebimento - ainda mais sem prova de sua aplicação na comunidade. No mínimo é estranho que a própria comissão licitante receba os bens licitados.

A jurisprudência deste Tribunal coaduna com a tese ora exposta, se não, vejamos:

> Improbidade administrativa. Ação cautelar. Liminar que decreta a indisponibilidade de bens. - O art. 12 e seus respectivos incisos da Lei nº 8.429/92 definiu quais as cominações para cada ato de improbidade. E em todos eles prevaleceu a orientação, já inserida no art. 5º daquela mesma lei, segundo a qual, 'ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano'. Outrossim, porque é possível supor que alguém, temendo desfecho desfavorável na ação proposta contra si, pudesse tentar frustrar a execução da futura decisão, alienando os bens ou valores necessários ao ressarcimento dos prejuízos

causados ao erário, é de interesse público que se assegure, imediata e cautelarmente, o resultado útil do processo, o que somente poderia ser obtido mediante a excepcional indisponibilidade dos bens, que poderiam ir para mãos de terceiros de boa-fé. Não obstante, ao contrário do alegado pelo d. representante do Ministério Público, indisponibilidade de bens não é penalidade, mas medida acautelatória, por sua natureza excepcional e restrita, que, conforme expressamente dispõe o parágrafo único do art. 7º da Lei nº 8429/1992, deve se restringir ao valor do dano causado ou ao acréscimo patrimonial decorrente da atividade ilícita. Recurso provido (Ap. Cível nº 1.0092.04.006078-9/001, Rel. Des. Brandão Teixeira).

Deverão ser indisponibilizados tantos bens quantos necessários para garantir o ressarcimento do dano causado, ponto no qual a sentença primeva é incensurável. A indisponibilidade de bens não é sanção, mas meio de assegurar o resultado útil do processo, que no caso se refere ao ressarcimento do valor despendido pelo município na aquisição dos medicamentos.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso para decotar da sentença as sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, quais sejam: a aplicação de multa indenizatória, proibição de contratar com a Administração Pública e perda dos direitos políticos, tendo em vista a prescrição qüinqüenal que atinge tais sanções e ainda por tratar-se de parte *ultra petita* da sentença. Mantenho a sentença na parte tocante ao ressarcimento do dano material e indisponibilidade dos bens no valor suficiente ao ressarcimento.

Custas recursais, *ex lege*.

O Sr. Des. Armando Freire - Sr. Presidente. Acompanho, na íntegra, o voto da eminente Relatora.

O Sr. Des. Alberto Vilas Boas - De acordo.

Súmula - REJEITAR PRELIMINAR, ACOLHERAM A OUTRA PRELIMINAR EM PARTE E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - FURTO DE APARELHO CELULAR - COMUNICAÇÃO DO FATO - PROVA - CONSUMIDOR - HIPOSSUFICIÊNCIA - FACILITAÇÃO DA DEFESA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ART. 6º, VIII, DO CDC - OPERADORA - AUSÊNCIA DE BLOQUEIO DA LINHA - NOME DO USUÁRIO - CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITOS - NEGATIVAÇÃO - ATO ILÍCITO - RELAÇÃO DE CONSUMO - FORNECEDOR DE SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO

Ementa: Apelação cível. Indenização. Dano moral. Furto de aparelho celular. Prova da comunicação do fato pelo usuário. Ausência de bloqueio da linha pela operadora. Inclusão de nome em órgão de proteção ao crédito. Ato ilícito. Responsabilidade civil. Caracterização. *Quantum* fixado. Sentença mantida.

- O ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

- Tendo em vista a responsabilidade objetiva do fornecedor nas relações de consumo, se o usuário da linha telefônica alega a comunicação do furto de seu aparelho à operadora, que a seu turno não faz prova em contrário, impõe-se considerar verdadeira a alegação do consumidor, mormente quando se coaduna com as demais provas dos autos.

- Impõe-se o dever de reparar àquele que age mediante conduta abusiva, violando direito e causando dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

- O *quantum* fixado a título de danos morais não pode servir como forma de enriquecimento para a parte que alega ter sido vítima do dano, mas, na outra ponta, não pode ser valor ínfimo, que, ao mesmo tempo, não educa a conduta do infrator e desvaloriza os sentimentos da vítima.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0702.04.178860-6/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Maxitel S.A. - Apelado: Ivan Graciano da Costa Filho - Relator: Des. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de março de 2007. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Flávio de Almeida - Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Maxitel S.A. contra a sentença de f. 159/164, proferida pela MM. Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, que julgou procedente, em parte, o pedido nos autos da ação ordinária ajuizada por Ivan Graciano da Costa Filho, declarando a inexistência dos débitos lançados em nome do autor, a partir de 12.06.2006, e condenando a apelante ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais), juros de mora de 1% a.m. e correção monetária.

No caso vertente, busca o apelado a exclusão de seu nome dos cadastros de proteção ao crédito, a declaração de inexigibilidade do valor constante na conta vencida em 26.07.2004, referente às ligações efetuadas após a data do furto do aparelho telefônico, e indenização por danos morais daí decorrentes. A pleiteada exclusão foi deferida às f. 42/43, em caráter de antecipação de tutela.

Alega o apelado que, em 11.06.2004, comunicou à apelante o furto do aparelho, solicitando o bloqueio da linha telefônica, ficando, portanto, isento de responsabilidade pelo pagamento das ligações feitas a partir daquela data.

A seu turno, a apelante afirma que a comunicação se deu somente em 14.06.2004, data do boletim de ocorrência, o que caracteriza a negligência do apelado, justificando a negativação de seu nome, porquanto inconteste a inadimplência.

Assim, a controvérsia cinge-se à data em que o apelado comunicou o furto do aparelho celular à apelante.

Compulsando os autos, verifico, *data venia*, que o documento de f. 84, por si só não comprova que a solicitação de bloqueio ocorreu em 14.06.2004, porquanto unilateralmente produzido.

Por outro lado, extrai-se da fatura de f. 15/17, a alteração substancial no comportamento do usuário da linha após o dia 11.06.2004, o qual passou a fazer ligações longas e dispendiosas, tendo uma delas, inclusive, durado 320 minutos, f. 16. Além disso, releva notar que os números dos telefones que receberam as chamadas antes do dia 11.06.2004 são destoantes daqueles conectados após essa data. Em suma, a fatura em comento pode ser dividida em duas partes bem diferenciadas, levando-se em conta os valores e tempo de duração das ligações: a primeira parte até 11.06.2004, e a segunda até 14.06.2004.

Oportuno destacar que as faturas anteriores ao mês do aludido furto, f. 19/39, comprovam que o apelado mantinha uma constante no uso da linha telefônica e suas contas não ultrapassavam R$ 200,00 (duzentos reais), valor consideravelmente aquém daquele consignado na fatura de f. 14/18, de R$ 687,33 (seiscentos e oitenta e sete reais e trinta e três centavos), apresentada à cobrança pela apelante.

Outrossim, o boletim de ocorrência de f. 12, embora elaborado em 14.06.2007, registra que o furto se deu em 11.06.2004.

De outra banda, trata-se de relação de consumo, aplicando-se à espécie as normas do Código de Defesa do Consumidor, que prestigiam a condição de hipossuficiência do apelado, o que, aliado às provas dos autos, permite a conclusão de que a comunicação do furto se deu na data alegada na exordial, 11.06.2004. Não há que se falar em comunicação tardia, como pretende a apelante, que não comprovou fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do apelado (art. 333, II, do CPC, c/c art. 6º, VIII, CDC).

Destarte, *in casu*, a apelante negativou o nome do autor nos cadastros restritivos de crédito em face do débito constante na conta vencida em 26.07.2004, referente à utilização da linha telefônica após 11.06.2004, período em que deveria estar bloqueada, caracterizando a negligência da operadora de telefonia, ora apelante.

Assim, restou demonstrada a ilicitude da negativação do nome do apelado, f. 40, ensejando a reparação a título de danos morais, nos termos do art. 5º, X, da Constituição da República c/c art. 927 do Código Civil, complementado pelos arts. 186 e 187 do mesmo diploma legal, que tipificam o ato ilícito.

A responsabilidade do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação. Assim, verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo se presentes o nexo causal e a culpa, pressupostos legais para que detone a responsabilidade civil.

Já afirmava Rudolf Von Ihering a respeito do dano moral:

> O ofendido ou vítima deve receber não pelas perdas materiais, senão, também, pelas restrições ocasionadas em seu bem-estar ou em suas conveniências, pelas incomodidades, pelas agitações, pelos vexames (ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 132).

A simples negativação injusta do nome de alguém no cadastro de devedores do SPC já é, por si, suficiente para gerar dano moral reparável, independendo de comprovação específica do mesmo, visto que o dano em tais casos é presumido.

Caio Mário da Silva Pereira entende que:

> Na etiologia da responsabilidade civil, como visto, são presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista, porque sem eles não se configura: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexo de causalidade entre uma e outro. Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um "erro de conduta"; não basta que a vítima sofra um "dano", que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois, se não houver um prejuízo, a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, 'é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que, sem esta contravenção, o dano não ocorreria' (*Traité des Obligations en Général*, v. IV, n. 366) (*Responsabilidade Civil.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 75).

Dessa forma, verificada a conduta ilícita praticada pela apelante, não há dúvida quanto à necessidade de reparação, independente do prejuízo experimentado pelo apelado.

Tendo em vista a dificuldade de quantificar o constrangimento e o abalo psíquico, recomenda-se que, em casos dessa natureza, o julgador se paute pelo juízo da eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, devendo o *quantum* da indenização corresponder à lesão, e não a ela ser equivalente, porquanto impossível, materialmente, nesta seara, alcançar essa equivalência.

Esse numerário deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, produzindo, nos causadores do mal, impacto bastante para dissuadi-los de igual procedimen-

to, forçando-os a adotar uma cautela maior, diante de situações como a descrita nestes autos.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça:

> Dano Moral. Indenização. Razoabilidade. Impossibilidade de revisão no STJ. Súmula 07.
> - Em recurso especial, somente é possível revisar a indenização por danos morais quando o valor fixado nas instâncias locais for exageradamente alto, ou baixo, a ponto de maltratar o art. 159 do Código Beviláqua. Fora desses casos, incide a Súmula 7, a impedir o conhecimento do recurso.
> - A indenização deve ter conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima (STJ, AgRg no AG 603097/RS(2004/0052805-8), Terceira Turma, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 08.03.2005).

Portanto, o ressarcimento pelo dano moral decorrente de ato ilícito é uma forma de compensar o mal causado, e não deve ser usado como fonte de enriquecimento ou abusos. Sua fixação deve levar em conta o estado de quem o recebe e as condições de quem paga.

Assim, considerando os parâmetros acima destacados, conclui-se pela razoabilidade da indenização arbitrada na r. sentença.

O apelado pretende eximir-se do pagamento de ônus sucumbenciais e honorários advocatícios, invocando a Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê que condenação efetuada em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

Todavia, a questão foi argüida em sede de contra-razões de apelação, e não em recurso próprio, operando-se a preclusão (CPC, art. 183), sendo que a sentença transitou em julgado nesse ponto.

Diante do exposto, com base no art. 93, IX, da Constituição da República e art. 131 do Código de Processo Civil, nego provimento ao recurso, confirmando a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Nilo Lacerda* e *Domingos Coelho*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO DECLARATÓRIA – ISS – EMPRESA DE CONCRETAGEM – VALOR DOS MATERIAIS – BASE DE CÁCULO – DEDUÇÃO – LC 116/2003

Ementa: Ação declaratória. ISSQN. Empresa de concretagem. Base de cálculo. Deduções previstas na LC 116/2003.

- O valor dos materiais utilizados na atividade de concretagem deve ser deduzido do preço total da prestação de serviços para efeitos de incidência do ISSQN, em observância às normas de regência.

- A LC 116/2003, na esteira do art. 146 da Constituição Federal, quando prevê a dedução da base de cálculo do ISSQN do material empregado nos serviços de concretagem das obras de construção civil (art. 7º, § 2º) cuida de não-incidência tributária, e não de isenção heterônoma. Precedentes do STF.

REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0878.05.008145-3/001 - Comarca de Camanducaia - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Camanducaia - Autora: Polimix Concreto Ltda. - Ré: Fazenda Pública do Município de Camanducaia - Relator: DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2007. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento , pelo autor, a Dr.ª Patrícia Ottoni Cândido.

O Sr. Des. Edivaldo George dos Santos - Conheço do reexame necessário, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Polimix Concreto Ltda. em face do Município de Camanducaia, alegando que presta serviços de concretagem de obras de construção civil, estando sujeita ao pagamento do ISSQN, e que, todavia, o Município réu está efetuando a cobrança do referido imposto de forma indevida, incluindo os valores dos materiais utilizados nos serviços, como base de cálculo do imposto, além de negar a expedição de AIDF (Autorização para Impressão de Documentos Fiscais); que tal conduta fere o disposto na LC nº 116/2003, a qual prevê, em seu art. 7º, § 2º, inciso I, que não se inclui na base de cálculo do ISSQN o valor dos materiais fornecidos nos serviços de construção civil, os quais abrangem os serviços de concretagem, e que o Município não tem competência para definir, modificar ou alterar a base de cálculo definida na lei complementar federal.

Ao final, requereu seja declarado por sentença o direito de proceder à dedução da base de cálculo do ISSQN do valor dos materiais adquiridos por terceiros e empregados nos serviços de concretagem de obras de construção civil, além de compelir o réu a autorizar a emissão de notas fiscais, inclusive liminarmente.

Na impugnação, a Fazenda alegou, quanto ao mérito, que a cobrança observa rigorosamente os termos da legislação vigente, requerendo, pois, a improcedência do pedido.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido, declarando o direito da empresa autora Polimix Concreto Ltda. de proceder à dedução, na base de cálculo do ISSQN, do valor dos materiais adquiridos de terceiros e empregados nos serviços de concretagem de obras de construção civil por ela prestados ao Município de Camanducaia. Submeteu a sentença ao reexame necessário.

Não foi aviado recurso voluntário.

Saliento que, relativamente ao pedido de AIDF, a própria empresa autora asseverou (f. 45) que sua pretensão foi atendida, não dispondo, pois, de interesse processual na análise do mesmo.

A questão posta sob exame se restringe ao cabimento ou não da dedução do valor do material empregado na produção de concreto (cimento, areia, brita, etc.), na base de cálculo do ISSQN em relação à autora, na prestação de serviços de concretagem de obras de construção civil realizados no Município de Camanducaia.

Induvidosamente, tais atividades estão sujeitas à incidência do ISSQN, conforme até mesmo já se manifestou o eg. STJ, através da Súmula 167, que possui a seguinte redação, *in verbis*:

> O fornecimento de concreto, por empreitada civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência de ISS.

Ocorre que esta súmula não pode ser utilizada para amparar a tese do réu, pois a autora não está discutindo se é ou não contribuinte do ISSQN, e sim pleiteia que este imposto seja recolhido com redução de base de cálculo, com fulcro no art. 7º, § 2º, da LC 116/2003, que determina a possibilidade de as construtoras

civis deduzirem os valores referentes ao material aplicado na prestação de serviço.

Logo, a análise do caso dos autos prende-se, necessariamente, à discussão da aplicabilidade do § 2º do art. 7º do LC 116/2003.

O art. 7º, § 2º, da LC 116/2003, que regula o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, permite a dedução de tais valores, de maneira expressa:

> A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.
> (...)
> § 2º - não se incluem na base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza:
> I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta lei complementar.

Os referidos itens 7.02 e 7.05 referem-se às atividades pertinentes à construção civil, como se segue:

> 7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).
> 7.05 - Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Assim, a Lei Municipal nº 174/97, ao definir a base de cálculo do ISSQN, desrespeitou o princípio da hierarquia das leis, afrontando a LC 116/2003, que, como lei complementar de normas gerais sobre o ISS, é hierarquicamente superior à lei ordinária.

Por seu turno, a Carta Magna, em seu art. 146, deixou expresso que cabe à lei complementar a atribuição de estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, nelas incluindo a definição de tributos e de suas espécies, bem como dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Com efeito, as normas da citada lei complementar, assim como o fizera o revogado Decreto-lei nº 406/68 (aliás, recepcionado como lei complementar pelo novo texto constitucional, como reiteradamente tem admitido a jurisprudência dos tribunais), devem prevalecer sobre as normas municipais no que dispõem sobre a base de cálculo do ISSQN na prestação de serviços de concretagem de obras de construção civil, ou seja, dela serão deduzidos os materiais fornecidos pelo prestador do serviço.

A propósito, preleciona o Prof. Sérgio Pinto Martins, em sua conhecida obra *Manual do imposto sobre serviços*, que:

> A regra estabelecida de dedução da base de cálculo na execução de obras hidraúlicas ou de construção civil dos materiais fornecidos é norma de não-incidência, tendo por objetivo evitar a bitributação de certas circunstâncias em que já houve a incidência e o pagamento do ISS. Não se pode dizer que se trata de isenção, que importaria em dispensa do pagamento, com a existência da obrigação tributária, que nasceu com o fato gerador, mas haveria a exclusão do crédito tributário. Na não-incidência, não chega a ocorrer o fato gerador, pois a lei complementar pode dizer, ainda que por dedução *a contrario sensu*, quais são os serviços que não são tributáveis. Se se tratasse de isenção, estaria revogado o § 2º do art. 7º da LC nº 116/03, pois se atritaria com o inciso III do art. 151 da CF, que veda à União instituir isenções sobre impostos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim, a regra prevista no § 2º do art. 7º da LC nº 116/03 foi recebida pela Constituição de 1988, por serem normas de não-incidência tributária. Não pode a legislação municipal alterar ou revogar a disposição do CTN, sob o argumento de que se trata de isenção, incompatível com o atual sistema constitucional, pois a matéria é de base de cálculo, que está adstrita à lei complementar, nos termos da alínea *a* do inciso III do art. 146 da Constituição. Não se está tributando ou instituindo tratamento desigual entre contribuintes,

de modo a se observar o inciso II do art. 150 da Constituição, pois a lei estabelece que o preço do serviço, na construção civil, deve excluir o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços, que logicamente não fazem parte do serviço (6. ed. Editora Atlas, 2004, p. 96/97).

Desse modo, tem-se que a base de cálculo do ISS é somente o preço do serviço efetivamente prestado, nela não incidindo coisas outras que não o valor desse serviço quando a prestação de serviços se referir às atividades previstas nos itens 7.02 e 7.05 da lista anexa à citada lei complementar.

Nesse sentido, a jurisprudência deste TJMG, como podemos ver, apenas a título de exemplo, nos acórdãos cujas ementas se seguem:

> Tributário - ISSQN - Serviços de concretagem - Substituição tributária - Dedução do valor dos materiais da base de cálculo do imposto - Lei Complementar nº 116/03 - *Fumus boni iuris* - *Periculum in mora* - Presença.
> 1 - A teor do art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei Complementar nº 116/03, deve ser deduzido da base de cálculo do ISSQN o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços de concretagem.
> 2 - Recurso provido (Agravo nº 1.0521.04.032959-6/001 - Agravante: Centralbeton Ltda. - Agravado: Município de Ponte Nova - Relator: Des. Edgard Penna Amorim).

> Tributário. Ação declaratória. ISSQN. Empresa de concretagem. Base de cálculo. Deduções previstas em lei complementar. Legalidade.
> - O valor dos materiais utilizados na atividade de concretagem deve ser deduzido do preço total da prestação de serviços para efeitos de incidência do ISSQN, em observância às normas de regência.
> - A Lei Complementar nº 116/2003, na esteira do art. 146 da Constituição Federal, quando prevê a dedução da base de cálculo do ISSQN do material empregado nos serviços de concretagem das obras de construção civil (art. 7º, § 2º) cuida de não-incidência tributária, e não de isenção heterônoma.
> - Precedentes do STF (Apelação Cível/Reexame Necessário n° 1.0188.05.031055-9/001 - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Lima - Apelante: Município de Nova Lima - Apelada: Holcim Brasil S.A. - Relator: Des. Antônio Sérvulo).

> Tributário - ISS - Serviço de concretagem - Fato gerador ocorrido após a edição da LC 116/03 - Base de cálculo - Exclusão dos materiais fornecidos por terceiro. - Excluem-se da base de cálculo do ISS as mercadorias empregadas na prestação de serviço cujo fato gerador ocorreu após a edição da Lei Complementar 116/03 (Reexame Necessário nº 1.0313.04.145406-4/003 - Autora: Concretomix Engenharia Concreto Ltda. - Réu: Secretário Municipal da Fazenda de Ipatinga - Remetente: Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Ipatinga - Relator: Des. Manuel Saramago).

> Ação declaratória - Tributário - ISSQN - Serviço de concretagem - Fato gerador ocorrido após a edição da LC nº 116/2003 - Exclusão dos materiais fornecidos por terceiros. - Excluem-se da base de cálculo do ISSQN as mercadorias empregadas na prestação de serviço cujo fato gerador ocorreu após a edição da Lei Complementar Federal nº 116/2003 (Apelação Cível nº 1.0693.04.026786-8/001 - Relator: Des. Antônio Hélio Silva).

Pelo exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Sem custas, em razão da isenção de que goza a Fazenda Pública.

O Sr. Des. Wander Marotta - Sr. Presidente. Também tenho entendimento no sentido de que, após a edição da Lei Complementar nº 116, ou seja, após o ano de 2003, quando se trata de fatos geradores sob influência dessa norma, o valor dos materiais empregados em serviços de concretagem pode ser deduzido na base de cálculo.

Com o Relator.

O Sr. Des. Belizário de Lacerda - De acordo.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

-:::-

AÇÃO ORDINÁRIA - OBESIDADE MÓRBIDA - CIRURGIA - NECESSIDADE - PLANO DE SAÚDE - COBERTURA - OBRIGATORIEDADE - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - COMPATIBILIDADE

Ementa: Cirurgia bariátrica. Obesidade mórbida e co-morbidades. Indicação de diversos especialistas. Contraprova não realizada. Procedência do pedido. Honorários. Manutenção.

- Considerando o quadro de obesidade da autora - IMC entre 36 e 38 Kg/m² -, aliado a co-morbidades que acometem a sua saúde, bem como a indicação do procedimento por médicos de diversas especialidades e a inexistência de cláusula que exclua o procedimento de gastroplastia da cobertura prevista no contrato, há de ser mantida a decisão que condenou a operadora de plano de saúde ao custeio da referida cirurgia.

- Não havendo qualquer abusividade ou ilegalidade na fixação dos honorários advocatícios, os mesmos devem ser mantidos no patamar estipulado na sentença.

APELAÇÃO CÍVEL n° 1.0024.04.393560-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Cassi Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - Apelada: Jussara Carneiro Franzot - Relator: Des. WAGNER WILSON

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de março de 2007. - *Wagner Wilson* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela apelada, a Dr.ª Valéria Velozo Tribuzi.

O Sr. Des. Wagner Wilson - Conheço do recurso, já que presentes os requisitos de admissibilidade.

Recurso de apelação interposto por Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil S.A. - Cassi contra a r. sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível de Belo Horizonte que, na ação ordinária ajuizada pela apelada Jussara Carneiro Franzot, julgou procedente o pedido inicial, confirmando a tutela antecipada que havia determinado a realização da cirurgia bariátrica às expensas da ora recorrente (f. 300/301).

Alega a recorrente que a apelada não teria demonstrado o esgotamento dos métodos convencionais de tratamento nem mesmo teria o índice de massa corporal exigido para a autorização da cirurgia.

Argumenta que a recorrida não teria o IMC superior a 40 Kg/m² por um período de mais de dois anos, requisito indispensável para a autorização da cirurgia.

Acrescenta que a recorrida apresentava IMC entre 36 a 38 Kg/m², não sendo indicada, portanto, a cirurgia bariátrica.

Assevera que não existiria risco de morte para a recorrida se não realizasse a cirurgia, uma vez que convivia já por vários anos com as supostas co-morbidades.

Afirma que a sua negativa encontraria respaldo na legislação e no contrato e que não seria aplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor.

Aduz, ainda, que é dever do Estado assegurar a assistência integral da saúde a todos os cidadãos.

Finalmente, protesta pela redução dos honorários advocatícios, fixados pelo Juízo de origem em 20% do valor da condenação.

No entanto, razão não lhe assiste.

A recorrente, ao longo do feito, trouxe inúmeras alegações, mas, em nenhum momento, importou-se em comprová-las.

A questão, então, da forma em que se apresenta nos autos, não enseja maiores dificuldades para a sua solução.

O documento de f. 28 informa que a recorrente negou à recorrida a autorização para a realização da cirurgia bariátrica, ao argumento de que deveriam ser esgotadas todas as tentativas ambulatoriais, baseando as suas considerações na Portaria de nº 628 do Ministério da Saúde.

Contudo, não trouxe aos autos nenhuma opinião médica que sustentasse a não-indicação ou a desnecessidade do procedimento, no presente caso.

Por outro lado, a recorrida acostou à inicial a indicação de médicos de diversas especialidades para a realização da cirurgia bariátrica: cirurgião, endocrinologista, ortopedista, traumatologista, psiquiatra etc.

Encontram-se, entre os documentos juntados pela recorrida, afirmativas no sentido de que os tratamentos convencionais não apresentavam resultados, como, por exemplo, à f. 40: "Apresenta obesidade há vários anos, refratária ao tratamento clínico e dietoterápico, com insucesso de dietas e regimes alimentares pregressos".

Além disso, a Portaria de nº 628 do Ministério da Saúde não indica a cirurgia bariátrica apenas para os casos em que o índice de massa corporal - IMC é superior a 40 Kg/m², mas também àqueles em que o IMC se encontra acima de 35 Kg/m² e está associado a outras doenças, como é o caso da recorrida, que apresenta "dislipidemia e problemas ortopédicos" (f. 36), artrose, entre outras patologias decorrentes de sua obesidade.

Por fim, não se vê, entre os procedimentos excluídos pelo plano de saúde oferecido pela recorrente, o de cirurgia bariátrica com finalidade não estética, mesmo porque tal intervenção se encontra prevista no rol de procedimentos essenciais - plano-referência - elaborado pela Agência Nacional de Saúde (Resolução de nº 82/2004).

Dessa forma, considerando o quadro de obesidade da autora - IMC entre 36 e 38 Kg/m² - , aliado a co-morbidades que acometem a sua saúde, bem como a indicação do procedimento por médicos de diversas especialidades e a inexistência de cláusula que exclua o procedimento de gastroplastia da cobertura prevista no contrato, há de ser mantida a decisão que condenou a operadora de plano de saúde ao custeio da referida cirurgia.

Nesse mesmo sentido, já decidiu este eg. Tribunal:

> Apelação cível. Plano de saúde. Cobertura de gastroplastia. Cirurgia de redução de estômago. Interpretação de cláusula contratual restritiva. Obesidade grave associada a patologias mórbidas. Cobertura obrigatória. Restrição pelo índice de massa corporal. Cláusula abusiva. Boa-fé objetiva. Dever de informação. Honorários advocatícios. Majoração. Possibilidade. - A cirurgia gastroplástica, recomendada para o tratamento de obesidade grave com patologias associadas ao excesso de peso (hipertensão arterial sistêmica, dificuldade respiratória, artrose, hipotireoidismo e hipertrigliceridemia), deve ser custeada pelo plano de saúde, que abrange a cobertura de cirurgia geral, gastroentereológica e plástica reparadora, bem como a assistência médica nas especialidades de endocrinologia e ortopedia. A cláusula que exclui a cobertura de tratamentos cirúrgicos ou endocrinológicos com finalidade reparadora deve ser interpretada restritivamente e a favor do consumidor, conforme impõe o art. 47 do CDC, não se estendendo para intervenções que, apesar de terem conseqüências estéticas, tenham por objetivo precípuo o restabelecimento da saúde da contratante. A restrição da cobertura apenas para hipóteses em que se caracteriza a obesidade mórbida, de acordo com o índice de massa corporal é abusiva, por ofensa à boa-fé objetiva, e não pode ser oposta ao consumidor, por não constar no ajuste qualquer informação nesse sentido. A fixação da verba

advocatícia, conforme o § 4º do art. 20 do CPC, se submete ao prudente arbítrio do julgador, conforme sua apreciação eqüitativa. Reconhecido, contudo, que o valor arbitrado não guarda a necessária proporção com os esforços despendidos, remunerando de forma inadequada o serviço qualificado, cumpre proceder à sua majoração (TJMG. Processo n.: 1.0024.03.128962-2/002. Relatora: Des.ª Heloísa Combat. Extraído do *site* www.tjmg.gov.br).

Ação de cobrança. Plano de saúde. Cirurgia de redução de estômago. Obesidade mórbida. Inclusão do tratamento e do procedimento dentro do conceito de urgência/emergência. Análise das condições contratuais da maneira mais favorável ao consumidor. Necessidade de reembolso da consumidora do plano de saúde. Nulidade da sentença afastada. Fundamentação suficiente. Manutenção da decisão monocrática. - Encontrando-se a decisão proferida em primeiro grau acompanhada de fundamentação, ainda que concisa, a teor do que dispõe o art. 165 do CPC, não há que se falar em nulidade, bastando ao magistrado que indique as razões de seu convencimento para que seja considerado como válido o ato processual. Indiscutível a incidência do Código de Defesa do Consumidor a planos de saúde, enquadrando-se perfeitamente a ré no conceito de fornecedora, conforme dispõe o art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, e a autora na qualidade de consumidora do serviço prestado. Pela análise do sistema de proteção da Lei 8.078/90, que estabelece interpretação favorável ao consumidor por ser a parte mais vulnerável na relação, competia à fornecedora fazer prova robusta de que a autora não necessitava de realizar a cirurgia de redução de estômago. Todavia limitou-se a alegar que a mesma não era necessária e que não estava prevista no contrato, não se desincumbindo de seu ônus, a teor do art. 333, II, do CPC. Se, no rol de serviços médicos não cobertos pelo contrato, não se inclui a doença denominada obesidade mórbida, cumpre à administradora do plano de saúde em questão ressarcir o associado de todas as despesas decorrentes do tratamento indicado para aquela moléstia (TJMG. Processo nº 2.0000.00.434812-3/000. Relator: Des. Antônio Sérvulo. Extraído do *site* www.tjmg.gov.br).

Em relação aos honorários advocatícios, entendo que a irresignação da recorrente também não merece ser acolhida.

Na fixação dos honorários advocatícios, o julgador, apesar de deter certa discricionariedade, revelando o caráter subjetivo da fixação da verba, deve se valer dos requisitos objetivos previstos no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos:
> a) o grau de zelo do profissional;
> b) o lugar da prestação do serviço;
> c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

No presente caso, há de ser considerado o grau de zelo da advogada da autora, que apresentou a peça exordial de maneira bem clara e precisa, apesar de extensa, separando os documentos de forma a facilitar a sua localização e compreensão e trazendo aos autos, ainda, cópia das portarias e resoluções que auxiliam o julgador na resolução do caso, serviço que, decerto, exigiu muito tempo.

Destaque-se, ainda, a importância da causa, que demandava urgente autorização do Poder Judiciário para a realização da cirurgia, bem como a sua natureza, consistente na proteção do mais importante patrimônio de sua cliente.

Assim, não havendo qualquer abusividade ou ilegalidade na fixação dos honorários advocatícios, entendo que os mesmos devem ser mantidos no patamar estipulado na sentença.

Conclusão.

Com esses fundamentos, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Custas, pela recorrente. É como voto.

O Sr. Des. Bitencourt Marcondes - De acordo.

O Sr. Des. Mota e Silva - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RECURSO - APELAÇÃO - CONTAGEM DO PRAZO - AUTOS RETIRADOS DE CARTÓRIO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA - CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO TEOR DA DECISÃO - CARGA AO ADVOGADO - TERMO INICIAL DO PRAZO

Ementa: Recurso de apelação. Contagem do prazo para sua interposição. Carga dos autos pelo patrono da parte. Termo inicial. Ciência inequívoca do teor da decisão. Recurso intempestivo.

- Retirados os autos de cartório antes de efetivada a publicação no órgão oficial, o início do prazo será aquele da respectiva carga, visto que, dessa forma, a parte tomou inequívoca ciência do teor da decisão. Apelação extemporânea.

Recurso não conhecido.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0473.03.001076-2/001 - Comarca de Paraisópolis - Apelantes: Maria Antônia da Silva e outro - Apelados: Sebastião Carlos da Silva e sua mulher - Relator: Des. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

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

Belo Horizonte, 30 de março de 2007 - *Ernane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Ernane Fidélis - Infere-se dos autos que os apelantes pretendem ver mantida a partilha amigável realizada entre os herdeiros, partilha esta declarada nula através da sentença ora recorrida.

Em sede de preliminar, os apelados alegam que o recurso é intempestivo, por ter sido interposto muito tempo após a ciência inequívoca dos apelantes acerca do teor da decisão que rejeitou os embargos de declaração. No mérito requer seja mantida a decisão de primeiro grau.

E analisando os dados informativos dos autos quanto à preliminar, tenho que razão assiste aos apelados. Salientaram que, embora a decisão que rejeitou os embargos declaratórios tenha sido publicada no dia 23.02.06 (certidão de f. 81-TJ), os apelantes já haviam tomado ciência inequívoca do seu teor, quando da carga dos autos em 22.02.06 (certidão de f. 99-TJ).

Com efeito, é inadmissível, à luz do princípio da celeridade, a desconsideração do conhecimento inequívoco da decisão para se esperar pela intimação no órgão oficial, pois essa constituiria mera formalidade incapaz de cumprir seu objetivo, qual seja, levar ao conhecimento da parte um ato ou termo processual, fim esse já alcançado, *in casu*, com a retirada dos autos de secretaria.

Havendo o ilustre patrono dos apelantes retirado os autos de cartório em 22.02.06, o prazo se iniciou em 23.02.06 (quinta-feira) e se encerrou na data de 09.03.06 (quinta-feira).

Verifica-se que o recurso foi interposto em 16.03.06 (quinta-feira), sete dias depois de vencido o prazo, sendo, portanto, flagrante a sua intempestividade.

Nesse sentido, a jurisprudência vem sufragando entendimento de que o prazo para interposição do recurso conta a partir da ciência inequívoca do advogado sobre o teor da decisão:

> Processual civil. Apelação. Intempestividade. Ciência inequívoca da sentença antes da publicação.

I - A regra geral estabelece que o prazo para recorrer começa a fluir da data da intimação da sentença (art. 236 c/c 242, ambos do CPC).
II - A orientação consolidada na jurisprudência, contudo, em casos especialíssimos, admite seja afastada a regra geral, para considerar intimada a parte que, antes da publicação, indubitavelmente, haja tomado ciência inequívoca da decisão por outro meio qualquer.
III - Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas inscrito no art. 154 do CPC.
IV - Recurso não conhecido.
(STJ, Terceira Turma, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, REsp nº 2915/SP, *DJ* de 06.08.92, p. 07336, *in Juis - Saraiva* nº 24).

Não destoa o seguinte julgado:

Recurso - Prazo - Termo inicial - Autos retirados de cartório - Carga. - O prazo para recurso começa a correr da ciência inequívoca que o advogado tenha da decisão ou sentença. Assim, quando o advogado retira, com carga, os autos de cartório, após a prolação da sentença, mas antes da sua intimação através de publicação no órgão oficial, o prazo recursal começa a correr da retirada, e não dessa publicação. No mesmo sentido: Ap. Cível 161492-2, 4ª Câmara Civil, Rel. Juiz J. Ladeira, 15.09.93; TAMG, Apelação Cível, Acórdão 118624-7, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Mercêdo Moreira, data do julgamento 05.02.1992, *in Juis-Saraiva* nº 24).

Dessa feita, tendo os apelantes tomado conhecimento inequívoco da decisão em 22.02.06, nos termos da certidão de f. 99, que, diga-se, possui fé pública, manifesta é a intempestividade do recurso.

Assim, pelos fundamentos expostos, não conheço do presente recurso.

Custas, pelos apelantes.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores: *Edilson Fernandes* e *Maurício Barros.*

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - TRATOR - SEGURO OBRIGATÓRIO-DPVAT - SEGURADORA - DEVER DE INDENIZAR - VALOR - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO - SALÁRIO MÍNIMO - LEGALIDADE - CORREÇÃO MONETÁRIA - INCIDÊNCIA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - COMPATIBILIDADE

Ementa: Ação indenizatória. Seguro obrigatório. Trator. Ilegitimidade passiva. Fixação da indenização. Honorários advocatícios. Arbitramento.

- Qualquer seguradora está legitimada a responder pelo pedido de indenização do seguro DPVAT, salvo se comprovar que não compõe o conglomerado destinado a tal fim.

- O trator é veículo automotor assim definido pelo art. 96 do CTN, e, por isso, a pessoa que se acidenta nele ou seus sucessores têm direito à cobertura.

- A seguradora responde pelo seguro obrigatório, ainda que descoberto, cujo pagamento será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente (independentemente da existência de culpa), bem como da qualidade de beneficiário do requerente, no caso de morte.

- O salário mínimo pode ser tomado como base para fixação da indenização, segundo o critério legal, pois o que se veda é a sua utilização como fator de correção.

- A correção monetária conta-se da data em que a indenização se tornou devida.

- Inexistindo qualquer comportamento que caracterize a violação de dever processual, afasta-se a ocorrência de litigância de má-fé.

- Os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0701.06.165425-0/001 - Comarca de Uberaba - Apelantes: Cia. de Seguros Minas Brasil - Apelada: Maria Laura de Paula - Relator: Des. FÁBIO MAIA VIANI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de março de 2007. - *Fábio Maia Viani* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Fábio Maia Viani - Cuida-se de apelação interposta por Companhia de Seguros Minas Brasil da sentença (f. 41/43), que, na ação indenizatória que lhe move Maria Laura de Paula, julgou procedente o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de R$ 14.000,00, equivalente a 40 salários mínimos vigentes à época da propositura da ação, a título de indenização de seguro obrigatório (DPVAT), devidamente corrigidos desde a ajuizamento e acrescidos de juros moratórios de 1%, a partir da citação, além das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o montante da condenação**.**

A apelante, nas razões de recurso (f. 46/61), argüi, em preliminar, ilegitimidade passiva por ausência de cobertura a acidente causado por trator e ilegitimidade passiva em razão de não ser a ré a seguradora contratada.

Quanto ao mérito, alega que não tem responsabilidade pela indenização, pois o acidente foi provocado por trator, máquina agrícola, não sujeita a registro e licenciamento.

Aduz que a apelada não provou que o veículo envolvido no acidente tenha contratado o seguro obrigatório junto à ré.

Que compete ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro.

Sustenta, ainda, que inexiste possibilidade de se vincular a indenização pretendida ao salário mínimo, ressaltando que o seu valor é determinado pelo CNSP.

Por fim, aduz que deve ser considerada como termo inicial da correção monetária a data da propositura da ação.

Pretende, com a reforma da sentença, seja o pedido formulado na inicial julgado improcedente.

A apelada, por seu turno, apresentou contra-razões (f. 66/71), em que refuta as alegações da apelante e pugna pela manutenção da sentença e a condenação da ré em litigância de má-fé.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Qualquer seguradora está legitimada a responder pelo pedido de indenização do seguro DPVAT, salvo se comprovar que não compõe o conglomerado destinado a tal fim (art. 7º da Lei nº 6.194/74).

Rejeito a preliminar.

O trator, nos termos do art. 96 do Código de Trânsito, é classificado como veículo automotor sujeito a registro e, portanto, ao seguro obrigatório.

Rejeito a preliminar.

Não há como negar que o trator é veículo automotor suscetível de circular nas vias terres-

tres do País. Assim, seu condutor ou passageiro, sofrendo dano, tem direito à indenização do seguro obrigatório, como muito bem decidiu o Juiz sentenciante.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> ... Cuidando-se de trator comum, de fácil locomoção e utilizado também como meio de transporte na zona rural, está ele sujeito ao seguro obrigatório" (REsp 11889/PR, tendo como Relator o Min. Barros Monteiro).

Consoante a Lei 6.194/74, com a redação dada pela Lei 8.441/92, a seguradora responde pelo seguro obrigatório, ainda que descoberto (art. 7º; Súmula 257 do STJ), cujo pagamento será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente (independentemente da existência de culpa), bem como da qualidade de beneficiário do requerente, no caso de morte (art. 5º).

Compulsando detidamente os autos, noto que constam do caderno probatório provas suficientes para o pagamento da indenização reclamada, pelo que descabidas as alegações da apelante nesse aspecto.

Quanto ao valor, a nova lei, aliás, veio apenas ratificar - explicitando - o que já estava implícito na lei modificada (cf. STJ, REsp 337.083-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *DJU* de18.2.2002).

O valor da indenização é de 40 salários mínimos, vigentes à época da liquidação do sinistro (art. 5º, § 1º), no caso de morte ou invalidez permanente (art. 3º, *a* e *b*), de nada valendo que outro tenha sido previsto no bilhete de seguro ou em circular do CNSP. Impossível será dar prevalência a uma circular que colide com lei à qual se subordina.

O salário mínimo, aqui, não constitui fator de correção monetária - coisa que leis supervenientes e a própria Constituição de 1988 (art. 7º, IV) proibiram -, mas critério de fixação da indenização, adotado pela Lei 6.194/74, em vista do marcante interesse social e previdenciário dessa modalidade de seguro (cf. STJ, *RSTJ* 51/222).

Não existe razão, portanto, para negar à beneficiária o recebimento do respectivo valor.

Quanto ao tema relativo à correção monetária, carece o apelante de interesse recursal uma vez que o seu pleito coincide exatamente com os termos da decisão recorrida.

No que se refere aos juros de mora de 1% ao mês, contados da citação, foram fixados corretamente consoante o disposto no art. 406 do NCC.

A fixação dos honorários advocatícios também não merece qualquer reparo. É que o percentual fixado atende ao grau de zelo do advogado vencedor e ao tempo exigido para o seu serviço.

Quanto ao requerimento acerca da litigância de má-fé deduzido nas contra-razões, tenho que não restou caracterizado qualquer comportamento imputável ao apelante que atente contra os deveres processuais (art. 14 do CPC) e que, por via de conseqüência, possa ser enquadrado como litigância de má-fé (art. 17 do CPC), razão pela qual não há que se falar em qualquer condenação a esse título, bem como em relação às custas processuais e honorários advocatícios, que já foram devidamente definidos em sentença.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Guilherme Luciano Baeta Nunes* e *D. Viçoso Rodrigues.*

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ANIMAIS SILVESTRES EM CATIVEIRO - DANO AO MEIO AMBIENTE - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ART. 14, § 1º, DA LEI 6.938/81 - INDENIZAÇÃO

Ementa: Ação civil pública. Danos ambientais. Animais silvestres em cativeiro. Indenização devida.

- A manutenção de animais da fauna silvestre brasileira em cativeiro constitui, além de irregularidade administrativa, ilícito civil e penal, restando consumado o dano ambiental, indiferente se a criação irregular se deu com a captura dos animais ou com a compra deles.

- O ordenamento jurídico brasileiro adotou, quanto aos danos ambientais, a teoria da responsabilidade objetiva, cujo enfoque recai sobre a necessidade de reparação do dano independentemente da aferição da culpabilidade do agente.

Recurso conhecido, mas desprovido.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.734152-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ronaldo Martins de Freitas - Apelado: 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, 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 fevereiro de 2007. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Albergaria Costa - Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. 102/109, que julgou procedentes os pedidos deduzidos na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais contra Ronaldo Martins de Freitas, e condenou o réu ao pagamento de indenização no valor de R$ 16.800,00 por danos ambientais, a serem revertidos para o Fundo Municipal de Defesa Ambiental, corrigido pelos índices da Corregedoria de Justiça a partir de 20.04.2005 e acrescido de juros de um por cento ao mês a contar da citação.

Em suas razões recursais, o apelante alegou, em síntese, que é criador amadorista de aves, com carteira das sociedades ornitológicas. Argumentou que há muito vem criando aves de forma lícita; que jamais realizou qualquer captura de animais silvestres na fauna brasileira, sendo que os que se encontravam no criatório eram filhotes nascidos em cativeiros, devidamente cuidados.

Intimado, o apelado ofertou contrarazões às f. 135/142, pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 149/156).

É o relatório.

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

Tratam os autos de ação civil pública por danos ambientais ajuizada pelo Ministério Público contra Ronaldo Martins de Freitas, cujos pedidos foram julgados procedentes, com a condenação deste ao pagamento de indenização a favor do Fundo Municipal de Defesa Ambiental, no valor de R$ 16.800,00.

José Afonso da Silva trata a respeito do meio ambiente em seu mais amplo sentido, considerando-o como

> toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendidos, portanto, o solo, a água, o ar, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico (*Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: RT, 1981, p. 435).

A partir da Constituição de 1988, a proteção do meio ambiente ganhou identidade própria, definindo os fundamentos da proteção ambiental. A Carta Magna despertou a consciência da necessidade da convivência harmoniosa com a natureza, traduzindo em diversos dispositivos, o que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente.

A dimensão conferida ao tema vai desde os dispositivos do Capítulo VI do Título VIII até inúmeros outros regramentos insertos ao longo do texto, valendo lembrar que o seu art. 225 assegura que

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à 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.

No caso dos autos, verifica-se que o apelante detinha "pássaros da fauna silvestre brasileira em cativeiro sem registro", entre eles pássaros que se encontram em extinção, como se extrai do boletim de ocorrência juntado às f. 23/24.

Com efeito, muito embora alegue o recorrente que não capturou as aves da fauna silvestre, as havendo criado de maneira legal, frise-se que a manutenção de animais da fauna silvestre brasileira em cativeiro, além de constituir irregularidade administrativa, constitui ilícito civil e penal, restando consumado o dano ambiental indiferente se a criação irregular se deu com a captura dos animais ou a compra dos mesmos.

Certo é que a legislação ambiental visa à proteção de animais, principalmente aqueles em potencial risco de extinção, e, tratando-se de criação às cegas do controle do Ibama, órgão fiscalizatório, deve ser punido o criador de acordo com a legislação vigente, para que não incorra mais em similitudes, tendo em vista a rapidez com que vem sendo degradado o meio ambiente.

Ressalte-se que nosso ordenamento jurídico adotou, quanto a essa matéria, a teoria da responsabilidade objetiva, cujo enfoque recai sobre a necessidade de reparação do dano independentemente da aferição da culpabilidade do agente, conforme se depreende do § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938, de 31.08.1981, forma que torna eficaz o ressarcimento dos prejuízos, sem o inconveniente de ter o lesado (no caso, a sociedade) o ônus de provar que o agente agressor agiu culposamente.

A jurisprudência assim orienta:

> - Em se tratando de dano ambiental, excepcionalmente, é admitida a responsabilidade objetiva, a qual independe da existência de culpa e se baseia na idéia de que a pessoa que cria o risco deve reparar os danos advindos de seu empreendimento.
> - Presente o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso, é de se reconhecer o dever deste de repará-lo... (Ap. Cível nº 000.281.132-1/000, Relator Des. Nilson Reis, j. em 15.04.2003, p. em 30.05.2003).

Portanto, restando comprovado que o apelante de fato incorreu em crime ambiental, constituindo ofensa aos interesses difusos da sociedade, não há que se escusar do pagamento da indenização a que foi condenado, já que não se desincumbiu de desconstituir qualquer fato alegado pelo autor.

Como discorrido, a responsabilidade objetiva adotada pelo nosso sistema jurídico-ambiental é fundada na teoria do risco integral, bastando, pois, a prova do dano e o nexo com a atividade suscetível de causá-lo para que o responsável pela atividade se sujeite à reparação do prejuízo, independentemente de ter agido ou não com culpa.

A esse respeito Sérgio Ferraz entende insuficiente a responsabilidade subjetiva para regular a questão:

> ... em termos de dano ecológico, não se pode pensar em outra colocação que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha, que não seja a malha realmente bem apertada, que possa, na primeira jogada da rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental. É importante que, pelo simples fato de ter havido omissão, já seja possível enredar agente administrativo e particulares, todos aqueles que de alguma maneira possam ser imputados ao prejuízo provocado para a coletividade (Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista de Direito Público*, 49/50, p. 38).

Sendo assim, restando comprovado o dano ambiental, aliado ao fato de que não foi a primeira vez que lhe foi movida ação civil pública pelos mesmos fundamentos (f. 67/74), é de se manter a sentença de primeiro grau que o condenou ao pagamento da indenização, já que apurada com base nos índices de qualificação dos agravos, como consignado às f. 28/31.

Isso posto, nego provimento ao presente recurso e mantenho a sentença de primeiro grau.

Custas recursais, pelo apelante, restando suspensa sua exigibilidade, consoante o art. 12 da Lei nº 1.060/50.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Schalcher Ventura* e *Kildare Carvalho*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PROVIMENTO DE CARGO - DEFICIENTE FÍSICO - EDITAL - RESERVA DE VAGA - INEXISTÊNCIA - ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO - OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA - CONCESSÃO DA ORDEM

Ementa: Apelação cível. Ação de mandado de segurança. Emprego público. Admissão. Vaga única. Deficiente físico. Preferência inexistente. Ordem de classificação desrespeitada. Lesão a direito líquido e certo caracterizada. Sentença confirmada.

- O acesso a cargo público de provimento efetivo deve obedecer à ordem de classificação e em igualdade de condições entre todos os que forem aprovados no concurso respectivo, ressalvadas as vagas reservadas para deficientes físicos.

- A existência de vaga única, entretanto, não gera preferência para o deficiente físico, devendo ele ser nomeado na ordem de classificação.

- Admitido deficiente físico que tem classificação inferior à impetrante, a qual foi aprovada em primeiro lugar, restou caracterizada a lesão ao direito líquido e certo da mesma.

- Remessa oficial e apelação cível voluntária conhecidas.

- Sentença confirmada em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.05.681238-1/003 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 3ª vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Emater - Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural - Apelada: Jordana Aparecida Trovão Santos - Autoridade coatora: Presidente da Emater - Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural de Minas Gerais - Relator: Des. CAETANO LEVI LOPES.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2007 - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Caetano Levi Lopes - Conheço da remessa oficial e da apelação voluntária, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

A apelada aforou esta ação de mandado de segurança contra ato do Presidente da Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado de Minas Gerais - Emater-MG. Afirmou ter sido aprovada em concurso público para ingresso no quadro de pessoal da apelante voluntária. Acrescentou ter sido aprovada em primeiro lugar para o município que ela escolheu, mas foi informada de que o interessado Élbio José da Silva iria ser nomeado, embora aprovado em quinto lugar, por ser deficiente físico. Entende que seu direito líquido e certo estaria sendo ameaçado de lesão.

O impetrado prestou informações às f. 48/52, confessando que já houve contratação do interessado Élbio, mas defendeu a regularidade do ato administrativo. Pela r. sentença de f. 74/83, a segurança foi concedida.

Remessa oficial.

O *thema decidendum* cinge-se em verificar se o interessado, na condição de portador de deficiência física, tem preferência para a nomeação.

Anoto que não existe divergência entre as partes quanto à classificação tanto da apelada como do interessado no certame nem que este seja portador de deficiência física. Estes os fatos.

Em relação ao direito, sabe-se que a Constituição da República adotou o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos, mediante concurso de provas ou de provas e títulos. Mas ressalvou que os deficientes físicos também têm direito ao acesso mediante reserva de percentual das vagas (art. 37, VIII, da Constituição da República). A norma não é auto-aplicável conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 444):

> Para as pessoas portadoras de deficiência, o inciso VIII determina que a lei lhes reserve percentual dos cargos e empregos públicos e defina os critérios de sua admissão. O dispositivo não é auto-aplicável, cabendo aos interessados adotar as medidas judiciais cabíveis em caso de omissão do Poder Público na promulgação da lei (inconstitucionalidade por omissão).

O Estado de Minas Gerais há mais de uma década disciplinou a norma constitucional ao editar a Lei Estadual nº 11.867, de 1995, reservando 10% dos cargos para os deficientes.

Acrescento que o item 8 do edital do concurso (f. 17) não estabeleceu qualquer preferência para admissão dos deficientes físicos.

Na espécie, tanto a apelada quanto o interessado optaram por trabalhar na mesma localidade e para a qual só existia uma vaga. Nesse caso, é evidente que não há como separar os 10% para os deficientes, razão pela qual a contratação será feita em igualdade de condições, ou seja, na rigorosa ordem de classificação como proclamado no subitem 8.1 do edital.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, enfrentando situação exatamente idêntica, salvo quanto ao percentual, assim decidiu:

> Mandado de segurança. Servidor público. Concurso público. Reserva de vagas. Constitucionalidade. Legalidade. Inaplicabili-

dade ao caso de existência de apenas uma vaga. [...] Segurança concedida.
(...) A regra genérica de reserva de 5% das vagas do concurso para deficientes físicos só é aplicável se resulta em pelo menos uma vaga inteira.
No caso em que se disputa apenas uma vaga, a aplicação da regra implica a reserva de absurdas 0,05 vagas, portanto não pode ser aplicada. De outro turno, a reserva da única vaga para deficientes físicos implica percentual de 100%, o que, além de absurdo, não está previsto pelo edital.
Havendo apenas uma vaga, a disputa rege-se pela igualdade de condições, e a convocação de deficiente físico que logrou classificação inferior à da impetrante fere direito líquido e certo desta. Segurança concedida em parte (Ac. nº MS 8417-DF, Terceira Seção, Rel. Min. Paulo Medina, j. em 12.05.2004, *in DJU* de 14.06.2004, p. 156).

Sem dúvida, houve mesmo lesão ao direito da recorrida, o que torna correta a sentença.

Com esses fundamentos, em reexame necessário, confirmo a sentença. Resta prejudicado o recurso voluntário.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Francisco Figueiredo* e *Jarbas Ladeira*.

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

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL - DANO MORAL - TRANSPORTE AÉREO - EXTRAVIO DE BAGAGEM - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - INAPLICABILIDADE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - POSSIBILIDADE - VALOR - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO

Ementa: Ação de indenização. Extravio de bagagem. Relação regida pelo CDC. Verossimilhança das alegações. Possibilidade de inversão do ônus da prova. Danos materiais e morais. Cabimento.

- O contrato de transporte se configura em típica relação de consumo, enquadrando-se o transportador no conceito de fornecedor e o passageiro no de consumidor. Sendo verossímeis as alegações da parte, é cabível a inversão do ônus da prova. Deve o transportador ser condenado a indenizar o passageiro pelo valor equivalente aos pertences extraviados. O extravio de bagagem enseja indenização por danos morais e pelo valor gasto na aquisição de roupas e objetos de uso pessoal.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.779122-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: 1ª) Varig S.A. 2ª) South African Airways S.A. - Apelada: Georgina Alves Vieira da Silva - Relator: Des. PEDRO BERNARDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2007. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Pedro Bernardes - Cuida a espécie de apelos interpostos por Varig S.A. - Viação Aérea Rio-Grandense, primeiro recurso, e por South African Airways S.A., segunda

apelação, contra a sentença de f. 145-154, que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Georgina Alves Vieira da Silva.

A primeira apelante, nas razões de f. 155-172, aduz, em síntese, que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente demanda, por considerar que não foi a responsável pelo extravio das bagagens da autora; afirma que a única responsável pelos fatos narrados na exordial é a primeira ré, South African; informa que somente realizou o trecho compreendido entre Belo Horizonte e Rio de Janeiro, sendo o restante da viagem efetivado pela outra ré; no seu entender, é frágil o fundamento adotado na sentença de solidariedade das rés, por aplicação do CDC; defende a tese de que no presente caso a empresa South African reconheceu por meio dos documentos apresentados a sua culpa, diligenciando para localizar a mala; diz que não foi apreciado o presente feito sob a ótica do Código Civil vigente, o qual prevalece na espécie; sustenta que não pode ser mantida a sentença no tocante ao valor da indenização por danos materiais, por ausência de prova; assevera que sequer foram apresentados orçamentos dos bens que estavam na bagagem; alega que está configurada afronta ao art. 333, I, do CPC; destaca que restou negada a Convenção de Varsóvia, que prevê limitação ao dever de indenizar por parte do transportador aéreo; transcreve doutrina e jurisprudência pertinentes ao ônus da prova; afirma que o Magistrado singular desconsiderou o teor do art. 157 do CPC, que estabelece que o documento redigido em língua estrangeira deve ser juntado aos autos com a devida tradução, feita por tradutor juramentado; insinua que havia no interior das malas extraviadas "um verdadeiro guarda-roupa"; no que concerne aos danos morais, ressalta que não há falar em conduta ilícita da apelante, que não realizou o transporte no qual ocorreu o extravio da bagagem; no seu entender, a apelante vivenciou tão-somente transtornos e constrangimentos cotidianos, que não conferem direito à indenização por danos morais; observa que a autora não teve afrontados os seus direitos da personalidade; diz que a improcedência da indenização por danos morais é medida que se impõe e, alternativamente, pede a redução do valor fixado na decisão vergastada; requer a improcedência dos pedidos formulados na exordial ou a redução do *quantum* indenizatório.

Razões de South African Airways S.A. às f. 175-186, nas quais a segunda apelante faz uma narrativa dos atos processuais; alega que a sentença vergastada está afastada da prudência e da legalidade, merecendo reforma; diz ser aplicável à espécie a Convenção de Varsóvia e demais pactos internacionais; menciona que, apesar de a relação havida na espécie ser de consumo, deve o CDC ser aplicado em conjunto com a legislação especial de transporte aéreo; declara que, para que na espécie haja indenização integral dos danos causados por se tratar de relação de consumo, deve estar provada a quantidade e qualidade do prejuízo; assevera que a autora não elucidou previamente o conteúdo de sua bagagem, não existindo certeza nos autos; observa que o documento de f. 22-23 é unilateral, sendo temerária a procedência do pedido de indenização por danos materiais na hipótese vertente; destaca que a sentença também merece reforma quanto à indenização por danos morais, os quais considera que não ocorreram na espécie; entende estar configurado simples inadimplemento contratual; aduz que caberia à apelada atentar para os ditames do art. 333, I, do CPC, trazendo prova robusta da ocorrência do dano ensejado pelo extravio da bagagem; eventualmente, requer a redução da quantia fixada na sentença a título de reparação pela dor subjetiva a patamar condizente com o fato narrado na exordial; pede sejam as custas e os honorários advocatícios divididos entre as partes, pois os pedidos formulados na exordial não foram acolhidos em sua integralidade.

Contra-razões às f. 189-196, nas quais a apelada expõe os fatos que deram ensejo aos danos morais e materiais; registra que a empresa de transporte aéreo é responsável pelo extravio de bagagem dos passageiros; esclarece que viajou para Moçambique visando ao cumpri-

mento da parceria internacional firmada entre a Universidade Católica de Minas Gerais e o Instituto Superior e Politécnico Universitário de Moçambique - ISPU; dessa forma, diz que os bens elencados são perfeitamente condizentes com o objetivo da viagem; refuta o argumento de ausência de violação aos direitos de personalidade; requer seja mantida a sentença.

Conheço dos recursos, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Tendo em vista que o objeto de ambas as insurgências é similar, passo a apreciá-las conjuntamente.

Georgina Alves Vieira da Silva ajuizou a presente ação em face de South African Airways e Varig S.A. - Viação Aérea Rio-Grandese, pleiteando a indenização por danos morais e materiais que entende estarem configurados, em face do extravio de sua bagagem, quando da sua viagem para Moçambique.

O pedido inicial foi julgado procedente às f. 145-154, dando ensejo aos apelos em apreço.

Da responsabilidade pelos fatos narrados na exordial.

Sustenta a primeira apelante que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação, ao argumento de que não seria a responsável pelo extravio das bagagens narrado na inicial.

Tendo em vista que, para a análise de tal preliminar, faz-se necessário apreciar as provas constantes dos autos, passarei a analisá-la com o mérito recursal.

Compulsando os autos, verifico que, no documento de f. 14, consta cabeçalho com o nome da empresa primeira apelante, no qual está elucidado todo o trajeto aéreo a ser percorrido e as empresas prestadoras de serviço. O contrato de transporte aéreo de Belo Horizonte até Moçambique foi firmado com a primeira apelante, que somente transportou a apelada no trecho compreendido entre Belo Horizonte e Rio de Janeiro.

O simples fato de o comunicado do extravio das bagagens ter sido endereçado à segunda apelante por si só não exclui a responsabilidade da Varig.

É que nenhuma das empresas pôde demonstrar em que momento efetivamente as malas desapareceram. A primeira apelante não juntou com a sua contestação, f. 80-97 qualquer documento que fosse hábil a afastar a sua responsabilidade pelos fatos narrados na exordial.

Da mesma forma, com a contestação apresentada pela segunda apelante também não há elemento apto a elucidar em que momento foram extraviados os pertences da apelada.

Dessa forma, impõe-se a manutenção da responsabilização de ambas as empresas pelos fatos narrados na inicial.

Inexiste prova de que o sumiço das malas ocorreu no trajeto realizado pela segunda apelante ou no trajeto realizado pela primeira apelante, fato que deveria ser comprovado para que a responsabilidade de uma delas pudesse ser afastada.

Assim, ambas devem responder pelos prejuízos eventualmente apurados, não havendo de se falar em ilegitimidade para figurar no pólo passivo da ação.

Do ônus da prova.

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que a relação travada entre as recorrentes e a recorrida vem a ser típica relação de consumo, porquanto as primeiras se enquadram no conceito de fornecedor e a segunda no de consumidora.

O contrato firmado entre as partes se traduz numa relação de consumo, impondo-se a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor à hipótese vertente.

O CDC, em seu art. 6º, inciso VIII, estabelece:

> Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:
> (...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Destarte, para ser possível a inversão do ônus da prova, exige-se a presença de pelo menos um dos requisitos elencados.

No caso dos autos, tenho que está evidente a verossimilhança das alegações da recorrida. Em momento algum, as recorrentes contestaram o extravio das bagagens, sendo tal fato, portanto, incontroverso.

É absolutamente provável que uma pessoa que viaja para o exterior, a trabalho, para ministrar aulas de pós-graduação, representando a sua empregadora, leve em sua bagagem roupas de boa qualidade, novas e caras, bem como material para embasar o curso a ser ministrado, não havendo por que não considerar as alegações apresentadas na exordial como verossímeis.

Assim, presente o requisito legalmente exigido, viável e devida se mostra a inversão do ônus da prova, restando afastado o argumento de inobservância pela autora dos ditames do art. 333, I, do CPC.

Dos danos materiais - valor dos pertences extraviados.

Entendem as apelantes ser indevida a reparação por danos materiais no patamar fixado na sentença objurgada. Consideram que o MM. Juiz singular deveria ter aplicado a Convenção de Varsóvia, porquanto não há provas de que os bens narrados na exordial estavam efetivamente dentro das bagagens.

Nesse ponto, entendo que também com acerto decidiu o MM. Juiz sentenciante.

Como salientado acima, ocorreu a inversão do ônus da prova na hipótese vertente.

Assim, cabia às recorrentes provar que os bens listados pela recorrida não se encontravam na bagagem extraviada, ou seja, que o dano material sofrido não era aquele alegado na peça de intróito.

No entanto, não se desincumbiram as apelantes do referido ônus, não restando outra alternativa senão considerar como válida a listagem de f. 22-27.

Conforme dito supra, demonstra a experiência ordinária a probabilidade de que uma pessoa que viaja para o exterior a trabalho coloque em sua bagagem roupas de boa qualidade.

No que se refere ao Pacto de Varsóvia, entendo que o mesmo, com a previsão de indenização tarifada, não se aplica ao caso dos autos, devendo a indenização por danos materiais equivaler a todo o prejuízo sofrido, ou seja, deve ser integral, ampla, não tarifada.

Prevê o CDC, em seu art. 6º, inciso VI, como direito do consumidor, a efetiva reparação por danos patrimoniais e morais surgidos na relação de consumo.

Logo, a aplicação da norma consumerista, mais moderna e justa no que concerne a indenizações por danos materiais, se impõe na hipótese vertente.

É vasta a jurisprudência neste sentido:

Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Extravio de bagagem. Inaplicabilidade da Convenção de Varsóvia. Relação de consumo. Indenização ampla. Danos materiais e morais. Fixação. Parâmetros.
1) Os limites indenizatórios constantes da Convenção de Varsóvia não se aplicam à relação jurídica de consumo, e, nesta hipótese, deverá haver, necessariamente, a reparação integral dos prejuízos sofridos.
2) Não há parâmetros legais versando sobre a determinação do valor do dano moral, cabendo ao juiz fixá-lo sob seu prudente arbítrio, evitando que ele seja irrisório ou de molde a converter o sofrimento em móvel de captação de lucro (TAMG, Ap. 410.129-1, 5ª CC, Rel. Juiz Elias Camilo, j. em 05.02.2004).

Transporte aéreo internacional. Extravio de carga. Indenização integral. CDC.
I - A responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia.(...) (STJ - EREsp 269.353/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Castro Filho, j. em 24.04.2002, *DJ* de 17.06.2002, p. 184).

Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Extravio de bagagem. Inaplicabilidade da Convenção de Varsóvia. Relação de consumo. Código de Defesa do Consumidor. Indenização ampla. Danos materiais e morais. Orientação do tribunal. Pagamento de bolsa de estudos. Dano incerto e eventual. Aprovação incerta. Exclusão da indenização. Recurso acolhido parcialmente. Maioria.
I - Nos casos de extravio de bagagem ocorrido durante o transporte aéreo, há relação de consumo entre as partes, devendo a reparação, assim, ser integral, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, e não mais limitada pela legislação especial. (...) (STJ, REsp 300190/RJ, 4ª T, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 24.04.2001, *DJ* de 18.03.2002, p. 256).

Ação de indenização. Viagem aérea internacional. Entrega da bagagem com atraso de mais de 20 dias. Extravio de alguns objetos. Dano moral. Pacto de Varsóvia. Indenização tarifada. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 5º, incisos V, X e XXXII, da CF/88. Recurso desprovido. - Diante dos incisos V, X e XXXII do art. 5º da CF/88, não se pode admitir a limitação da indenização por danos morais ou materiais em função de pactos internacionais de que o Brasil faça parte, sendo certo que o Pacto de Varsóvia, à evidência, não se sobrepõe aos preceitos constitucionais, mormente aqueles inseridos no título referente aos 'Direitos e Garantias Fundamentais'. É inquestionável o cabimento da indenização por danos morais decorrente da angústia, aborrecimento e dor de quem, repentinamente, e por mais de 20 dias, se vê privado de sua bagagem (TAMG, Ap. 366.621-7, 3ª CC, Rel. Juiz Mauro Soares de Freitas, j. em 28.08.2002.

Extravio de bagagem. Viagem internacional. Ressarcimento. Valor tarifado. Convenção de Varsóvia. Indenização que não exclui o direito previsto na legislação comum. - O recibo do valor tarifado não exclui o interesse e a possibilidade jurídica do pedido judicial de indenização com base no art. 1.059 do CC. A indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia não exclui a indenização integral dos danos efetivamente comprovados em caso de extravio de bagagem (TAMG, Ap. 348.654-8, 1ª CC, Rel.ª Juíza Vanessa Verdolim Andrade, j. em 11.12.2001).

Indenização. Transporte aéreo. Perda de bagagem. Convenção de Varsóvia. Constituição Federal. Dano moral. Valor. Fixação.
- Prevalece a ordem constitucional brasileira, em face de tratados e convenções internacionais com adesão do Brasil.
- Constitui culpa grave da transportadora, reparável por danos materiais e morais, em face do contrato de prestação de serviços de transporte, a perda de bagagem do passageiro (TAMG, Ap. 306.127-6, 6ª CC, Rel. Juiz Dárcio Lopardi Mendes, j. em 11.05.2000).

Assim, deve ser afastada a aplicação do Pacto de Varsóvia ao presente caso.

Na peça de ingresso, a apelada apresentou planilha no valor total de R$12.119,65 (doze mil cento e dezenove reais e sessenta e cinco centavos). O MM. Juiz singular deferiu a indenização por danos materiais no patamar de R$10.282,65 (dez mil duzentos e oitenta e dois reais e sessenta e cinco centavos).

Como tal valor não foi objeto de apelo por parte da recorrida, deve o mesmo ser mantido na forma da sentença objurgada.

Danos morais.

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, Ed. Bestbook, segunda tiragem, 1998).

É certo que o dever de indenizar pressupõe três requisitos: dano, ilicitude do ato e nexo causal.

Evidente está o dano moral sofrido pela recorrida: estava ela viajando a trabalho para o exterior (Moçambique), a fim de ministrar aulas em virtude de convênio celebrado entre a universidade para a qual trabalhava e outra instituição de ensino; e, ao chegar a seu destino, descobriu que sua bagagem havia sido extraviada.

Como se não bastasse o dissabor de saber que havia perdido vários dos seus pertences, teve que tomar providências no sentido de saber se sua mala havia sido encontrada e comprar roupas e produtos de higiene para passar os dias em que ficaria no estrangeiro.

É claro que uma pessoa que perde sua bagagem passa por constrangimentos, angústias e aflições, restando evidente o dano moral.

Caracterizados também estão o ato ilícito e a culpa das recorrentes, que em momento algum negaram o desaparecimento da bagagem, o qual se deu por negligência.

Ademais, nos termos do art. 14 do CDC, a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva.

Claro também está o nexo causal, pois toda a angústia por qual passou a apelada decorreu exatamente da conduta culposa das apelantes.

Assim, restam demonstrados o dano moral e a obrigação de indenizar.

Acerca da existência de dano moral em virtude de extravio de bagagem, há decisões recentes dos tribunais pátrios:

> Apelação. Ação de indenização. Viagem internacional. Bagagem extraviada e encontrada violada. Perda de bens. Ônus da prova. Danos morais. Fixação. Honorários advocatícios. (...)
> - O extravio e violação de bagagem decorrente de viagem área, com perda de bens, resulta em danos morais facilmente aferíveis, porquanto do evento resultam angústias e aflições ao proprietário da mala extraviada.(...) (TAMG, Ap. Cível 363.735-4, Sexta Câmara Cível, Relator Juiz Dídimo Inocêncio de Paula, j. em 05.09.2002).

> Indenização. Sentença. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Extravio de bagagem. Dano moral. Possibilidade. Apelação não provida. (...)
> - O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais.
> - Configurados o sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República, que se sobrepõe a tratados e convenções ratificadas pelo Brasil (TAMG, Ap. Cível 343.133-4, Sexta Câmara Cível, Relator Juiz Belizário de Lacerda, j. em 27.09.2001).

> Indenizatória. Extravio de bagagem. Danos materiais e morais comprovados. Reparação devida. Quantificação. - É devida a indenização pelos efetivos prejuízos materiais e morais causados pela transportadora negligente que extravia bagagem de seu passageiro. A ocorrência do dano moral, questão de ordem subjetiva, não exige do ofendido a prova efetiva do dano, bastando demonstrarem os fatos a existência de constrangimento que atinja a dignidade da pessoa humana. (...) (TAMG, Ap. Cível 358.459-6, Terceira Câmara Cível, Relator Juiz Edilson Fernandes, j. em 03.04.2002).

> Responsabilidade civil. Transporte aéreo Internacional. Limite indenizatório. Dano moral. (...) 2. É possível a condenação pelo dano moral resultante da perda durante o transporte. Divergência superada. Recurso conhecido em parte, mas improvido (STJ, REsp 173.526/SP, *DJ* de 27.08.2001, p. 339, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 22.05.2001, Quarta Turma).

Alegam as recorrentes que o montante fixado na sentença, a título de indenização por danos morais é elevado, pelo que requerem seja o mesmo reduzido.

É certo 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 a 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... (*Instituições de direito civil.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. II, p. 242).

De qualquer forma, doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que a fixação 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.

Há quem defenda a teoria do valor do desestímulo, segundo a qual a fixação do valor tem caráter profilático, procurando evitar que o agente cometa novos fatos semelhantes.

Todavia, não se pode olvidar que a questão do valor da indenização é matéria de direito privado, de modo que aqui há que se observar os princípios pertinentes a tal ramo da ciência jurídica. A punição ao ilícito deve ser objeto de discussão perante a justiça criminal.

> A punição ao ilícito é tarefa confiada à justiça criminal. Não podemos nos basear em punições na esfera civil, com o intuito de prevenir o acontecimento de novas condutas danosas, impondo indenizações espalhafatosas que não condizem com a realidade do dano moral que foi impingido à vítima. Tanto é assim que a punição é analisada e estudada pelas regras do direito penal, ramo eminentemente público da ciência jurídica, onde o que se protege é o interesse geral da sociedade, sendo que a pena é uma resposta estatal ao criminoso, desde que para a prevenção e a reprovação do crime, sem embargo da sua natureza reeducadora.(...)
> Regulamentando as relações de ordem privada, o direito civil não pode se prestar à cominação de punições às pessoas que infringem os preceitos da responsabilidade civil. (...)
> Assim também ocorre com o dano moral. Fixando-se indenizações altíssimas, o juiz estará distanciando da prestação jurisdicional da real necessidade do ofendido e impondo punição indevida ao ofensor, posto que, como já exposto, isso não é tarefa da justiça cível (ob. cit., p. 120).

Humberto Theodoro Júnior leciona:

> Mais do que em qualquer outro tipo de indenização, a reparação do dano moral há de ser imposta a partir do fundamento mesmo da responsabilidade civil, que não visa criar fonte injustificada de lucros e vantagens sem causa. Vale, por todos os melhores estudiosos do complicado tema, a doutrina atualizada de Caio Mário em torno do arbitramento da indenização do dano moral:
> 'E, se em qualquer caso se dá à vítima uma reparação de *damno vitando*, e não de *lucro capiendo*, 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' (*Dano Moral*, 2. ed., Ed. Juarez de Oliveira, 1999, p. 36).

Nessas condições e considerando o constrangimento e angústias a que foi a recorrida submetida, tenho como justa a indenização fixada pelo MM. Juiz sentenciante, qual seja R$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais), impondo-se a manutenção da decisão vergastada, na forma em que proferida.

Das custas processuais e honorários advocatícios.

Finalmente, é impertinente o pedido de alteração da verba sucumbencial.

O simples fato de a indenização por danos morais não ter sido acolhida no montante integral constante da petição inicial não configura decaimento de parte do pedido.

O montante apontado na exordial é simples parâmetro a ser apreciado pelo julgados para fins de fixar a indenização.

Ou seja, se o autor obtém a procedência do seu pedido, apenas com redução dos valores pleiteados na inicial, não se pode reco-

nhecer a sucumbência recíproca, não sendo devidos custas e honorários advocatícios pela parte ativa do feito.

Quanto à indenização por danos materiais, tenho que a autora decaiu de parte mínima do pedido, sendo o caso de aplicação do art. 21, parágrafo único, do CPC.

Assim, deve ser mantida a sentença também nesse ponto.

Por todo o exposto, nego provimento a ambos os apelos, para manter a sentença vergastada na forma em que foi proferida.

Cada recorrente arcará com as custas de seu apelo.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Tarcisio Martins Costa* e *Antônio de Pádua*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO - APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS - NOMEAÇÃO - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - DENEGAÇÃO DA ORDEM

Ementa: Mandado de segurança. Concurso público. Nomeação. Candidata aprovada fora do número de vagas. Ausência de direito líquido e certo.

- A aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação. Mas, se dentro do prazo de validade do concurso, a Administração efetua contratações precárias para o exercício das mesmas funções do cargo para o qual logrou êxito o candidato, nascerá para este o direito líquido e certo à nomeação, porquanto ditas contratações revelam a necessidade perene de preenchimento da vaga disponibilizada no edital.

- Não tem direito líquido e certo à nomeação o candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, máxime quando não vislumbrada sua preterição com convocação de outros candidatos em pior colocação.

MANDADO DE SEGURANÇA n° 1.0000.06.444985-3/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: Jacqueline Oliveira Leão - Autoridade coatora: Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2007. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela impetrante, a Dr.ª Dinorá Carla de Oliveira.

O Sr. Des. Silas Vieira – Sr. Presidente, eminentes Pares.

Cumprimento a ilustre Advogada que se encontra presente para assistir ao julgamento.

Passo a proferir meu voto.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Jacqueline Oliveira Leão contra ato do Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca se Belo Horizonte.

Sustenta a impetrante que prestou concurso para o cargo de Comissário da Infância e da Juventude, realizado por este eg. Tribunal no ano de 2005.

Acrescenta que "foram ofertadas 13 vagas (que já foram preenchidas) para a Comarca de Belo Horizonte, ocupando a posição de nº 89, como faz prova a cópia do *Minas Gerais* em anexo, ou seja, classificou-se além do número de vagas existentes" (f. 3).

Narra que, em abril do corrente ano, foi publicada uma portaria, ofertando 250 vagas para cargo de Comissária da Infância e da Juventude, sem remuneração.

Propala que "a publicação de um novo 'edital', dentro do prazo de validade do concurso, que é de até dois anos, prorrogável uma vez por igual período (art. 37, inciso III, da CR/88), visando à seleção de 250 candidatos, ainda que sem remuneração, precedendo-lhes sobre os aprovados em concurso já realizado, consubstancia recusa de candidatos" (f. 4).

Pugna pela concessão liminar da segurança, e, ao final, por sua confirmação, a fim de "determinar a convocação dos aprovados remanescentes correspondentes às 250 vagas ofertadas pela Portaria" (f. 6).

Roga pela concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Distribuído o *mandamus*, a liminar foi indeferida à f. 43.

Informações às f. 48/50.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (f. 52/56).

Sem custas prévias, por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

É o relatório.

Com efeito, na linha do abalizado entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, competindo à Administração Pública, em seu juízo discricionário, convocar os candidatos aprovados de acordo com sua conveniência e oportunidade.

Todavia, se, dentro do prazo de validade do concurso, a Administração realiza contratações precárias para o exercício das mesmas funções do cargo para o qual logrou êxito o candidato, nascerá para este o direito líquido e certo à nomeação, porquanto ditas contratações revelam a necessidade perene de preenchimento da vaga disponibilizada no edital, nos seguintes termos:

> - A doutrina e jurisprudência já consagraram o brocardo da 'aprovação em concurso público gerar mera expectativa de direito.' Todavia, constatando-se a necessidade perene de preenchimento de vaga, bem como a existência de candidata aprovada, em primeiro lugar, em concurso ainda válido, a expectativa se convola em direito líquido e certo, principalmente quando se verifica a existência de contratação temporária para o exercício das mesmas funções do cargo em comento. Precedentes.
> - Segurança concedida (MS 8011/DF, Min.. Gilson Dipp, *DJ* de 23.06.2003).
>
> Administrativo. Recurso ordinário. Concurso público. Nomeação. Direito líquido e certo. Vaga. Existência. Contratação temporária. Necessidade do serviço.
> - Comprovada a existência de vaga e demonstrada a necessidade de pessoal, em razão da contratação temporária para exercício da função de professor do ensino fundamental, exsurge o direito líquido e certo da impetrante à nomeação no cargo para o qual fora aprovada em concurso público de provas e títulos. Precedentes.
> - Recurso provido (ROMS 16632/MS, Min. Felix Fischer, *DJ* de 30.08.2004).

Ocorre que, *in casu*, a impetrante não foi aprovada dentro do número de vagas para o cargo postulado. Vale dizer, o concurso público

realizado no ano de 2005 ofereceu 13 (treze) vagas para o cargo de Comissário da Infância e da Juventude (Belo Horizonte), sendo que a autora se classificou apenas em 89º lugar (f. 13).

Também não há falar que a Portaria nº 01/2006 (f. 32/34) tenha preterido os candidatos aprovados no referido concurso, porquanto, como bem observado pelo douto Procurador de Justiça:

> ... o concurso público a que se submeteu a impetrante teve sua origem no egrégio Tribunal e tem por objeto o preenchimento de cargos remunerados, não se podendo confundir com aquele estabelecido pelo juízo específico, mesmo que de primeira instância, este voluntariado e não remunerado (f. 55).

Diante de tais considerações, denego a segurança.

Sem honorários.

Custas, pela impetrante, observado o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

É como voto.

O Sr. Des. Edgard Penna Amorim - Sr. Presidente. Também cumprimento a ilustre Advogada, Dr.ª Dinorá, aqui presente para assistir ao julgamento.

Passo a proferir meu voto.

Acompanho o em. Relator.

A pretensão da impetrante de ser nomeada para o cargo de Oficial Judiciário D, em cujo concurso foi aprovada em 89º lugar, quando havia 13 vagas (f. 15/31), somente poderia ser aforada em face do Presidente do TJMG, autoridade competente para o ato.

Não bastasse isso, busca a impetrante que a abertura de processo seletivo público para o Quadro de Comissários da Infância e da Juventude Voluntários (f. 32/34) e a respectiva convocação dos classificados (f. 35/37), atos praticados pela il. autoridade coatora, configurariam a necessidade de pessoal a justificar sua nomeação.

Ora, como bem ressaltado pelo il. Juiz de Direito impetrado, cuida-se de atos completamente distintos, aquele de provimento de cargo público, em caráter efetivo, e este de credenciamento para o exercício de função pública não remunerada. Ainda que a insuficiência do quadro efetivo seja inconteste, o direito líquido e certo da impetrante só se concretizaria se houvesse cargos efetivos, criados por lei, ainda não providos, é dizer, vagos, o que não ressai dos autos.

Destarte, na esteira do em. Relator, denego a segurança.

A Sr.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto - Sr. Presidente. Também denego a segurança e, na esteira do voto do eminente Des. Edgard Penna Amorim, de igual forma, ao meu entendimento, a autoridade coatora*, in casu*, não seria aquela apontada no *mandamus*, mas o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Com esses adminículos e aqueles que o eminente Relator traz em seu voto, também denego a segurança.

O Sr. Des. Roney Oliveira - Também não vislumbro na autoridade apontada a condição de coatora, porque não partiu dela a realização do concurso público para comissário de menores.

Todavia, como o voto do Relator vai além da extinção do processo sem julgamento de mérito e resolve o impasse, prefiro acompanhá-lo, com essa ressalva, para também denegar a segurança.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo com o Relator.

Súmula - DENEGARAM A SEGURANÇA.

-:::-

PROCESSO DE EXECUÇÃO - EXCEÇAO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - NOTA PROMISSÓRIA - AVAL - CÔNJUGE - CONSENTIMENTO - CO-DEVEDOR - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA

Ementa: Título cambial. Exceção de pré-executividade. Aval. Cônjuge. Autorização. Responsabilidade pelo pagamento da dívida. Ausência.

- O cônjuge que autorizou seu consorte a prestar aval em nota promissória não é considerado avalista. Não sendo garantidor da dívida, não pode o cônjuge autorizador ser parte na ação de execução do título.

AGRAVO N° 1.0702.06.277759-5/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Agência Westlb - Agravada: Lucide Aparecida Frizzo - Relator: Des. D. VIÇOSO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 6 de março de 2007. - *D. Viçoso Rodrigues* - Relator .

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *D. Viçoso Rodrigues* - Trata-se se agravo de instrumento aviado contra a decisão de f. 507/508-TJ do MM. Juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, que julgou procedente a exceção de pré-executividade, excluindo a agravada da lide.

Inconformado, alega que o Magistrado, ao conferir efeito infringente aos embargos declaratórios interpostos pelo recorrente, modificando o julgado, cerceou seu direito de defesa, na medida em que não lhe foi dada oportunidade para se manifestar nos autos. Afirma que a agravada é parte legítima para integrar o pólo passivo da lide, pois, já que autorizou que seu cônjuge prestasse aval na nota promissória, também permitiu que a execução do referido título alcançasse os bens comuns do casal. Pugna pelo efeito suspensivo e provimento do recurso.

Despacho às f. 727/728, recebendo o recurso no duplo efeito.

Não foram apresentadas contra-razões, nem requeridas informações.

Este é o sucinto relatório.

Presentes todos os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Sem razão o recorrente.

Preliminar de cerceamento de defesa:

Apesar de terem sido os embargos declaratórios recebidos e acolhidos com efeitos infringentes, a matéria suscitada pela embargante foi a mesma presente em sua exceção de pré-executividade, ou seja, não houve inovação de tese.

Diante disso, entendo que não teve o agravante prejuízo, pois pôde rebater tais argumentos na oportunidade em que impugnou a exceção.

Por estas razões, rejeito a preliminar.

Mérito:

Quanto ao mérito, também razão não assiste ao recorrente.

A agravada, conforme se vê da cópia da nota promissória à f. 109, não assinou a cártula

na condição de avalista, mas apenas autorizou o seu cônjuge a realizá-lo.

O art. 1.647 do Código Civil regula a matéria posta à apreciação deste Tribunal, dispondo o citado artigo que:

> Art.1.647. Ressalvado o disposto no artigo 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:
> I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;
> II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
> III - prestar fiança ou aval;
> IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

O mencionado artigo prevê expressamente a necessidade do consentimento do cônjuge para que o aval seja prestado, todavia, consentimento não importa em sua responsabilização pela dívida.

Assim comentam Nelson Néri Junior e Maria Rosa de Andrade Nery (*Código Civil comentado.* 4. ed. ampliada e atualizada, p. 915):

> Caso fique claro no instrumento de contrato (fiança) ou no título cambial (aval) que o cônjuge está dando autorização para que seu consorte preste fiança ou aval, o cônjuge autorizador não é fiador nem avalista, qualidades ostentadas apenas pelo cônjuge autorizado...

Diante disso, já que ela apenas consentiu no aval, não poderá ser considerada avalista e, portanto, não poderá figurar no pólo passivo em ação de execução da nota promissória avalizada.

Se o regime de bens é o de comunhão total e o aval foi autorizado, a eventual recaída de penhora sobre bens de propriedade da agravada não decorre de sua legitimidade na ação.

Ressalto que a agravada não é co-devedora ou garantidora do título executado, não sendo parte legítima na ação de execução.

Assim, considerando o acima exposto, rejeito a preliminar. Nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Fábio Maia Viani* e *Guilherme Luciano Baeta Nunes.*

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, À UNANIMIDADE.

-:::-

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - INTERESSE COLETIVO - PREVALÊNCIA - CONSTRUÇÃO IRREGULAR - DANO AO MEIO AMBIENTE - DEMOLIÇÃO - NECESSIDADE - DANO MORAL COLETIVO - INEXISTÊNCIA

Ementa: Ação civil pública por dano ambiental. Edificações em área de reserva ecológica situada a menos de cem metros de lago artificial de represamento de água para usina hidrelétrica. Demolição das edificações soerguidas nesta área. Possibilidade e necessidade. Dano moral coletivo. Inexistência.

- Hodiernamente, tem-se, pois, a função ambiental da propriedade, além da função social, podendo se estabelecer, então, a função socioambiental da propriedade, que encontra respaldo anterior na Constituição da República, ao garantir o direito à propriedade, dispondo que tal deve atender e observar a conjugação indissociável dos princípios da propriedade privada, da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente (art. 5º, XXII, XXIII; art. 170, II, III, VI; e art. 225, *caput* e § 3º, da Constituição da República). É no âmbito deste regramento jurídico que deve se dar o exercício do direito de propriedade, não podendo o seu titular exercê-lo com abuso e à margem das disposições legais acima transcritas. Ante a dificuldade de sua real

comprovação quando em discussão a afetação de direitos difusos, de titularidade indeterminada por natureza, não há de se falar em dano moral coletivo.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0702.03.084697-7/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Evérsio Donizete de Oliveira - Relator: Des. GERALDO AUGUSTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2007. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Geraldo Augusto - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em decorrência da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos por ele formulados na ação civil pública por dano ambiental proposta em face de Evérsio Donizete de Oliveira, condenando o réu

> a recuperar a área considerada de preservação permanente, onde recortar a sua propriedade, por meio de elaboração de um projeto, que deve ser apresentação ao IEF em 30 (trinta) dias, cuja execução deve ser posta em prática em 60 (sessenta) dias da data de sua aprovação, sob pena de incorrer em multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Segundo o articulado na peça inicial, o réu promoveu a edificação de construções em área de preservação ambiental, razão pela qual o Ministério Público pediu a sua condenação à demolição das respectivas edificações, à recuperação da área degradada e ao pagamento de indenização por dano moral coletivo (f. 15 e 16).

Inconformado com a decisão de procedência parcial, o Ministério Público de Minas Gerais interpôs o presente recurso de apelação (f. 253/281), argumentando, em síntese apertada, que o laudo pericial atesta a existência de várias construções em área de preservação permanente, incluindo-se pocilga e galinheiro (f. 257); que, com sua conduta o réu, ora apelado, ocasionou danos ao meio ambiente (f. 261/266); que a premissa lançada na sentença, "segundo a qual a remoção das construções erigidas pelo réu em área de preservação permanente representaria imenso dano àquele, uma vez que estas corresponderiam a apenas 1,10% da toda a 'área a preservar', não podendo ser consideradas, desta feita, degradação ambiental" (f. 266) e que, no caso, houve julgamento *extra petita*.

Por fim, aduz que

> como forma de remansear o bem jurídico agredido, qual seja a ordem ambiental, não resta aos zeladores do Direito nada a fazer, senão determinar a imediata remoção das edificações existentes em área de preservação permanente (f. 274).

Em contra-razões (f. 284-297), o apelado sustenta, em preliminar, a inadmissibilidade do recurso de apelação, em razão de este

> estar ferindo frontalmente o princípio da estabilização da demanda, ao duplo grau de jurisdição e ao disposto nos arts. 264 e 515, § 1º, do CPC (f. 288).

No mérito, aduz não ter havido desrespeito à legislação referente às áreas de preservação permanente (f. 288/291). Alega, ainda, que "a perícia técnica, bem como todas as demais provas trazidas aos autos pelo requerido, ora apelante, não deixam pairar qualquer dúvida quanto à inexistência de supressão da vegetação nativa, e tampouco que tenha sido causado qualquer dano ao meio ambiente" (f. 291) e que não há que se falar em demolição de edificação tendo em vista os princípios da isonomia e da função

social da propriedade, assim como o direito à propriedade e o direito adquirido (f. 295/297).

Da preliminar.

Segundo o apelado, o recurso não deve ser conhecido porque teria o apelante, em afronta ao disposto nos art. 264 e 515, § 1º, do Código de Processo Civil, inovado, em sede recursal, com a formulação de novos pedidos.

Com tal assertiva não se pode, entretanto, concordar. É que a fundamentação aventada em sede de razões de apelação não pode ser tomada como inovação do pedido, sendo certa, no âmbito recursal, a possibilidade de ampla articulação fática e jurídica por parte do recorrente, como conseqüência, inclusive, da efetivação do princípio do devido processo legal.

Ademais, os pedidos formulados pelo recorrente em sede recursal reafirmam aqueles anteriormente realizados na peça inicial, não tendo havido inovação, mas, em verdade, reiteração, adequando-se plenamente à sistemática recursal do nosso ordenamento jurídico.

Rejeita-se, portanto, a preliminar.

Do mérito.

O ponto central da presente controvérsia encontra-se na análise da regularidade da edificação promovida pelo apelado em área que seria de preservação permanente.

No caso concreto e específico, o apelado é proprietário de edificações que, hoje, situam-se em área de preservação permanente.

Entretanto, o que importa saber é quando se deu efetivamente o início do soerguimento das edificações, para se apontar quais as normas legais aplicáveis à época. Assim, se, quando do início das construções, foram respeitadas as normas legais pertinentes, não há de se falar em demolição.

Nessa ordem de idéias, necessário anotar que o deslinde desta ação está a depender, sobremaneira, do conjunto probatório oriundo de todo o transcorrer da instrução processual.

No caso, tem-se que hoje as edificações se localizam ao redor de uma represa artificial. Entretanto, pelo que consta da certidão do registro de imóveis (f. 90) e da foto de f. 94, a área em que se ergueram as edificações situava-se, antes, ao redor de um rio.

Fundamental, então, precisar a partir de qual data se teve a formação de um lago artificial ao redor da área edificada pelo apelado, para a adequada aplicação das normas vigentes à época das construções questionadas pelo Ministério Público, estejam elas dispostas no Código Florestal de 1965, na Lei Municipal 7.653 do ano de 2000, na Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente nº 4 de 1985 ou na Resolução 302 de 2002 do mesmo Conselho.

Segundo foto carreada aos autos pelo réu/apelado, em julho de 1997, quando do início das edificações (foto f. 95), não havia, ainda, a existência de um lago artificial ao redor da propriedade. Daí, poder-se-ia concluir que a construção se deu antes da formação do lago artificial.

No entanto, a tal conclusão não se pode chegar, porque é público e notório o fato de que o represamento das águas do rio Araguari para o funcionamento da UHE Miranda se deu ainda no ano de 1997, pois em janeiro de 1998 a usina já estava em funcionamento conforme informa o site da Companhia Energética de Minas Gerais (Cemig).

No ponto, invoca-se a disposição do inciso I do art. 334 do Código de Processo Civil, segundo a qual, “não dependem de prova os fatos notórios”.

Segundo, ainda, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> ... fato notório é o de conhecimento pleno pelo grupo social onde ele ocorreu e ou desperta interesse, no tempo e no lugar onde o processo tramita e para cujo deslinde sua existência tem relevância (Código de Processo Civil

comentado, nota I:2 ao art. 334. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 700).

Ademais, ao contrário do que afirma o apelado, as fotos de f. 94/95 não permitem concluir "que em julho de 1997, enquanto o Rio Araguari passava no local, o apelado já estava edificando a atual sede do Rancho Três Irmãos, sempre de acordo com a legislação vigente" (f. 289). Pelas fotos, não se tem sequer indícios de início da construção. Vê-se, apenas e tão-somente, um monte de areia e uma quantidade pequena de telhas.

Não impressiona a alegação do perito de que "as construções já haviam sido concluídas antes do advento da Lei Municipal 7.653, de 23 de outubro de 2000 (f. 151)", porque o que realmente importa é se, à época da construção, já se tinha o represamento da água do Rio Araguari para a construção da UHE Miranda. E, pelo contexto probatório dos autos, tem-se que sim.

De se apontar que a foto de f. 97, datada de 21 de julho de 2000, ao retratar a edificação já consolidada, afasta tão-somente a aplicação da Lei Municipal 7.653/2000 e da Resolução 302/2002 do Conselho Nacional do Meio Ambiente.

Dessa forma a análise deve se dar com base nas normas referentes à distância da margem da propriedade até a um dado lago artificial. E, aí, tem-se o ponto.

O Código Florestal (Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965) assim dispõe acerca das áreas de conservação permanente:

> Art. 2º. Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: (...)
> b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais.

Pela simples dicção legal, não seria possível a extração do significado exato da expressão "ao redor".

Nessas circunstâncias e, ainda, considerando-se a foto de f. 97, que está a revelar a existência de edificação concluída já no ano de 2000 (o que inviabiliza a aplicação das disposições contidas na Resolução 302/2002 do Conselho Nacional do Meio Ambiente e da Lei Municipal 7.653 do ano de 2000), deve-se, no caso, aplicar a disposição encartada no art. 3º, inciso III, da Resolução de nº 4/85 do Conselho Nacional do Meio Ambiente, segundo a qual "são reservas ecológicas as florestas e demais formas de vegetação situadas ao redor de reservatórios artificiais, desde o seu nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal cuja largura mínima será de 100 (cem) metros para represas hidrelétricas", que são, como se sabe, espécies de lagos artificiais.

É que, pelo até aqui narrado e, sobretudo, pelos elementos probatórios disponíveis, tem-se o seguinte quadro: à época das edificações, o réu edificou em área considerada reserva ecológica, sem respeitar o distanciamento mínimo necessário entre as construções e a represa hidrelétrica, em afronta às disposições legais pertinentes.

Nesse contexto, então, a questão primordial é arbitrar entre o interesse público/coletivo consistente na preservação ambiental do manancial do antigo Rio Araguari, e, hoje, da represa/lago artificial da Usina Hidrelétrica de Miranda, de um lado, e o interesse privado/individual, de outro, consistente no direito de propriedade do réu/apelado.

No caso concreto e específico dos autos, entre outras circunstâncias, não há, sequer, a residência permanente no local, tratando-se de área de uso para lazer. Segundo o próprio apelado, a propriedade em questão "tem função social de lazer" (f. 72).

Evidente, no caso, o dano, não apenas já ocorrido, mas aquele permanente e constante, que ocorre inteiramente e a cada momento, poluindo as águas, e o decorrente de extração de vegetação nativa do local, em prejuízo do interesse/direito coletivo/público.

Veja-se, pois, que as normas anteriormente mencionadas encartam, em verdade,

disposições limitadoras do uso da propriedade e não a sua inviabilização. Assim é que o proprietário poderá manter as construções que se situarem dentro dos limites legais estabelecidos (observe-se que, hoje, a Resolução 302/2002 - Conama regula as edificações em área de preservação permanente e, ao fazê-lo, traz algumas normas que já constavam da Resolução 04/85).

Há de considerar, ainda, que a propriedade em referência possui área de 50.116,33 metros quadrados, e a área a ser preservada de modo permanente corresponde tão-somente a 5.729 metros quadrados (f. 153, resposta do perito ao quesito de número 5, formulado pelo Ministério Público). Em conclusão, respondendo acerca da possibilidade de edificação na dimensão apurada, afirma o perito, à f. 154, que "conforme mostrado no mapa em anexo, toda a faixa acima da linha dos 100 metros é passível de edificação".

Deve ser refutada a alegação do apelado, de que todas as provas constantes dos autos "não deixam parar qualquer dúvida quanto à inexistência de supressão da vegetação nativa" (f. 291). Ora, vegetação natural é a existente ao longo do leito do rio. Se, por qualquer motivo, já foi suprimida, deve ser recomposta. Ademais, conforme bem anotou a juíza sentenciante,

> como esclarece o perito, a função ambiental da constituição das APPs no entorno dos reservatórios de usinas hidrelétricas 'é de proteger, principalmente os recursos hídricos, a biodiversidade, como de resto o equilíbrio ambiental da área em questão (f. 284).

Ante as circunstâncias narradas, atente-se para a necessidade imperiosa de se garantir, face ao princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, a concreta aplicação do art. 225 da Constituição da República, segundo o qual

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

Conforme se sabe, tem-se conceitual e doutrinariamente a supremacia/prevalência/indisponibilidade do interesse público coletivo, distinto, em relação ao interesse privado (individual), este menor e oposto àquele.

Nesse aspecto, ressalte-se, também, que os ramos tradicionais do direito já vinham abordando a preocupação com o meio ambiente, em relação a ambos os direitos/interesses, público e privado, que vieram a desaguar, em conclusão, no disposto no § 1º do art. 1.228 do Código Civil, estabelecendo que o direito de propriedade individual/privado deve ceder ao interesse maior/coletivo e,

> ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Criou-se, pois, também, a função ambiental da propriedade, além da função social, podendo se estabelecer, então, a função socioambiental da propriedade que encontra respaldo anterior na Constituição da República, ao garantir o direito à propriedade, dispondo que tal deve atender e observar a conjugação indissociável dos princípios da propriedade privada, da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente (art. 5º, XXII, XXIII; art. 170, II, III, VI; e art. 225, *caput* e § 3º, da Constituição da República).

É no âmbito desse regramento jurídico que deve se dar o exercício do direito de propriedade, não podendo o seu titular exercê-lo com abuso e à margem das disposições legais acima transcritas.

Na hipótese, pois, cabe a aplicação das normas que determinam distanciamento mínimo entre as edificações e os lagos artificiais, visto que, quando da formação do lago, as edificações,

de acordo com o conjunto probatório que se tem, repise-se, ainda não estavam soerguidas.

No que se refere a eventual existência de dano moral coletivo, não se tem ele por configurado ante a ausência de comprovação dos elementos necessários à sua caracterização. Isso, se admitida fosse a sua aplicação.

O dano moral é ofensa a um direito da personalidade, devendo atingir a uma pessoa, que é, como se sabe, quem detém a titularidade de direitos da personalidade.

Assim, o dano moral, pelo seu próprio significado, recai sobre uma pessoa que, por alguma razão, teve um direito próprio da personalidade atingido.

Nesse sentido, o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. - Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido (REsp 598.281/MG; Relator para o acórdão Ministro Teori Albino Zavascki; data do julgamento: 02/05/2006; data da publicação: DJ de 01.06.2006, p.147).

Por isso, ante a dificuldade de sua real comprovação quando em discussão a afetação de direitos difusos, de titularidade indeterminada por natureza, não há que se falar em dano moral coletivo.

Com tais razões, dá-se provimento parcial ao recurso, determinando-se a demolição, no prazo de 120 dias a contar da publicação do acórdão, das edificações situadas dentro da faixa de cem metros da represa, desde o seu nível mais alto medido horizontalmente em faixa marginal, nos exatos termos do art. 2º, b, do Código Florestal c/c o inc. II do art. 3º da Resolução 4/85 do Conselho Nacional do Meio Ambiente.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* e *Armando Freire*.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL - DANO MORAL - CIRURGIA - MORTE - CULPA - MÉDICO - HOSPITAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - VALOR - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

Ementa: Ação de indenização. Responsabilidade médica. Responsabilidade hospitalar. Configuração da culpa.

- A responsabilidade médica não se limita apenas ao ato cirúrgico, mas estende-se à assistência pós-operatória, inclusive quanto à fiscalização de eventual orientação transmitida aos enfermeiros.

- A responsabilidade hospitalar objetiva limita-se aos serviços relacionados com o estabelecimento empresarial, ao passo que, em relação aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, a responsabilidade do hospital é subjetiva, baseada no vínculo de preposição.

- 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.

Primeira, segunda e terceira apelações parcialmente providas.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0105.02.061970-3/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelantes: 1os) Mônica Marques da Silva Neto e outro, 2os) Letícia Marques da Silva Neto, representada p/ mãe, e Fernando Antônio Teixeira Silva, 3ª) Somas Sociedade Médica de Administração e Serviços Ltda. - Apelados: os mesmos e outro, Paulo Henrique Bianchini - Relator: Des. ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 6 de fevereiro de 2007. - *Roberto Borges de Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela primeira apelante, a Dr.ª Ivone de Souza Madureira; pelo segundo apelante, o Dr. Reinaldo Ribeiro da Silva; e, pelo apelado, o Dr. Paulo Henrique Bianchini.

O Sr. Des. Roberto Borges de Oliveira - Cuida-se de apelação cível interposta por Mônica Marques da Silva Neto, Athos da Silva Neto, Letícia Marques da Silva Neto (primeiros), Fernando Antônio Teixeira Silva (segundo) e Somas - Sociedade Médica de Administração e Serviços Ltda. (terceira) contra sentença prolatada pelo Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, nos autos da ação ordinária de indenização por dano material c/c danos morais movida pelos primeiros em desfavor do segundo, da terceira e de Paulo Henrique Bianchini.

O MM. Juiz de Direito julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar os suplicados Somas - Sociedade Médica de Administração e Serviços Ltda. e Fernando Antônio Teixeira Silva a pagarem as seguintes verbas: I) pensão mensal correspondente a 3,4 salários mínimos, os quais serão atualizados com base na tabela da Corregedoria de Justiça, a partir do ajuizamento da ação, acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data da última citação (09.09.2002), sendo que o termo inicial do pagamento da pensão será o do dia do fato (31.03.98), e o final, em relação à viúva, Sr.ª Mônica Marques da Silva Neto, será a data em que a mesma completar 65 (sessenta e cinco) anos, e, em relação aos demais autores, filhos do falecido, será a data em que os mesmos atingirem 24 (vinte e quatro) anos, ocasião em que a pensão deverá ser revertida em favor da mãe viúva; e II) indenização por danos morais no valor de R$ 70.000,00 (setenta mil reais) a cada um dos autores, os quais serão atualizados com base na tabela da Corregedoria de Justiça, a partir da data do ajuizamento da ação, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da data da última citação (09.09.2002).

Determinou que fosse constituído capital, cuja renda assegure o cabal cumprimento da obrigação, e, em relação ao suplicado Paulo Henrique Bianchini, julgou improcedente o pedido.

Tendo em vista a sucumbência recíproca, condenou as partes no pagamento das custas processuais na proporção de 20% (vinte por cento) para os autores e 80% (oitenta por cento) para os suplicados Somas - Sociedade Médica de Administração e Serviços Ltda. e Fernando Antônio Teixeira Silva. Os dois últimos também foram condenados no pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono dos autores, no valor de 10% (dez por cento) sobre a condenação, e os autores foram condenados a pagar ao advogado do suplicado Paulo Henrique Bianchini honorários de R$ 2.000,00 (dois mil reais), observada a gratuidade judiciária.

O suplicado Fernando Antônio Teixeira Silva opôs embargos declaratórios (f. 328/332), os quais foram rejeitados, conforme decisão de f. 334.

Inconformados, os primeiros apelantes se insurgem contra a sentença (f. 336/346),

aduzindo que, em relação ao suplicado Paulo Henrique Bianchini, médico que realizou a cirurgia na vítima Ailton Pereira Neto, o pedido não poderia ter sido julgado improcedente, pois o mesmo, no dia da operação, não reunia condições psicológicas para a realização do ato, fazendo-o sem as devidas cautelas.

Dizem que, como médico experiente, o Dr. Paulo Henrique Bianchini deveria saber que, após a cirurgia realizada (septoplastia nasal), haveria sangramento, mesmo com o tampão colocado, sangue este que vazaria pelo nariz e garganta, causando o sufocamento do paciente.

Afirmam que a morte se deu por asfixia, pois o Sr. Ailton ainda não tinha se recuperado da anestesia geral, ou seja, não estava consciente quando foi levado para o quarto, local onde ficou abandonado pelos médicos, com assistência apenas de sua esposa, que não recebeu qualquer instrução.

Insurgem-se também contra o valor da condenação referente aos danos morais, pois entendem que o mesmo deverá ser de 1.000 (mil) salários mínimos, e pedem o provimento do recurso, majorando os honorários advocatícios para 20% (vinte por cento).

O segundo apelante apresentou apelação (f. 349/359), afirmando que o documento de f. 121 é insuficiente para demonstrar que foi negligente em deixar de efetuar o acompanhamento adequado para liberação do paciente após o ato cirúrgico.

Sustenta que o documento de f. 45, ficha anestésica, demonstra que o paciente somente foi liberado após ter respondido satisfatoriamente a todas as solicitações verbais, donde se conclui que o mesmo possuía todos os reflexos protetores de vias aéreas, ou seja, em caso de vômito, ele não aspiraria para o pulmão o conteúdo regurgitado.

Aponta que o auto de corpo de delito elaborado por médicos da Delegacia Regional de Polícia de Teófilo Otoni é enfático ao concluir que a morte se deu por causa acidental indeterminada.

Entende que o paciente possuía uma de suas coronárias com obstrução prévia importante, o que sugere fibrilação verticular como causa básica da sua parada cardíaca.

Assevera que é vedada a transformação da indenização em salários mínimos, como fez o Magistrado *a quo*.

Menciona que a viúva se encontra grávida e possivelmente casada com outro homem, devendo a data de seu casamento ou união estável ser considerada como termo final de seu pensionamento.

Pede a redução da verba arbitrada a título de danos morais e diz que a aplicação da correção monetária e juros somente pode dar-se a partir da confirmação da sentença, e não da distribuição da ação.

Por fim, afirma que os honorários advocatícios e as custas processuais não foram divididas na exata proporção da sucumbência de cada parte.

A terceira apelante apresentou recurso (f. 363/370), alegando que a sua responsabilidade só será objetiva quando o evento danoso decorrer de defeito na prestação do serviço, sendo indispensável a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

E entende que a morte do pai e esposo dos apelados não decorreu de defeito na prestação do serviço, mas sim das condições próprias da frágil natureza humana.

Prequestiona o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e afirma a necessidade de que o prequestionamento seja feito de forma explícita.

Por fim, pede a redução da indenização imposta a título de danos morais.

Todos os recursos foram contra-arrazoados (f. 373/381, 382/388, 397/403, 407-A/409 e 411/414), oportunidade em que atacaram os fundamentos expostos pelas partes adversas.

O i. Procurador-Geral de Justiça emitiu seu parecer, opinando pelo provimento parcial da 1ª e 2ª apelações e pelo desprovimento do 3º recurso.

Conheço dos recursos.

Primeira apelação.

É sabido que a responsabilidade civil, no direito pátrio, repousa em três pressupostos: a) o dano suportado pelo pretendente à indenização; b) o ato culposo do agente; c) o nexo causal entre o dano objeto de ressarcimento e a conduta culposa daquele a quem se atribui a responsabilidade.

De acordo com a prova produzida nos autos, o Sr. Ailton, contando com apenas 35 (trinta e cinco) anos de idade e boa saúde, submeteu-se a exames pré-operatórios, os quais o habilitaram para a realização de uma septoplastia nasal, cirurgia esta que não é considerada de alto risco.

A cirurgia transcorreu dentro da normalidade, tendo o paciente sido transferido para o quarto, após a suposta autorização do médico anestesista.

Ocorre que, a partir daí, o Sr. Ailton não obteve dos médicos, tanto do cirurgião (Dr. Paulo Henrique Bianchini), quanto do anestesista (Dr. Fernando Antônio Teixeira Silva), o acompanhamento e cuidados necessários. Em conseqüência, sofreu uma parada cardiorrespiratória, decorrente de asfixia, gerada pelo sangramento nasal interno havido quando o paciente ainda não estava com seu sentidos e reflexos restabelecidos e, portanto, incapaz de deglutir ou cuspir o sangue.

É o que explica o anestesista e segundo apelante, Dr. Fernando Antônio Teixeira Silva, no depoimento prestado às f. 222/223:

> que após o sucesso da cirurgia há possibilidade de ocorrer sangramento, mesmo com tamponamento; que, em havendo o sangramento, ou o paciente deglute ou cospe o sangue; que se o paciente não estiver com os reflexos restabelecidos pode ocorrer uma broncoaspiração; que referida broncoaspiração poderia levar a uma parada cardiorrespiratória.

No mesmo sentido, o depoimento prestado por Fernando Viganor (f. 264), que foi quem levou o corpo da vítima a Teófilo Otoni para realização da necropsia: “que os médicos (que fizeram a necropsia) informaram ao depoente que a *causa mortis* foi a asfixia” (acrescentamos o parêntese).

Nesse ponto, deve ser destacado que a responsabilidade do médico cirurgião não se limita apenas ao ato cirúrgico, que, aliás, ocorreu dentro da normalidade, mas estende-se, também, à assistência pós-operatória, inclusive quanto à fiscalização de eventual orientação transmitida aos enfermeiros.

Contudo, de acordo com o depoimento do próprio médico apelado (f. 221), após a cirurgia, ele retirou-se do hospital, sendo que o paciente ficou aos cuidados da sua esposa - pessoa leiga quanto a procedimentos médicos - e possivelmente de Neuza Gomes, a qual não se sabe, ao menos, se é enfermeira ou técnica em enfermagem.

Nessa linha, deve o cirurgião apelado responder solidariamente com os demais suplicados pela condenação imposta.

Quanto aos danos morais, não há que se falar na sua majoração, haja vista que os mesmos já foram fixados até em excesso, conforme será analisado quando do julgamento da segunda apelação.

Também não há que se falar na elevação do percentual da verba honorária, pois que já foi aplicada dentro dos parâmetros previstos no § 3º do art. 20 do CPC, sendo suficiente para remunerar o trabalho realizado pelo patrono dos primeiros apelantes.

Dou parcial provimento ao recurso, apenas para condenar o apelado Paulo Henrique Bianchini solidariamente no pagamento da indenização aos primeiros apelantes.

Custas recursais à razão de 50% (cinqüenta por cento) para cada parte, observada, em relação aos primeiros apelantes, a gratuidade judiciária.

Segunda apelação.

Após a realização da cirurgia, o Sr. Ailton foi encaminhado para a sala de recuperação pré-anestésica, ali permanecendo até que estivesse supostamente em condições de dirigir-se ao quarto.

Contudo, embora conste do documento de f. 45 que o paciente se encontrava "lúcido" no pós-operatório imediato e, portanto, apto para ser levado ao quarto, tal informação não condiz com a realidade, haja vista que o Sr. Ailton veio a sofrer asfixia, por não conseguir deglutir ou cuspir o sangue que escorria do tamponamento, o que demonstra que o mesmo ainda não estava com todos os seus sentidos e reflexos restabelecidos.

Tal fato poderia ter sido evitado se, mesmo sendo levado ao quarto, o paciente tivesse recebido a devida assistência no pós-operatório mediato.

A tese do apelante de que a parada cardiorrespiratória se deu porque o paciente possuía uma de suas coronárias com obstrução prévia não pode prosperar.

Primeiro, porque, de acordo com o próprio apelante (f. 81), os exames pré-operatórios foram todos compatíveis com o procedimento a ser realizado, não acusando qualquer deformidade coronária.

Em segundo lugar, porque, de acordo com o laudo do Instituto Médico Legal (f. 58), "o miocárdio examinado mostra-se com células íntegras, sem sinais morfológicos diagnósticos de necrose ou infarto".

Desta forma, não há como se excluir a responsabilidade do segundo apelante.

Não há que se falar na reforma da sentença para que a condenação relativa aos danos materiais seja desvinculada do salário mínimo, pois não houve a suposta vinculação.

Na verdade, o Magistrado *a quo*, em sua fundamentação, fixou o pensionamento mensal no valor de R$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais), valor este que equivale a 2/3 (dois terços) da remuneração do pai e esposo falecido, ou 3,4 (três vírgula quatro) salários mínimos vigentes à época, *in verbis*:

> A remuneração do dano material deve ser realizada na forma de pensionamento, sendo calculada à base de 2/3 da remuneração da vítima, visto que 1/3 desse valor seria considerado como mínimo para a sobrevivência ou manutenção daquela, chegando-se a um montante de R$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais), equivalentes a 3,4 salários mínimos vigentes à época (f. 323).

Assim, embora na parte dispositiva da sentença tenha constado, por erro material, que a indenização seria de 3,4 salários mínimos, da interpretação do *decisum* conclui-se que a pensão mensal será de R$678,00 (seiscentos e setenta e oito reais), acrescida das devidas correções.

A alegação do segundo apelante de que a viúva se encontra possivelmente casada com outro homem, não fazendo jus ao recebimento da pensão mensal, está absolutamente desprovida de provas que a amparem, razão pela qual não há como ser considerada para o fim pretendido.

Quanto ao valor arbitrado a título de danos morais, entendo que assiste razão ao segundo apelante.

É cediço que a reparação do dano moral, tal como capitulada no texto constitucional, não encontra estimativa nem critérios objetivos adequados na lei, para fixação de seu valor pecuniário, e cada caso deve ser sopesado pelo julgador.

O valor da reparação não deve constituir enriquecimento sem causa aos apelados, mas deverá ser desestímulo à repetição da conduta danosa dos suplicados. O arbitramento deve ocorrer com moderação, considerando-se o grau de culpa, as condições econômico-financeiras

das partes, devendo satisfazer o anseio da justiça do ofendido, sem causar prejuízos ao ofensor.

É entendimento deste egrégio Tribunal:

> Para fixação dos danos morais devem-se levar em conta as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento, devendo-se ainda considerar o caráter repressivo e pedagógico da reparação, além de se propiciar à vítima uma satisfação, sem caracterizar enriquecimento ilícito (Apelação Cível nº 331.563-1, Comarca de Belo Horizonte-MG, Terceira Câmara Cível, Relatora Juíza Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. em 28.03.2001, unânime).

No caso em apreço, considerando a capacidade econômica dos suplicados e suplicantes, bem como o grau de sua culpa, o valor de R$70.000,00 (setenta mil reais) para cada autor, arbitrado pelo Juiz sentenciante, mostra-se excessivo, visto que equivale a 350 (trezentos e cinqüenta) salários mínimos vigentes à época do ajuizamento da ação (06.08.2002 - contracapa) - termo fixado na sentença para início da contagem da correção monetária.

Assim sendo, entendo razoável o valor de R$20.000,00 (vinte mil reais), para cada um dos filhos e esposa, que corresponde a 100 (cem) salários mínimos vigentes à época do ajuizamento, tendo em vista ser este o termo *a quo*, fixado pelo Juiz primevo, para incidência de correção monetária, sem que houvesse qualquer recurso dessa parte pelos interessados.

Não há como fixar a aplicação da correção monetária e dos juros moratórios a partir da confirmação da sentença, uma vez que, nos casos de ato ilícito - como na hipótese ora analisada -, a correção monetária flui a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 43 do colendo STJ, senão, vejamos: “Incide correção monetária sobre a dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”.

Contudo, como não houve recurso contra essa parte da sentença pelos interessados, deve prevalecer a decisão de 1º grau que fixou como termos iniciais da contagem da correção monetária e dos juros, respectivamente, o ajuizamento da ação e a data da última citação (f. 325).

Por fim, entendo que a sentença *a qua* dividiu as custas processuais e honorários advocatícios na medida da sucumbência de cada parte, devendo tais valores ser mantidos.

Isso porque a postulação do valor, constante na inicial, a título de indenização por danos morais, tem caráter meramente estimativo, não havendo de ser entendida como pedido certo. E, em relação aos danos materiais, os apelados sucumbiram apenas no que diz respeito ao *quantum* indenizatório.

Dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a indenização por danos morais para o valor de R$20.000,00 (vinte mil reais) para cada um dos autores.

Custas recursais à razão de 50% (cinqüenta por cento) para cada parte, suspensas, em relação aos apelados, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Terceira apelação.

A responsabilidade do hospital é objetiva e submete-se ao disposto no art. 14, CDC, apenas quando há referência ao fornecimento de serviço afeto à própria atividade empresarial hospitalar, tais como sala de cirurgia, medicamentos, serviços auxiliares, entre outros, o que não é o caso dos autos.

Na espécie em julgamento, os médicos cirurgião e anestesista que atenderam o Sr. Ailton se encontram na relação do corpo clínico do hospital, uma vez que não há provas do contrário.

E o fato de os médicos integrarem o corpo clínico do hospital gera, por si só, a responsabilidade solidária deste último pelos atos praticados por aqueles.

Se, por um lado, os médicos adquirem maior confiança de seus pacientes em virtude de integrarem o corpo clínico de hospital de boa

reputação, por outro, o hospital necessita de que estes o integrem para se manter em funcionamento, pois é por meio do trabalho por eles realizado que obtém o lucro oriundo de internações, utilização de materiais, exames, entre outros.

Ademais, ao ser atendido por médico pertencente aos quadros de determinado hospital, o paciente está confiando na seriedade, experiência e reputação da casa de saúde, que selecionou profissionais competentes para atuar nas suas dependências.

Nesse contexto, cabe salientar a abalizada doutrina de Ruy Rosado de Aguiar, para quem, em casos tais, incide, também, a regra prevista no art. 1.521, III, do CC/1916, vigente à época dos fatos:

> ... em relação aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo assalariados, é preciso distinguir: se o paciente procurou o hospital e ali foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde o hospital pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este; se o doente procura o médico e este o encaminha à baixa no hospital, o contrato é com o médico, e o hospital não responde pela culpa deste, embora do seu quadro, mas apenas pela má prestação dos serviços que lhe são afetos. A responsabilidade pela ação do integrante do corpo clínico, na situação primeiramente referida, explica-se porque a responsabilidade por ato de outro, prevista no art. 1.521, III, do Código Civil (...) abrange também aquelas situações em que não existe uma relação de emprego, bastando que a pessoa jurídica utilize serviços de outra através de uma relação que gere estado de subordinação. É o caso do hospital, que, para seu funcionamento, necessita do serviço do médico, o qual, por sua vez, fica subordinado, como membro do corpo clínico, aos regulamentos da instituição (*Responsabilidade civil do médico*. Direito e Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 153).

Como analisado anteriormente, a morte do Sr. Ailton decorreu de conduta negligente, que poderia ter sido evitada se os médicos cirurgião e anestesista que o atenderam durante a realização da septoplastia nasal, no hospital apelante, tivessem feito o devido acompanhamento e tomado os cuidados necessários no pós-operatório.

Impõe-se, por conseguinte, reconhecer a responsabilidade do hospital por ato de seus prepostos, que praticaram ato ilícito.

A este respeito, em recente julgado, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

> Civil. Indenização. Morte. Culpa. Médicos. Afastamento. Condenação. Hospital. Responsabilidade objetiva. Impossibilidade.
> 1 - A responsabilidade dos hospitais no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio é subjetiva, depende da comprovação da culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1.521, III, e 1.545 do Código Civil de 1916, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem como a Súmula 341, STF ('É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto').
> 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.
> 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviço, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estada do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (exames, enfermagem, radiologia) etc., e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).
> 4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido inicial (REsp nº 258.389/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* de 22.08.2005, p. 275).

O pedido de redução da indenização fixada a título de danos morais já foi analisado e provido quando do julgamento da segunda apelação.

Dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a condenação imposta a título de danos morais, nos termos do voto proferido na segunda apelação.

Custas recursais, à razão de 80% (oitenta por cento), pelo terceiro apelante, e 20% (vinte por cento), pelos autores, suspensas em relação a estes últimos, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

O Sr. Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade - De acordo.

O Sr. Des. Pereira da Silva - De acordo.

Súmula: DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

-:::-

AÇÃO DE COBRANÇA - INDENIZAÇÃO - SEGURO DE VIDA - SUICÍDIO - PREMEDITAÇÃO - MÁ-FÉ - PROVA - AUSÊNCIA - DOENÇA PREEXISTENTE - EXAME MÉDICO - AVALIAÇÃO PRÉVIA - NÃO-OCORRÊNCIA - COBERTURA - OBRIGATORIEDADE

Ementa: Ação de cobrança. Seguro. Suicídio. Doença preexistente. Recusa de cobertura. Exame prévio não realizado. Má-fé do segurado. Ausência de comprovação.

- A jurisprudência majoritária vem entendendo que a seguradora, para se resguardar, deve realizar exames prévios nos segurados e, para eximir-se do pagamento da indenização securitária, alegando má-fé, deve comprovar sua ocorrência, sob pena de ser obrigada ao pagamento do valor do seguro contratado.

- É da seguradora o ônus de prova de que o suicídio praticado pelo segurado foi premeditado. Não havendo prova nesse sentido, prevalece a presunção de que o suicídio não foi premeditado, principalmente se nos autos existem indícios de que a segurada apresentava quadro de alcoolismo e distúrbio psiquiátrico.

Apelação não provida.

APELAÇÃO CÍVEL N° 2.0000.00.479174-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Metropolitan Life Seguros e Previdência Privada S.A. - Apelado: Vítor Duarte Koch, representado pelo pai - Relator: Des. PEREIRA DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de março de 2007. - *Pereira da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Pereira da Silva - Trata-se de recurso de apelação interposto por Metropolitan Life Seguros e Previdência Privada S.A. contra a decisão proferida pelo MM. Juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Vítor Duarte Koch, representado por seu pai.

Adoto o relatório da sentença (f. 318/334), acrescentando que o ilustre Magistrado julgou procedente o pedido, para condenar a ré a pagar ao autor a importância de R$210.108,94 (duzentos e dez mil, cento e oito reais e noventa e quatro centavos), com correção monetária desde o sinistro e juros de mora de 1% ao mês, contados da citação.

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação às f. 337/361, afirmando que a mãe do ora apelado teve um vínculo com a seguradora de apenas três anos, e não de sete anos, como afirmou o MM. Juiz, em sua sentença.

Sustenta ter havido omissão da segurada quanto às informações de seu real estado de saúde no momento da contratação do seguro, o que seria caso de exclusão de cobertura da apólice com base no art. 1.444 do Código Civil de 1916.

Assevera que a segurada já havia sido internada por diversas vezes em hospitais e clínicas para dependentes de álcool e distúrbios psíquicos desde 1993, tratamento em que se constatou sua doença, razão pela qual entende que há nexo causal entre a doença e o mal que a vitimou.

Afirma que a segurada, quando da contratação do seguro, no ano de 1997, respondeu na declaração de saúde e atividade que não era portadora de moléstia que a obrigou a consultar médicos, fazer exames ou tomar remédios periodicamente e que não foi submetida a tratamento médico em regime hospitalar.

Alega que, quando ocorreu o sinistro, o pagamento do prêmio encontrava-se em mora, estando suspensa, portanto, a cobertura do seguro.

O apelado apresentou contra-razões, às f. 365/374, requerendo a manutenção da sentença.

O douto Procurador de Justiça apresentou parecer às f. 386/392, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Este, o breve relatório.

Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo, estando preenchidos os demais requisitos de admissibilidade. Passo à análise das razões recursais.

Entendo, *data venia*, não assistir razão ao apelante, devendo ser mantida a excelente sentença, da lavra de um dos mais conceituados magistrados da nova geração em exercício no foro da Capital.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a sentença foi proferida de forma justa e humanitária, segundo os ditames legais.

A meu ver, o MM. Juiz não julgou apenas com o coração, mas utilizou-se de sensibilidade para decidir questão tão tormentosa, utilizando-se das normas e princípios inseridos no ordenamento jurídico pátrio.

O pai do ora apelado ajuizou a presente ação com o objetivo de receber o valor relativo ao seguro de vida contratado pela mãe do citado apelado, em razão do óbito dela, ocorrido em data de 15.05.2000.

Analiso primeiramente a alegação de mora da segurada, que teria levado à suspensão automática do contrato.

As cláusulas 4 e 5 do contrato firmado entre as partes dispõem que o atraso no pagamento do prêmio acarretaria a exclusão automática do segurado da apólice.

Há evidente abuso em tais cláusulas, pois o simples atraso no pagamento das parcelas gera o direito de exclusão da apólice, não havendo a previsão de interpelação do segurado, pois a mesma ocorreria de forma automática.

Essa previsão viola disposições do Código de Defesa do Consumidor, acarretando grande disparidade entre os contratantes. Tal situação exige a interpelação do segurado a respeito da mora, para que o mesmo, no prazo estipulado, pudesse efetuar o pagamento do valor devido.

Este, o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Processo civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Prequestionamento. Responsabilidade civil. Seguro. Atraso no pagamento do prêmio. Caracterizacão. Mora. Suspensão ou cancelamento. Impossibilidade. Necessidade de prévia interpelação.

> 1. É inadmissível o recurso especial quando a questão federal suscitada não foi debatida no acórdão recorrido, ainda que opostos os embargos de declaração. Ausência de prequestionamento (Súmulas 282 do STF e 211 do STJ).
> 2. É nula a cláusula contratual que prevê o cancelamento automático da apólice securitária pelo mero atraso no pagamento, sendo indispensável prévia interpelação do segurado, porquanto não caracterizada, por si só, a mora. Precedentes.
> 3. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag 721.420/GO, Relator Ministro Barros Monteiro).

O art. 51 do CDC assim dispõe, em seu inciso IV:

> São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)
> IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade.

Assim, as disposições contidas nas cláusulas 4 e 5 do contrato devem ser consideradas abusivas, por não terem sido elaboradas de acordo com o princípio da boa-fé, expressamente previsto no inciso III do art. 4º do CDC.

Ademais, no presente caso, a parcela vencida em 05.03.2000 foi paga em 04.04.2000, ou seja, dentro do prazo de 60 dias estabelecido contratualmente (f. 29).

Portanto, não há que se falar em justa recusa do pagamento da indenização por atraso no pagamento do prêmio pela segurada, pelo fato de estar ainda dentro do período pactuado.

Cabe, agora, a análise do direito ao recebimento da indenização securitária *in casu*.

A ora apelante negou-se a pagar a indenização ao ora apelado sob a alegação de que a segurada omitiu seu estado de saúde ao contratar o seguro, sendo que sua morte possuiu relação causal com sua enfermidade anterior.

A Súmula 61 do colendo STJ assim enuncia: "o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado".

Por sua vez, a Súmula 105 do STF está assim redigida: "Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro".

O Código Civil vigente à época da prolação da sentença também faz essa distinção, ao proclamar, em seu art. 1.440, que:

> A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes.
> Parágrafo único. Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo.

Logo, somente a chamada "morte voluntária", seja "a recebida em duelo", seja a decorrente de suicídio premeditado, não estará acobertada pelo seguro. A proveniente de suicídio não premeditado deve ser acobertada.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, de forma reiterada, vem decidindo neste sentido:

> O suicídio não premeditado equipara-se ao acidente, tendo a segurada o direito de receber a indenização correspondente à morte acidental. Precedentes. Recurso conhecido em parte e provido (REsp 304 286/SP - *DJU* de 06.05.2002 - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Acerca do assunto, ensina o emérito Pedro Alvim em sua obra *O Contrato de Seguro* (Forense, 1999, p. 236) que:

> Nem todo suicídio é voluntário ou consciente. Pode originar-se de um estado mórbido do segurado, em que sua decisão de auto-eliminar-se perde as características de um ato premeditado para configurar-se num caso fortuito ou de força maior. Ora, quando isto acontece, será vinculada a responsabilidade do segurador, pois o risco se apresenta com as suas peculiaridades de fato aleatório.
> Diz-se, então, que o suicídio involuntário, inconsciente ou não-premeditado está coberto normalmente pelo contrato de seguro de vida. A morte do segurado resulta de uma fatalidade; o indivíduo não a quis, obedeceu a

> forças irresistíveis, como acentua Clóvis Beviláqua.

Resta, então, agora, já no campo das provas, averiguar todas as circunstâncias do ato praticado (suicídio), para que se possa precisar a sua natureza: se premeditado ou não.

Induvidoso que bastante delicada se mostra a análise de tais provas diante de seu caráter claramente indiciário. Premissa básica, então, para a adequada solução, é a apreensão acerca dos elementos característicos de um e de outro tipo de suicídio.

Não se pode negar, pelo menos na nossa sociedade, que o suicídio, em qualquer de suas modalidades, resulta de certo desequilíbrio mental, extraordinário ou não.

O já magistral Pedro Alvim, na obra antes citada, ao tratar sobre a questão, vale-se da lição de Olavo Andrade, para quem:

> o suicídio é resultado do desequilíbrio mental que torna involuntário o ato; é o resultado quase sempre fatal de influências várias; é a manifestação extrínseca de fenômenos que escapam ordinariamente à observação; o suicida comete sempre o ato em um estado de perturbação mental extraordinária, pois o instituto de preservação da vida é uma lei demasiadamente profunda para o móvel ou a força que o domine não seja também resultado de profunda perturbação.

No entanto, ainda que de fato o suicídio remonte a um certo transtorno psíquico do suicida, há casos em que, mesmo se considerando tal transtorno mental, pode averiguar-se que aquele tinha consciência do resultado de seu ato e vontade de praticá-lo. Estava, pois, no seu "juízo normal".

A importância do tratamento diferenciado, outorgado pelo nosso ordenamento legal ao suicídio, remonta à preservação da própria vida, na medida em que deixa de atribuir efeitos patrimoniais, decorrentes de possível contrato de seguro, nos casos em que o suicídio seja resultante da vontade consciente do finado. Com bem lembrou o festejado Pedro Alvim:

> ... a observação comprova a existência de suicídios conscientes, premeditados com requintes que atestam a sanidade mental do indivíduo. A história está repleta de exemplos dessa natureza, envolvendo pessoas de prestígio no meio social ou político (ob. cit., p. 238).

Lembra ele, ainda, que perigosa se mostraria a opção de autorizar indenização, nas hipóteses de suicídio premeditado. Isso porque aí:

> o seguro se transformaria num estímulo às próprias causas apontadas e poderia induzir ao suicídio até mesmo indivíduos não portadores de impulsos mórbidos quando acossados pela adversidade (ob. cit., p. 238).

Impõe-se, portanto, que sejam aqui analisadas as circunstâncias que permearam o suicídio da segurada, para que se possa averiguar se estava, ou não, no seu "juízo normal", no gozo regular de suas faculdades mentais, quando optou por tomar a drástica decisão de se matar.

O documento de f. 257 informa que a segurada foi internada por diversas vezes até a data de 12.12.1999. A situação precária de saúde dela à época era evidente, não havendo discussão a esse respeito, diante da análise dos documentos juntados aos autos.

Entretanto, o que se discute no presente caso é a premeditação do suicídio e a má-fé da segurada, ao prestar informações à seguradora quando da contratação do seguro.

Nesse diapasão, inicialmente merece vir à baila a segura lição do festejado mestre Clóvis Beviláqua, ao comentar o preceito legal inserido no art. 1.443 do Código Civil, de 1916:

> O seguro é um contrato de boa-fé. Aliás, todos os contratos devem ser de boa-fé. No seguro, porém, esse requisito se exige com maior energia, porque é indispensável que as partes confiem nos dizeres uma das outra. Pela mesma razão, é posto, em relevo, no seguro, o dever comum de dizer-se a verdade. A sanção deste artigo é a anulação do

contrato, por parte daquele que for induzido em erro, e mais o que dispõe o artigo seguinte (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Editora Rio, 1979, p. 573).

Assim, a boa-fé é da essência do contrato de seguro, razão pela qual, agindo o segurado contrariamente a tal princípio, evidenciando sua má-fé, sofrerá, por via de conseqüência, a anulação da avença celebrada sem qualquer direito ao pagamento do capital segurado.

Por sua vez, caso a seguradora pretendesse cercar o contrato das necessárias segurança e transparência, deveria providenciar um exame prévio do proponente e, na conformidade do seu resultado, dar-lhe pleno conhecimento das limitações, específica e explicitamente, por escrito.

O que não pode é pretender estabelecer limitações nas "condições gerais", que, por genéricas, são vagas, mormente em face do Código de Defesa do Consumidor, que prevê ser essencial que as obrigações do consumidor contratante venham expressas e detalhadas, não o submetendo a um imponderável contratual.

À apelante, que detém o poderio econômico aliado à técnica na elaboração e venda do seguro com previsão de todo o espectro de conseqüências, competiria, antes da celebração, investigar, por intermédio de exame médico, se a segurada era portadora de alguma doença.

Aliás, examinada e inquirida por um profissional da Medicina, certamente revelaria, caso existentes, os males passados e presentes. Mas, acentue-se, a simples aposição de uma marca na proposta de seguro sobre um "sim" ou um "não" a questões impressas sobre a saúde pregressa do segurado não se mostra um expediente correto para se aferir preexistência de qualquer moléstia.

Sobre o tema, abundante a jurisprudência pátria:

Processual civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ausência de ofensa ao art. 535 do CPC. Inépcia. Inicial. Descrição suficiente dos fatos. Legitimidade. Súmula 7. Seguro-saúde. Doença preexistente. Recusa de cobertura. Exame prévio ou má-fé do segurado.
- Não há ofensa ao art. 535 do CPC se, embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou todas as questões pertinentes.
- Não é inepta a petição inicial que descreve os fatos e os fundamentos do pedido, ensejando ao réu exercício de sua defesa. Precedentes.
- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.
- É ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro, se a seguradora não submeteu o segurado a prévio exame de saúde e não comprovou má-fé (STJ, AgRg no Ag 777.211/MG, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros).

Ementa: Ação ordinária de cobrança. Inadimplemento contratual da seguradora. Alegação de excludente e de agravamento dos riscos incomprovada. Pedidos iniciais julgados procedentes.
- Em não sendo comprovada a hipótese de risco excluído, ou quiçá o agravamento dos riscos, cujo ônus da prova compete à seguradora, a teor do art. 333, II, do CPC e nos moldes do art. 1.454 do CC/16, não há como negar a indenização securitária decorrente de óbito, que encontrava em abstrato cobertura na apólice (TAMG, AC 431.227-2, Relator: Juiz Domingos Coelho).

No mesmo sentido, os mestres Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam a respeito do tema em comento:

O tema agitado nos autos se entende com o disposto nos CC/1916, 1.443 e 1.444 [CC 765 e 766], que exigem boa-fé do segurado na contratação do seguro, sob pena de perda da indenização.
In casu, o segurado se encontrava em tratamento de saúde, todavia isso não significa que conhecesse a gravidade e, menos ainda, a letalidade da moléstia.
O contrato firmado - que foi proposto ao segurado não tendo este procurado a seguradora - é anterior ao conhecimento da doença pelo segurado.
Deste modo, não se pode afirmar a má-fé do segurado, que estaria caracterizada apenas

> com a prova da celebração de contrato de seguro com omissão de doença grave e se comprovado que o segurado tivesse ciência inequívoca de risco iminente.
> Não demonstrado esse objetivo específico e sem outras provas nesse sentido, não fica afastada a boa-fé. Nessa linha interpretativa dos contratos da espécie, corre jurisprudência iterativa, sob o argumento de que, dispensando o exame médico prévio, a seguradora assume o risco (*RT* 734/442, 702/108, 618/95, 567/213, 540/207).
>
> Estando o contrato sujeito às regras do CDC, em caso de dúvida, resolve-se em seu favor. Sem a prova cabal da má-fé, prevalece a obrigação de indenizar (2º TACivSP, 10ª Câmara, Ap 607.422-0/2, Rel. Juiz Nestor Duarte, v.u., j. em 22.08.2001). Em mesmo sentido: 2º TACivSP, 10ª Câmara, Ap. 606.969-0/7, Rel. Juiz Nestor Duarte, v.u., j. em 22.08.2001 (*Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 453/454).

No caso em comento, a seguradora não se desincumbiu do ônus de comprovar que a segurada premeditou o suicídio, agindo de má-fé ao contratar o seguro, para que seu filho recebesse a indenização após a sua morte.

Compulsando os autos, verifica-se que a segurada se encontrava com a saúde mental bastante debilitada, não sendo crível que ela tenha agido deliberadamente, já que estava acometida de distúrbios psíquicos.

Este Tribunal de Justiça, ainda recentemente, decidiu caso semelhante. Segue ementa do acórdão (AC 1.0702.02.036.594-7/001, Relator: Des. Antônio Sérvulo):

> Ementa: Embargos à execução. Seguro de vida. Suicídio. Cláusula contratual que exclui cobertura. Não-aplicação. Ato não premeditado. Ausência de má-fé.
> - É devido o pagamento da cobertura do seguro de vida ao beneficiário do segurado que, apresentando quadro de depressão, atenta contra a própria vida, visto que a atitude não partiu de um juízo consciente e não teve a intenção de obter vantagem econômica em razão do contrato celebrado.

Dessarte, não tendo sido comprovada a má-fé da segurada, tenho como devido o pagamento da indenização securitária contratada no valor arbitrado na sentença.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a bem-lançada sentença, da lavra do operoso Juiz André Leite Praça.

Custas recursais, na forma da lei, pelo apelante.

A Sr.ª Des.ª Evangelina Castilho Duarte - Peço vênia ao ilustre Desembargador Relator para acrescentar algumas considerações ao seu douto voto.

Pertinente a redução dos honorários advocatícios, saliente-se que, para fixar o valor da verba honorária, o juiz deve levar em conta o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo despendido para o serviço.

Saliente-se que, havendo condenação, o juiz deverá atentar para o comando insculpido no art. 20, § 3º, CPC, que determina que o percentual deve incidir sobre o valor da condenação.

Desse modo, é adequada a fixação dos honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação, tendo em vista o relativo grau de complexidade da demanda, observando que tal verba remunera com dignidade o trabalho desempenhado pelo patrono do apelado.

Acompanho, quanto ao mais, o voto proferido pelo Desembargador Relator.

O Sr. Des. Roberto Borges de Oliveira - Acompanho o voto da em. Revisora.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - CADASTRO DE INADIMPLENTES - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA DE NOME - DÍVIDA PAGA - DANO MORAL - VALOR - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO

Ementa: Apelação cível. Inscrição indevida de nome de consumidor em órgão de restrição de crédito. Serasa. Dívida paga. *Quantum* da indenização. Majoração. Provimento parcial.

- O valor do dano moral deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva. Assim, no que se refere ao valor a ser arbitrado a título de danos morais, embora inexistam parâmetros legais, é de se dizer que este deve corresponder à gravidade objetiva do fato e do seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da apelante e dos autores da ofensa. Na espécie em tela, examinando a natureza e extensão do dano, bem como as condições socioeconômicas dos ofensores e da ofendida, entendo que a indenização fixada na primeira instância não é capaz de compensar a dor sofrida pela apelante e, pedagogicamente, influir na prevenção de novo ato lesivo, fazendo-se necessária, dentro dos norteadores da razoabilidade, a majoração do *quantum* indenizatório, sem, contudo, que ele reste irrisório ou se converta em móvel de captação de lucro.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.06.006321-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Karine Miranda Júlio - Apelados: Feedback Cobrança Brasil Ltda., Ideal Invest S.A. - Relator: Des. FERNANDO STARLING

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de março de 2007. - *Fernando Starling* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Fernando Starling - Karine Miranda Júlio, irresignada com a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 17ª Vara Cível da Comarca da Capital (f. 85/92-TJ), nos autos da ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais com pedido de antecipação de tutela, proposta pela apelante em face de Ideal Invest S.A. e Feedback Cobrança Brasil Ltda., que condenou as apeladas a providenciar a retirada de seu nome dos registros da Serasa e a indenizar-lhe, solidariamente, a título de dano moral no importe de R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), interpõe recurso de apelação.

Em sua fundamentação, o MM Juiz *a quo* julgou procedente o pedido formulado pela ora apelante, uma vez que esta apresentou recibo de quitação da dívida objeto do litígio e as ora apeladas não desmentiram o efetivado pagamento, tampouco indicaram a pendência de outros débitos.

Ressalta estar incontroverso que efetivamente ocorreu a inscrição do nome da ora apelante no cadastro de proteção ao crédito, Serasa, mesmo após a efetiva quitação da dívida, o que gerou a presunção do dano moral e a condenação das ora apeladas no pagamento do *quantum* indenizatório no importe supramencionado, levando em conta a realidade econômica das partes, as peculiaridades do caso concreto, o grau de culpa, a extensão do dano, as circunstâncias do tempo decorrido e o valor do negócio.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Não há preliminares argüidas pelas partes ou que devam ser declaradas de ofício.

Trata-se de ação de indenização por dano moral, em razão de permanência da nega-

tivação do nome da apelante na Serasa, por dívida já paga.

Restando comprovada a quitação do débito e ausente o *animus* das apeladas de desconstituir ou diminuir o dano, que poderia traduzir-se na retirada unilateral da inscrição da apelante no cadastro de restrição de crédito *in opportuno tempore*, presente a culpa pela negligência, devendo o Julgador sopesar o *quantum* indenizatório com fins de desestimular novo ilícito.

A reparabilidade do dano moral assenta-se mais no sentido de que a indenização, em vez de representar uma recomposição do desequilíbrio causado pelo ato ou fato lesivo, representa uma penalidade pecuniária ao causador do dano, desestimulando a prática de novo ilícito.

O valor do dano moral deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório para a parte que vai pagar nem consistir em fonte de enriquecimento sem causa para a apelante, exercendo a função reparadora do prejuízo e a de prevenção da reincidência dos apelados na conduta lesiva.

Para o arbitramento do *quantum* indenizatório, há de se observar que:

> Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom senso e moderação (CC, art. 944), proporcionalmente ao grau de culpa, sendo caso de responsabilidade civil subjetiva, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso *sub examine* (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. Editora Saraiva, 7º v., p. 104).

Já no que toca aos valores da indenização por dano moral, é sabido que:

> A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. Editora Saraiva, 7º v., p. 103).

Assim, no que se refere ao valor a ser arbitrado a título de danos morais, embora inexistam parâmetros legais, é de se dizer que este deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e do seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da apelante e dos autores da ofensa.

Deve ele revelar-se ajustado ao princípio da eqüidade e à orientação pretoriana segundo a qual a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida.

Ao contrário do que coloca a apelante (f. 95-TJ), tal arbitramento judicial não se vincula ao valor da dívida que ensejou a negativação, já que tem caráter compensatório da ofensa à honra, sem qualquer relação com a dívida em si.

O MM. Juiz arbitrou na sentença a indenização de R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais).

Na espécie em tela, atentando para a natureza e extensão do dano, bem como para as condições comerciais dos ofensores e da ofendida, mormente a situação econômico-financeira, entendo que a indenização fixada na primeira instância - R$1.200,00 (mil e duzentos reais) - de fato não é capaz de compensar a dor sofrida pela recorrente.

Fatores hão de ser considerados.

Os apelados não contestaram o recibo de quitação do débito apresentado pela apelada (f. 13), tampouco fizeram prova de qualquer outra dívida.

Mesmo assim, a apelante permaneceu com seu nome inscrito no cadastro de inadimplentes, Serasa, por aproximadamente oito meses.

No caso vertente, entendo razoável elevar a verba indenizatória para R$ 7.000,00 (sete mil reais), o que não configura uma premiação pelo ilícito civil perpetrado pelas apeladas, nem mesmo uma importância insuficiente para concretizar a desejada reparação civil.

Este eg. Tribunal assim se tem manifestado:

Ementa: Apelação. Indenização. Dano moral. Manutenção indevida em cadastro restritivo de crédito. Critérios de fixação. Função pedagógica. Majoração do *quantum*. - Havendo necessidade de adequar o *quantum* indenizatório ao princípio da proporcionalidade e à função pedagógica da condenação, de forma a inibir a reiteração da conduta lesiva, é de se conhecer do recurso para lhe dar parcial provimento, de forma a majorar o valor da indenização, adequando-o ao caso concreto, ainda que este não seja o valor perseguido pela vítima do dano moral, já que subjetivos os critérios de fixação (TJMG, Apelação Cível nº 2.0000.00.519770-6/000, 16ª Câmara Cível, Des. Relator: Mauro Soares de Freitas, data do acórdão: 14.12.2005).

Ementa: Ação de reparação por danos morais. Banco de dados de inadimplentes. Inscrição indevida do nome. Ocorrência do dano. Indenização. Majoração do *quantum*. Possibilidade. Razoabilidade e proporcionalidade. - O valor a ser pago na indenização por danos morais deve ser fixado em conformidade com as circunstâncias que envolvem o caso, de modo a não restar configurada penalidade excessiva e desproporcional para o ofensor, nem fator de enriquecimento ilícito para a vítima. Atentando para a gravidade e repercussão da ofensa, a intensidade da culpa, bem como para a situação econômica das partes - com razoabilidade e proporcionalidade -, impõe-se a majoração do *quantum* indenizatório arbitrado na instância primeva. Súmula: Deram provimento ao recurso, vencido parcialmente o Relator (TJMG, Apelação Cível nº 1.0261.05.032881-2/001, 14ª Câmara Cível, Des. Relator: Renato Martins Jacob, data do acórdão: 03.08.2006).

Diante do exposto e de tudo mais que dos autos consta, com fundamento nos arts. 93, IX, da Constituição Federal e 131 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso, majorando o valor indenizatório para o importe de R$7.000,00 (sete mil reais), equivalentes a 20 (vinte) salários mínimos, a serem corrigidos monetariamente pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça a partir do trânsito em julgado e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a teor do art. 406 do Código Civil, a partir da data da citação.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Eulina do Carmo Almeida* e Francisco Kupidlowski.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

-:::-

PROCESSO DE EXECUÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - REQUISITOS - BEM IMÓVEL - PENHORA - TURBAÇÃO - ESBULHO - INEXISTÊNCIA - USUFRUTUÁRIO - INTERESSE PROCESSUAL - NÃO-CONFIGURAÇÃO

Ementa: Embargos de terceiro. Usufruto vitalício. Concessão da justiça gratuita. Penhora sobre cota- parte da nua propriedade. Ausência de turbação ou esbulho da posse do usufrutuário. Falta de interesse para o manejo dos embargos de terceiro. Recurso a que se nega provimento.

- O sentido da Lei Federal 1.060/50, bem como o da Constituição da República, art. 5º, inciso LXXIV, é o de facilitar à parte necessitada, que não tem condições de arcar com as custas processuais, sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, o acesso à Justiça em qualquer grau de jurisdição, mesmo que no juízo singular haja provido as despesas necessárias, podendo, perfeitamente, se ver carente para enfrentar a peleja judicial no juízo *ad quem*.

- Não restou configurado o interesse processual específico previsto no art. 1.046 do CPC, qual seja sofrimento de turbação ou esbulho na posse por ato de apreensão judicial. Ausente, portanto, o requisito da adequação, pois o objetivo dos embargos de terceiro, no caso, é preser-

var a posse ou ver restituído o bem que se turbou ou esbulhou através dos atos judiciais elencados no artigo citado.

- A penhora da nua propriedade não atinge o direito do usufrutuário de posse, uso, gozo, administração e percepção do bem objeto do usufruto, que permanece intacto contra quem quer que venha a tornar-se titular da nua propriedade.

APELAÇÃO CÍVEL N° 2.0000.00.490841-6/000 - Comarca de Uberlândia - Apelantes: Osvaldo Cláudio Fernandes, Elza de Souza Fernandes - Apelado: João Queiroz - Relator: Des. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2007. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Sebastião Pereira de Souza - Conheço do apelo porque regular e tempestivamente aviado, constatados os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade recursal.

Inicialmente, tenho por bem conceder aos apelantes o pálio da justiça gratuita, pois a Constituição Federal, nominada de Constituição Cidadã, adotou um sistema político-filosófico mais voltado ao social e, principalmente, mais preocupada com o amplo e irrestrito acesso à Justiça por parte das camadas mais humildes e miseráveis da população, garantindo ao beneficiário da justiça gratuita uma assistência jurídica integral, livre de qualquer despesa. O sentido da Lei Federal 1.060/50, bem como o da Constituição da República, art. 5º, inciso LXXIV, é o de facilitar à parte necessitada, que não tem condições de arcar com as custas processuais, sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, o acesso à Justiça em qualquer grau de jurisdição, mesmo que no juízo singular haja provido as despesas necessárias, podendo, perfeitamente, ver-se carente para enfrentar a peleja judicial no juízo *ad quem*. Nesse sentido:

> Ementa: Indenização. Acidente de trabalho. Assistência judiciária. Deferimento em sede recursal. Possibilidade. Sentença *ultra petita*. Nulidade afastada. Responsabilidade do empregador ante a Constituição Federal. Prova pericial emprestada. Dano moral. Matéria não examinada em primeiro grau. Efeito devolutivo. Critérios de avaliação. Imprescindibilidade de constituir capital. Honorários advocatícios. Impossibilidade de fixação acima do percentual de 15%. Artigo 11, § 1º, da Lei 1.060/50. - O pedido de assistência judiciária gratuita pode ser deferido em qualquer fase processual, inclusive em grau de recurso, mormente quando, se deduzido na primeira instância, não tenha o órgão julgador se pronunciado a respeito, deferindo ou indeferindo o benefício (...)(Julgamento da Apelação Cível 266.035-9, em 30.6.1999, Juíza Relatora Jurema Brasil Marins).

Pois bem. Pretendem os apelantes seja declarada insubsistente a penhora realizada nos autos da ação de execução de sentença - Processo nº 702.96.011.865-2, sob a alegação de que são usufrutuários vitalícios do imóvel que teve 1/8 de sua nua propriedade penhorada; que têm o imóvel como sua moradia, constituindo-se bem de família. A r. sentença recorrida julgou extinto o feito sem julgamento do mérito, sob o fundamento de falta de interesse de agir dos embargantes, ora apelantes.

Cinge-se a questão do presente recurso à verificação da existência de interesse, por parte dos apelantes, em opor embargos de terceiro, diante de penhora que recaiu sobre cota parte da nua propriedade. Entretanto, tenho que não merece qualquer reparo a decisão objurgada; senão, vejamos.

Para Dinamarco, ao verificarmos a existência do interesse de agir,

> ... é preciso que o processo aponte para um resultado capaz de ser útil ao demandante, removendo o óbice posto ao exercício do seu suposto direito, e útil também segundo o critério do Estado, estando presentes os requisitos da necessidade e da adequação (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 404).

Portanto, se quisermos aferir a existência de interesse processual, deveremos passar o provimento judicial requerido, embasado em fatos e fundamentos jurídicos idôneos para provocar a jurisdição, pelo crivo da utilidade, da necessidade e da adequação.

Os embargantes são, de fato, usufrutuários vitalícios do imóvel que teve 1/8 de sua nua propriedade penhorada (f. 19) e, como tal, são os legítimos possuidores desse imóvel, restando-lhes os direitos de uso e gozo do mesmo, nos termos do art. 1.394 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*: "O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos".

Lado outro, não vislumbro nos autos qualquer prova que indicie ofensa à posse dos apelantes usufrutuários, pois a penhora atacada recaiu apenas em 1/8 da nua propriedade. Ora, o que foi objeto da constrição judicial foi uma cota-parte da nua propriedade, e não o direito de usufruto, que permanece intacto contra qualquer um que vier a deter a nua propriedade. A penhora da nua propriedade não atinge o direito do usufrutuário de posse, uso, gozo, administração e percepção do bem objeto do usufruto, que permanece intacto contra quem quer que venha a tornar-se titular da nua propriedade.

Portanto, não restou configurado o interesse processual específico previsto no art. 1.046 do CPC, qual seja sofrimento de turbação ou esbulho na posse por ato de apreensão judicial. Ausente, portanto, o requisito da adequação, pois o objetivo dos embargos de terceiro, no caso, é preservar a posse ou ver restituído o bem que se turbou ou esbulhou através dos atos judiciais elencados no artigo citado.

Como bem asseverou a MM. Magistrada:

> Assim, com a devida vênia ao entendimento dos embargantes, entende que a medida adotada é imprópria à pretensão, uma vez que não houve demonstração da ocorrência de esbulho ou turbação, quanto ao direito dos mesmos, ao usufruto vitalício do imóvel penhorado (f. 27).

Nesse mesmo sentido, vejamos um julgado deste Sodalício:

> Ementa: Embargos de terceiro. Usufruto. Penhora sobre a nua propriedade. Ausência de turbação ou esbulho. Carência de ação decretada.
> - Os embargos de terceiro competem a quem, não sendo parte no processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial (art. 1.046 do CPC).
> - Se a penhora recaiu tão-somente sobre a nua propriedade, restando incólume o direito de usufruto, falta interesse ao usufrutuário para o ajuizamento de embargos de terceiro, uma vez que não se verificou qualquer ato de turbação ou esbulho. (Apelação Cível Nº 426.289-9. Segunda Câmara Cível do TAMG. Rel. Des. Pereira da Silva).

Ressalte-se que o usufrutuário, como titular de um direito real, goza também da prerrogativa da seqüela, ou seja, mesmo que o nu-proprietário tenha seu imóvel alienado judicialmente ou extrajudicialmente, o usufruto persistirá.

Isso posto, conheço do recurso de apelação, mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos e mais o que hora acrescento.

Custas recursais, pelos apelantes, observado o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores: *Otávio Portes* e *Nicolau Masselli.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

PRESTAÇÃO DE CONTAS - CARTÃO DE CRÉDITO - LANÇAMENTOS - FATURAS MENSAIS - DIVERGÊNCIA - CABIMENTO - ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO - BANCO - LEGITIMIDADE PASSIVA - SENTENÇA - REPUBLICAÇÃO - RECURSO - INTEMPESTIVIDADE - NÃO-OCORRÊNCIA

Ementa: Prestação de contas. Cartão de crédito. Lançamentos. Discordância. Administradora. Legitimidade passiva.

- O titular de cartão de crédito que dissente dos lançamentos nas faturas contra ele emitidas, acusando o desconhecimento dos encargos cobrados e do custo de eventuais empréstimos captados no mercado financeiro, destinados a cobrir o saldo devedor pelo não-pagamento integral da fatura, tem direito de pleitear prestação de contas contra a instituição administradora do cartão e contra o banco que concedeu o empréstimo.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.851561-0/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Banco Citibank S.A., 2º) Credicard Banco S.A. nova denominação de Credicard S.A. Administradora de Cartões de Crédito - Apelado: Bernardo Barcelos Tamm - Relator: Des. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 6 de março de 2007. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - Cuidam os autos de duas apelações contrariando a sentença prolatada às f. 227/232, pela qual o ilustre Juiz de Direito julgou procedente o pedido objeto da primeira fase da ação de prestação de contas ajuizada por Bernardo Barcelos Tamm em desfavor do Banco Citibank S.A. e Credicard S.A. Administradora de Cartões de Crédito.

O primeiro recurso foi aviado pelo Banco Citibank S.A., que levanta, através do extenso arrazoado de f. 237/254, duas preliminares: a primeira, de carência da ação por falta de interesse de agir, pois entende: que o apelado pretende, por via de ação de prestação de contas, a revisão de cláusulas contratuais; que sempre prestou contas ao apelado, a quem enviou, mensalmente, extratos discriminando as despesas realizadas, gastos do mês anterior, taxa de juros, limite de crédito, tabela de taxas de juros e encargos; que, para o manejo da referida ação, cumpre ao interessado apontar a suposta desconformidade, e não pleitear esclarecimentos sobre os negócios de forma genérica. Pela segunda preliminar, argumenta que o apelado fomentou seu pedido aduzindo a existência de cláusula mandato no contrato firmado entre as partes, hipótese não configurada, o que enseja a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Meritoriamente, alega, resumidamente, que o apelado nem sequer se deu ao trabalho de comprovar os supostos valores sobre os quais pairam dúvidas; que a pretensão do autor deveria ser manifestada através da ação revisional de cláusulas contratuais; que a dinâmica acerca da utilização, encargos e cobrança da dívida é do conhecimento prévio do usuário do cartão de crédito, pelo que não há como ele afirmar desconhecimento dos juros cobrados; que as administradoras de cartões de crédito não sofrem a limitação legal dos juros; que no contrato *sub judice* não existe a cláusula mandato; que existe legalidade na cobrança dos juros praticados; que não há capitalização dos juros, nem sequer existe defeito na prestação do serviço.

O preparo recursal está comprovado à f. 255.

O segundo recurso foi interposto por Credicard Banco S.A., alegando, em suma, que, ante a inexistência de relação jurídica de direito material entre o apelado e a apelante, nos termos do art. 3º do CPC, conclui-se que o segundo réu não pode figurar no pólo passivo da demanda; que o Banco Citibank S.A. é o único responsável pela administração de seus cartões, assim como o único a efetuar a contratação de mútuos bancários em decorrência da opção de financiamento da dívida por parte do autor-apelado, pelo que o Credicard Banco não deve responder aos termos da ação proposta; que não é possível a administração de cartão de crédito por duas empresas distintas, mormente quando se sabe que o cartão de crédito é realizado apenas com uma empresa, no caso o Banco Citibank S.A., o qual não alegou, em momento algum, a sua ilegitimidade passiva.

O preparo recursal está comprovado à f. 262.

O apelado ofertou as contra-razões de f. 263/267 e 269, alegando, preliminarmente, a intempestividade do recurso de f. 257/261. Quanto ao mérito, refuta, por completo, as teses desenvolvidas em ambos os recursos.

A preliminar de extemporaneidade do recurso, articulada pelo apelado nas contra-razões, deve ser rejeitada.

É que a sentença recorrida, conforme certidão de f. 236-v., foi republicada, porque os nomes dos procuradores não haviam sido devidamente cadastrados, de forma a permitir a regular intimação das partes.

Assim, considerando a republicação da sentença, com a conseqüente reabertura do prazo recursal, tempestivo está o recurso interposto pelo segundo réu.

Em conseqüência, rejeito a preliminar.

Por presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

Da primeira apelação.

Repilo, de início, a preliminar de inexistência de cláusula mandato, por se encontrar despida de qualquer amparo legal, fático e probatório, já que encontra óbice no enunciado da cláusula 10.1 do contrato de f. 21/22, que assim dispõe:

> Pelo presente instrumento o Titular outorga à Emissora mandato especial para representá-lo a toda e qualquer Instituição Financeira, incluídos nesse mandato os poderes para obter, em nome e por conta do (s) outorgante (s), financiamento por valor não excedente ao do saldo devedor apurado à conta do Titular, podendo a Emissora, para tanto, negociar e ajustar prazos, acertar condições e o Custo do Financiamento e demais encargos da dívida cobrados pelas Instituições Financeiras, abrir contas correntes em Bancos e assinar contratos de abertura de crédito ou instrumentos de qualquer natureza, necessários para o financiamento que será utilizado única e exclusivamente para os fins e na forma prevista neste contrato.

Com se vê, quem incorre em notório equívoco é o próprio apelante, que, por não se ater ao exame detalhado das cláusulas contratuais a reger a relação jurídica entre as partes, nega a existência da noticiada cláusula mandato.

Rejeito, pois, a preliminar.

A preliminar de carência de ação aduzida pelo primeiro apelante, que sustenta a falta de interesse de agir do autor para a propositura da ação de prestação de contas, é matéria afeta ao próprio mérito e com este será examinada.

Passo, assim, ao exame da matéria de fundo.

Versam os autos sobre uma ação de prestação de contas aforada por Bernardo Barcelos Tamm em desfavor do Banco Citibank S.A. e Credicard S.A. Administradora de Cartões de Crédito, com o escopo de impor aos réus a noticiada prestação de contas, detalhadamente, alusiva aos lançamentos dos encargos provenientes do cartão de crédito sob o nº 4032254917795624.

Diversamente do que é sustentado pelo apelante, não vislumbro, no caso em tela, a falta de interesse de agir do apelado em exigir tais contas.

O direito do titular de cartão de crédito em postular a prestação de contas em face da instituição bancária, consoante reiterativo entendimento jurisprudencial, é prática perfeitamente possível e contemplada no ordenamento jurídico pátrio.

O titular de cartão de crédito, tal qual ocorre com o titular de conta corrente, apesar do recebimento, mês a mês, de faturas alusivas à sua movimentação resultante do uso do cartão, a partir do momento em que passa a dissentir dos lançamentos constantes das faturas que lhe são enviadas, goza de pleno direito de manejar a ação judicial de prestação de contas.

Evidentemente, a pura e simples emissão de faturas mensais informando o valor do débito, as compras efetuadas e os encargos eventualmente previstos e a incidir na hipótese de pagamento parcial da dívida, *data venia*, não exime o apelante de prestar as contas em juízo.

No caso, *mutatis mutandis*, entendo ser aplicável, por extensão, a previsão contida na Súmula 259, do STJ, que prevê, *verbis*: "A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta corrente bancária".

Há de ser observado que também o titular de conta corrente bancária tem à sua disposição os extratos, estes destinados à simples conferência. Também o titular do cartão recebe as faturas. Mas tal não induz a certeza de que nenhum deles possa ter como inverossímeis e ilegais as informações que lhes são apresentadas.

Quanto a este ponto, pertinente é o entendimento contido na seguinte ementa:

> A circunstância de extratos serem remetidos ao correntista ou por ele extraídos não impede o manejo da ação de prestação de contas, porque os extratos recebidos se destinam a simples conferência (*RJ* 220/66) (cf. em NEGRÃO,Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *CPC e legislação processual civil em vigor.* 36. ed., p. 926).

De igual modo, também a contrariar a tese abraçada pelo apelante, entendo que o autor, ora apelado, no corpo da peça de ingresso bem registrou os motivos que fomentaram o manejo da ação de prestação de contas, mormente quando se rebela contra a cláusula mandato e suas conseqüências, bem como expõe dúvida relativa à captação de recursos e encargos praticados.

Logo, os motivos que conduziram o autor ao ajuizamento da ação estão devidamente delineados no corpo da exordial, não havendo que se exigir do titular do cartão que aponte, com detalhes, quais seriam os pontos de divergência.

À luz do que ressai das faturas trazidas para os autos pelo apelante, tenho como de extrema dificuldade para este, sem conhecimento técnico, identificar quais seriam as inexatidões dos lançamentos operados, tampouco a possível discrepância decorrente de eventual captação de empréstimos destinados ao pagamento de saldo devedor, resultante de liquidação parcial de cada fatura.

Certo é que o Banco Citibank S.A., diante da falta de transparência dos aludidos lançamentos, fica compelido a esclarecer ao seu cliente, quando instado para tanto, como fez para encontrar os resultados registrados nos documentos fornecidos.

Sobre o tema ora enfrentado, valiosa é a lição de Humberto Theodoro Júnior, em sua obra *Curso de direito processual civil*, 29. ed., Forense, v. III, p. 87, a saber:

> Se é certo que a obrigação de prestar contas resulta do princípio universal de que todos aqueles que administram ou têm sob sua guarda bens alheios têm o dever de acertar o fruto de sua gestão com o titular dos direitos administrados, não menos certo é que, de antemão, é impossível determinar todos os casos em que uma pessoa se considera administrador de bens alheios.
> Há situações interessantes em que os recursos investidos não são proporcionalmente do terceiro, mas, embora sendo do gestor, são aplicados no interesse contratual de terceiro. Uma abertura de crédito, por exemplo, em que o credor apli-

ca recursos no custeio de obrigações do devedor; ou o prestador de serviços que aplica bens e valores próprios na realização de obra de outrem; ou o banco que periodicamente efetua lançamentos na conta de depósito de seu cliente, são casos em que a ação de prestação de contas tem cabimento, não obstante os recursos manejados sejam daquele que faz os lançamentos. O importante é que o resultado dessas operações afeta a esfera jurídica de outrem e, surgindo dúvida, reclama acertamento através de procedimento próprio para apuração de contas.

Com efeito, considerando a relação contratual existente entre a instituição bancária e o seu cliente, e sabendo-se que aquela promove os lançamentos de débito e crédito alusivos às operações comerciais praticadas pelo titular do cartão, inclusive cobrando, em tese, por encargos e outros serviços, admissível e cabível é a ação de prestação de contas intentada pelo autor.

Outrossim, volto a realçar que a emissão de faturas que não explicam, com detalhes, a natureza dos lançamentos ou a movimentação com a necessária precisão não substitui a prestação de contas devida pelo banco ao seu cliente.

Assim, há que se afirmar que o titular de cartão de crédito, que dissente dos lançamentos processados em faturas mensais, acusando a existência de cláusula mandato e cobrança de encargos abusivos, tem direito de pleitear prestação de contas contra a instituição bancária com a qual mantém o contrato.

Noutro giro, deixo assinalado que, no âmbito deste recurso, não é possível o enfrentamento de questões não apreciadas pela sentença guerreada, as quais, apesar de argüidas pelo apelante, são afetas à segunda etapa da ação de prestação de contas.

Na primeira fase da ação de prestação de contas, somente se decide a obrigatoriedade ou não do demandado, no caso os réus, de prestar contas, nada mais.

Com essas considerações, afasto a preliminar de carência de ação e nego provimento ao primeiro recurso.

Custas recursais pelo recorrente, já pagas.

Da segunda apelação.

A segunda apelante, Credicard S.A. Administradora de Cartões de Crédito, argumenta, tão-somente, não ser parte legítima a compor o pólo passivo da ação de prestação de contas.

Mas incorre em equívoco.

Considerando que existe cláusula contratual expressa, já transcrita quando do exame do recurso de apelação interposto pelo Banco Citibank S.A., constituindo a ora apelante como procuradora do titular do cartão, para representá-lo junto a toda e qualquer instituição financeira, dou-me por convencido, sem maiores delongas, pela existência de relação jurídica também entre o autor e a Credicard, o que viabiliza o pedido de prestação de contas contra esta dirigido.

Com essas considerações, nego provimento à segunda apelação.

Custas, pela apelante, já pagas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Unias Silva* e *D. Viçoso Rodrigues*.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES.

-:::-

AÇÃO DE COBRANÇA - PREVIDÊNCIA PRIVADA - DEVOLUÇÃO DE PRESTAÇÕES - CORREÇÃO MONETÁRIA - INCIDÊNCIA - INFLAÇÃO - ÍNDICE - EQUIVALÊNCIA - SUCUMBÊNCIA MÍNIMA

Ementa: Previdência privada. Retirada de participante. Devolução de contribuições pessoais. Correção monetária. Índice utilizado. Sucumbência ínfima.

- As parcelas vertidas pelo participante de entidade de previdência privada fechada devem ser-lhe devolvidas, quando de seu desligamento, com correção monetária, tomando-se por base índice que melhor reflita a desvalorização da moeda, inclusive os expurgos inflacionários.

- A não-adoção do índice pleiteado pela parte em determinado período em seu pedido deve ser interpretada como sucumbência ínfima, nos termos do parágrafo único do art. 21 do CPC, ensejando que os sucumbentes arquem com a totalidade da referida verba, que engloba as despesas processuais, custas e honorários advocatícios.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.892209-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) José de Sousa Costa, 2º) Previ Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - Apelados: José de Sousa Costa, Previ Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - Relator: Des. NILO LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGAR PROVIMENTO À SEGUNDA

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2007. - *Nilo Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Nilo Lacerda - Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelações cíveis interpostas por José de Souza Costa e Previ Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil contra a r. sentença de f. 318/323, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 9ª Vara Cível de Belo Horizonte, julgando parcialmente procedentes os pedidos da ação de cobrança ajuizada.

A mencionada r. sentença recorrida condenou a segunda apelante a pagar ao primeiro apelante as diferenças de correção monetária da sua reserva de poupança e da sua reserva matemática, com a adoção do IPC, nos períodos constantes da inicial, devidamente corrigidas pela Tabela da Corregedoria de Justiça, desde a data em que eram devidas, acrescidas de juros de mora de 1% ao mês desde a data da citação. À reserva matemática devem ser acrescidos os juros atuariais previstos no regulamento da segunda apelante, desde a data em que eram devidos. Determinou, então, que o montante total fosse apurado em liquidação de sentença. Condenou as partes ao pagamento de custas processuais e verba honorária, esta em 15% do valor da condenação, distribuídos à razão de 80% para a segunda apelante e 20% para o primeiro.

Inconformado, o primeiro apelante busca a reforma da r. sentença visando à modificação da distribuição das verbas de sucumbência que lhe foram arbitradas, pois entende que decaiu de pedido ínfimo, devendo a segunda apelada arcar com todos os ônus da sucumbência. Pugna pelo aumento do percentual de honorários de 15% para 20% sobre o valor da condenação. Entende que houve omissão ou erro material no *decisum* ao tratar dos juros atuariais somente quanto à reserva matemática, deixando de incluí-los no cálculo da condenação da reserva de poupança. Pugna, outrossim, pela correção monetária pelo IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas, como determinam os regulamentos de dezembro de 1997 e seguintes. Posteriormente, requer seja a liquidação realizada por simples cálculos aritméticos.

Já a segunda apelante insurge-se contra a r. sentença ao fundamento de que devem prevalecer os princípios do equilíbrio atuarial, do mutualismo e da solidariedade. Afirma que a disciplina legal das entidades fechadas de previdência complementar estava contida na Lei nº 6.435/77 e seu Decreto regulamentador nº 81.240/78. Lembra

que os estatutos e regulamentos são os instrumentos legais, para que possa atingir o seu principal objetivo, ou seja, o pagamento dos benefícios aos associados e a seus dependentes. Considera que deve ser observado o princípio constitucional do ato jurídico perfeito. Pugna pela declaração da inconstitucionalidade do art. 31, § 2º, do Decreto nº 81.240/78, por entender que não foi recepcionado pela atual Constituição.

Por cautela, registra a segunda apelante que alguns índices aplicados são diversos daqueles que se encontram pacificados pela jurisprudência, assim entende que, caso mantida a decisão primeva, sejam utilizados os expurgos somente de janeiro de 1989 e de abril de 1990, nos termos do que o STF entende ser aplicável ao FGTS. Entende, ainda, que não pode ser realizada a correção monetária sobre a diferença de reserva matemática como determinada na decisão recorrida.

Contra-razões juntadas às f. 425/437 e 439/448.

Analisarei primeiramente a segunda apelação, pois, em caso de seu provimento, importará em prejudicial ao conhecimento da primeira apelação, já que esta versa principalmente sobre a distribuição dos ônus da sucumbência.

Segunda apelação.

Embora tenha apresentado farta contestação, a segunda apelante não demonstrou a impossibilidade, ilegalidade ou inviabilidade da correção monetária da reserva de poupança pelos índices que reflitam a real desvalorização da moeda nacional, quando é pacífico, tanto na doutrina como nos entendimentos de nossos tribunais, que ela não constitui aumento de débito, mas conservação do valor real do capital, repondo as perdas decorrentes da inflação.

Assim, fosse correta a tese da apelante, o contrato ou estatuto da entidade seria imutável, com força de uma norma constitucional, mesmo que o índice, que é escolhido unilateralmente, fosse desfavorável ao associado e não repusesse integralmente o capital desembolsado. Corrobora esse entendimento o caráter associativo do contrato, em que todos os associados ou participantes devem colher igualmente os frutos produzidos ou responder pelos prejuízos experimentados.

No entanto, é contrário à lógica e ao bom senso que alguém passe a integrar uma entidade ou associação, sabendo de antemão que, no decorrer do tempo e no desenvolvimento de suas atividades, ela lhe será causa de redução patrimonial.

Assim, se o índice usado e escolhido pelo Conselho Curador para corrigir as contribuições a serem reembolsadas pelos associados ou participantes que perderam esta qualidade não corresponder à real desvalorização da moeda, mesmo que esta desvalorização tenha sido ocultada, omitida pelo Governo Federal com publicação de índice fictício para atender aos interesses da Administração Pública, deve ser ele desprezado, aplicando-se aquele que reflita a real corrosão da moeda.

A adesão do apelado ao plano previdenciário decorreu da relação de emprego mantida com o Banco do Brasil S.A, sendo que suas contribuições foram recolhidas com o intuito de, caso perdurasse o contrato de trabalho até a aposentadoria, receber o benefício previsto no respectivo plano.

Portanto, ao desligar-se da instituição financeira e retirar-se do plano previdenciário, tinha direito de receber em devolução as importâncias recolhidas, devidamente atualizadas monetariamente, visto que não mais usufruirá os futuros benefícios.

Confessadamente, as contribuições pessoais foram restituídas sem a correção plena do período, porquanto os índices impostos pela entidade, ora apelante, não incluíram os expurgos inflacionários de que se tratou no processo.

Como é curial, a correção monetária não constitui um *plus*, mas simples recomposição do poder aquisitivo da moeda corroído pela espiral inflacionária. Daí por que, na dicção do colendo Superior Tribunal de Justiça, “Lei nenhuma pode

determinar qualquer índice de correção inferior à inflação do período" (*RSTJ* 71/57).

Observo que, em nenhum momento, o apelado renunciou às diferenças que o direito reconhece como lhe sendo devidas, pelo que as alegações formuladas na apelação se esvaíram no vazio.

Ressalto que o art. 42, III, da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, não obstante determinar "a norma de cálculo", no caso de retirada do participante do plano antes da aquisição do direito pleno aos benefícios, não faculta que este cálculo se estabeleça de forma contrária à plena correção dos valores vertidos, situação que considero que não se altera pela edição da Lei Complementar 109/2001.

Lado outro, pela mesma forma, não haveria de permanecer a apelante com os numerários a seu favor vertidos com a mesma correção que obteve com a aplicação financeira destes, sob pena de configurar enriquecimento ilícito, que é renegado pelo direito pátrio.

A correção monetária constitui providência que busca apenas atualizar o valor real da dívida, não objetivando exacerbar o débito, de forma a evitar sua deterioração.

Por essa razão, entendo não haver qualquer das inconstitucionalidades mencionadas pela apelante nos arts. 22 e 42 da Lei nº 6.435/77 e no art. 31 do Decreto nº 81.240/78, que os regulamentou, uma vez que tais normas simplesmente determinam a forma em que se daria a correção monetária, não sendo a razão preponderante pela qual a correção monetária não reflete a inflação do período.

Logo, nas hipóteses de desligamento do empregado, a restituição das importâncias com as quais contribuiu à entidade de previdência privada deve ser feita com correção monetária plena, por fatores de atualização que recomponham o efetivo poder de compra da moeda, incluindo-se os expurgos inflacionários. Pelo que devida a atualização monetária desde a época dos expurgos até a data do efetivo pagamento.

Ademais o colendo STJ já se posicionou em diversas oportunidades no sentido de ser a restituição devida, em casos como o dos autos, de forma plena, culminando com a edição da Súmula nº 289, cujo teor assim dispõe, *verbis*:

> A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda.

Nesse mesmo sentido é o entendimento desta Corte, como se extrai do julgado a seguir:

> Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Previdência privada. Resgate de poupança. Cobrança de correção monetária e expurgos inflacionários. Prescrição vintenária. Aplicação de índice que reflita a inflação real do período. - 1. Não se aplica à hipótese dos autos o prazo prescricional previsto na Súmula 291 do STJ e no art.. 178, § 10, II, do CC/1916, uma vez que não pretendem os apelados a complementação de parcelas de aposentadoria pela previdência privada ou o recebimento de renda mensal vitalícia ou temporária, mas tão-somente a correção monetária das contribuições pagas ao plano de previdência ao qual aderiram. Prazo prescricional aplicável é o de 20 anos, previsto no art. 177 do Código Civil. - 2. A devolução dos valores da reserva de poupança relativos às contribuições pagas a título de previdência privada deve ser calculada com base em índice de correção monetária que reflita a inflação real do período, como forma de preservar o valor da moeda, consoante orientação da Súmula nº 289 do STJ. - 3. Como forma de garantir a correção plena, impõe-se a inclusão dos expurgos inflacionários, que nada mais são do que a própria correção monetária referente às perdas oriundas de planos econômicos fracassados do Governo Federal. - 4. Os índices referentes aos expurgos aplicáveis ao presente caso encontram-se consolidados na jurisprudência do STJ. - V.v.: A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de ser qüinqüenal a prescrição nas questões relativas ao recebimento do benefício previdenciário, bem como naquelas concernentes às restituições de contribuição previdenciária privada em razão do rompimento do contrato de trabalho, ou incidência de expurgos inflacionários sobre o valor a ser restituído (Súmula nº 291 do Superior Tribunal

de Justiça). (TJMG, 15ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.05.647145-1/001, Relator Des. Wagner Wilson, julgamento em 21.09.2006).

Portanto, reputo corretos os índices fixados na r. sentença recorrida diversamente dos que foram pleiteados pela segunda apelante, por serem inaplicáveis à hipótese dos autos.

Por todo o exposto, nego provimento à segunda apelação.

Primeira apelação.

Lado outro, a primeira apelação visa ao reconhecimento de que a sucumbência *in casu* não foi recíproca, mas totalmente da apelada. Alega o primeiro apelante que sucumbiu em parte mínima de seu pedido, o que impõe a aplicação do parágrafo único do art. 21 do CPC.

Com efeito, o primeiro apelante, em sua inicial, requereu a condenação da apelada ao pagamento da diferença de correção monetária nas cotas pessoais, com aplicação do IPC do IBGE até quando deixou de ser calculado e, depois, pelo IGP-DI da FGV, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Requereu, também, a condenação da apelada na mesma diferença para correção da reserva matemática, de forma que se corrigisse a DRM (Diferença da Reserva Matemática), acrescidos de juros atuariais de 6% ao ano conforme o regulamento, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês. Sobre todas as parcelas foi requerida a incidência de correção monetária nos índices da Corregedoria-Geral de Justiça, até a data do efetivo pagamento.

A r. sentença, como já dito alhures, condenou a apelada a pagar ao apelante as mencionadas diferenças de correção monetária da sua reserva de poupança e da sua reserva matemática, utilizando-se unicamente do IPC, devidamente corrigidas pela Tabela da Corregedoria de Justiça, desde a data em que eram devidas, acrescidas de juros de mora de 1% ao mês desde a data da citação. Foram acrescidos os juros atuariais previstos no regulamento da apelada no cálculo da reserva matemática, desde a data em que eram devidos.

Verifica-se que razão assiste ao primeiro apelante, pois a única razão para que seu pedido fosse julgado parcialmente procedente foi a exclusão da correção pelo IGP-DI no período posterior a fevereiro de 1991, quando o IPC deixou de ser calculado pelo IBGE.

Logo, tendo o Juiz primevo utilizado o IPC durante todo o período, não deixou de deferir o pedido do apelante de aplicação da correção monetária de acordo com os índices que reflitam a inflação na época. Apenas não adotou o índice recomendado pela parte, corroborando a tese da sucumbência mínima na espécie dos autos.

Neste sentido, este egrégio Tribunal já se manifestou:

> Contribuição previdenciária. Proventos de inativos. Emenda Constitucional nº 41/2003. Juros de mora. 1% ao mês desde a citação válida. Correção monetária. Termo *a quo*. Desconto das contribuições. Custas processuais. A Emenda Constitucional nº 41/03 trouxe expressa previsão de instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIN's 3.105 e 3.128, restou definido que tais contribuições previdenciárias, além de serem constitucionais, devem incidir apenas sobre os valores que ultrapassem o teto máximo previsto para os benefícios do regime geral de previdência social, conforme art. 5º da EC 41/03, devidamente atualizado pelos índices previstos pelo Ministério da Previdência Social. Quando, ante as circunstâncias do caso, a derrota parciall da parte pode ser tida como ínfima, é equiparada à vitória, não havendo falar-se, então, de distribuição proporcional das despesas e honorários entre as partes. Quando vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios de sucumbência devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, conforme previsto, no § 4º do art. 20 do CPC, podendo arbitrá-los com observância dos patamares e critérios de valoração delineados no § 3º do mesmo dispositivo legal (TJMG, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível / Reexame Necessário n° 1.0024.05.814576-4/001, Relator Des. Dárcio Lopardi Mendes, julgamento em 09.11.2006).

Por outro lado, como ressaltado anteriormente, a correção monetária não deve corresponder a um *plus* na condenação, uma vez que tem tão-somente o objetivo de evitar os efeitos maléficos da inflação ocorrida no período.

Assim, tendo em vista a sua natureza, a correção monetária deve ser mantida no índice adotado pelo MM. Juiz *a quo* e sem a adoção do IGP-DI da FGV como requerido pelo primeiro apelante, pois não se deve utilizar o índice que refletir maiores valores, mas aquele índice que melhor espelhar a inflação no período. No caso vertente, o douto Juiz sentenciante elegeu o IPC para a correção monetária de todo o período, de forma que deve ser mantido.

A verba honorária deve ser mantida no percentual de 15%, por ser compatível com os trabalhos realizados pelos patronos do apelante e ante ao que preceitua o art. 20, § 3º, do CPC.

Quanto à liquidação, entendo da mesma forma que o Juiz primevo, pois os cálculos para apurar o montante devido envolvem maior complexidade e requerem, como determinado na r. sentença, o seu arbitramento por perito contabilista.

Pelo exposto acima, dou parcial provimento à primeira apelação e nego provimento à segunda, para determinar a reforma do julgado no que se refere à sucumbência, pois ocorreu sucumbência ínfima, que deve ser equiparada à vitória, ensejando que os sucumbentes arquem com a totalidade da verba de sucumbência, despesas processuais, custas e honorários advocatícios, mantida a r. sentença quanto às demais matérias nela debatidas.

Custas, pela segunda apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Alvimar de Ávila* e *Saldanha da Fonseca.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGARAM PROVIMENTO À SEGUNDA.

-:::-

MEDIDA CAUTELAR - PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - BUSCA E APREENSÃO - PERÍCIA CONTÁBIL - CABIMENTO - CONCORRÊNCIA DESLEAL - PATENTE - INPI - LEI 9.279/96 - APLICABILIDADE - TUTELA ANTECIPADA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Ação cautelar. Desenho industrial. Patente. Produção de frascos. Desenho industrial patenteado. Utilização indevida. Ato ilícito. Verossimilhança. Busca e apreensão. Possibilidade. Vistoria de livros contábeis. Possibilidade. Apuração. Prejuízos econômicos sofridos.

- A produção antecipada de provas, consistente na vistoria dos livros contábeis da agravada, com o intuito de apurar os prejuízos econômicos sofridos em decorrência da utilização indevida do desenho industrial patenteado, bem como a busca e apreensão dos objetos indevidamente produzidos, subordina-se à demonstração dos requisitos ordinários necessários à concessão de medida cautelar, quais sejam a verossimilhança das alegações e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista a ausência de previsão legal de requisitos especiais. A verossimilhança das alegações deduzidas na inicial da cautelar decorre da constatação de que os objetos produzidos pela agravada são fabricados a partir do desenho industrial patenteado pela agravante, o que, por conseguinte, implica a prática de ato ilícito por parte daquela, tendo em vista o disposto no art. 42 da Lei 9.279/96.

- A produção antecipada de provas, consistente na vistoria dos livros contábeis da agravada, com o intuito de apurar os prejuízos econômicos sofridos em decorrência da utilização indevida do desenho industrial patenteado, reputa-se cabível, uma vez que, conforme salientado, a agravante tem sido vítima de ato ilícito, que possivelmente ensejará reparação civil.

- O perigo de dano decorre do fato de que a continuidade da comercialização dos frascos indevidamente produzidos pela agravada, em desrespeito ao disposto no art. 42 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), acarretará o aumento dos prejuízos econômicos sofridos pela agravante. Isso porque a agravada não paga *royalties* em virtude da venda dos frascos, que são comercializados a empresas concorrentes da agravante, implicando concorrência desleal.

- Demonstrada a presença da verossimilhança das alegações da agravante, bem como do perigo de dano em virtude da alegação de prática de ato ilícito, reputa-se devida a antecipação da tutela pleiteada.

AGRAVO N° 1.0223.06.205615-3/001 - Comarca de Divinópolis - Agravante: Bio Extratus Cosmetic Natural Ltda. - Agravada: Sol Indústria e Comércio de Embalagens Ltda. - Relator: Des. ELPÍDIO DONIZETTI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2007 - *Elpídio Donizetti* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Elpídio Donizetti - Bio Extratus Cosmetic Natural Ltda., qualificada nos autos, interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito ativo em face da decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Divinópolis (reproduzida à f. 13-TJ), o qual, nos autos da ação cautelar ajuizada em face de Sol Indústria e Comércio de Embalagens Ltda., indeferiu as liminares pleiteadas, ao fundamento de que não se encontram presentes os requisitos legais, quais sejam *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Em síntese, alega a agravante que registrou no INPI, sob o número DI 6504777-0, o desenho industrial do frasco utilizado para embalagem de produtos de beleza, o qual tem sido produzido e comercializado pela empresa agravada, configurando, assim, prática de ato ilícito.

Requer, caso não se afigure possível apurar a semelhança entre o desenho industrial do frasco registrado no INPI pela agravante e o do produzido pela agravada, a partir dos documentos juntados aos autos, o deferimento da liminar de produção antecipada de provas, com o fito de demonstrar a identidade dos referidos produtos.

Requer, ainda, o deferimento de liminar de busca e apreensão das embalagens indevidamente produzidas pela agravada, bem como de vistoria dos livros contábeis da referida empresa, no intuito de apurar os prejuízos causados em decorrência da prática ilícita.

Assim, sustenta que estão presentes o *fumus boni iuris*, consubstanciado no fato de que, caso a agravada continue a comercializar os frascos, cujo desenho industrial pertence à agravante, trará enormes prejuízos a esta, em virtude da ausência de pagamento de/ e da concorrência desleal, bem como o *periculum in mora*, tendo em vista que a perda patrimonial mostra-se irrecuperável, em decorrência da utilização indevida do desenho industrial em questão.

Às f. 62-63 foi deferida a formação do agravo.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, admito o recurso.

Pelo que se depreende dos autos, pretende a agravante a concessão de liminar de busca e apreensão dos frascos supostamente produzidos pela agravada, utilizando-se de desenho industrial de propriedade da agra-

vante, registrado no INPI sob o número DI 6504777-0, bem como a vistoria dos livros contábeis da referida empresa, a fim de apurar os prejuízos sofridos em decorrência da comercialização indevida dos mencionados frascos.

Alega que os documentos juntados aos autos permitem concluir pela semelhança existente entre os frascos produzidos pela agravada e o desenho industrial de propriedade da agravante. Todavia, ressalta que, caso se afigure necessário, deve ser deferida liminar de produção antecipada de provas, no sentido de averiguar tal identidade.

Compulsando os documentos de f. 49 e 55, ressai que os frascos produzidos pela agravada apresentam grande semelhança ao desenho industrial de propriedade da agravante, razão pela qual se entende despicienda a produção de prova pericial no sentido de apurar tal similitude.

Isso porque o frasco reproduzido à f. 49 (desenho industrial de propriedade da agravante) tem aspecto idêntico ao das embalagens de f. 55, produzidas pela agravada.

Constata-se, assim, que a agravada utiliza-se indevidamente do desenho industrial patenteado pela agravante na produção dos frascos de cosmético que comercializa, motivo pelo qual se reputa desnecessária a produção de prova pericial no sentido de apurar tal prática.

Feitas tais considerações, passa-se ao exame do pedido de antecipação de tutela, no sentido de se determinar a busca e apreensão dos livros contábeis da agravada, bem como os frascos por ela produzidos a partir do desenho industrial registrado pela agravante.

A produção antecipada de provas, consistente na vistoria dos livros contábeis da agravada, com o intuito de apurar os prejuízos econômicos sofridos em decorrência da utilização indevida do desenho industrial patenteado, bem como a busca e apreensão requerida, subordina-se aos requisitos comuns necessários à concessão de medida cautelar, quais sejam verossimilhança das alegações e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista a ausência de previsão legal de requisitos especiais.

A verossimilhança das alegações deduzidas na inicial da cautelar decorre da constatação de que os frascos produzidos pela agravada são idênticos ao desenho industrial patenteado pela agravante, o que, por conseguinte, implica prática de ato ilícito por parte daquela, tendo em vista o disposto no art. 42 da Lei 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial:

> Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:
> I - produto objeto de patente;
> II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.
> § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo.
> § 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente.

Nesse diapasão, afigura-se presente a verossimilhança das alegações da agravante, porquanto se depreende dos documentos de f. 49 e 55 que o desenho industrial patenteado (inscrito sob o número DI 6504777-0) tem sido indevidamente utilizado pela agravada na produção e comercialização de frascos de cosméticos.

Ressalte-se que o fato de a agravante ter patenteado o desenho industrial do frasco identificado à f. 49 implica a proibição de fabricar ou comercializar produto semelhante, sob pena de violação do contido no dispositivo transcrito, sob pena de configuração de ato ilícito.

Destarte, ante a constatação de que a agravada produz frascos plásticos para embalagem de cosméticos utilizando-se do desenho industrial patenteado pela agravante, conforme demonstrado anteriormente, verifica-se a verossimilhança das alegações deduzidas na inicial da ação caute-

lar, reproduzidas nas razões recursais, no sentido de que houve configuração de ato ilícito.

Acrescente-se que a produção antecipada de provas, consistente na vistoria dos livros contábeis da agravada, com o intuito de apurar os prejuízos econômicos sofridos em decorrência da utilização indevida do desenho industrial patenteado, reputa-se cabível, uma vez que, conforme salientado, a agravante, aparentemente, tem sido vítima de ato ilícito.

Destaque-se que a comercialização de tais frascos pela agravada foi devidamente demonstrada, conforme se depreende das notas fiscais de f. 52/53, emitidas em virtude da venda de produtos fabricados a partir do desenho industrial patenteado pela agravante.

Nesse sentido, a vistoria dos livros contábeis da empresa agravada afigura-se justificável, a fim de apurar os prejuízos causados pela conduta de dita empresa, com o intuito de possibilitar a produção de provas necessárias ao ajuizamento de futura ação indenizatória.

Presente, pois, a verossimilhança das alegações da agravante, passa-se ao exame do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

O perigo de dano decorre do fato de que a continuidade da comercialização dos frascos indevidamente produzidos pela agravada, em desrespeito ao disposto no art. 42 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), acarretará o aumento dos prejuízos econômicos sofridos pela agravante. Isso porque a agravada não paga *royalties* em virtude da venda dos frascos, que são comercializados a empresas concorrentes da agravante, implicando concorrência desleal.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo, a fim de deferir a antecipação da tutela pleiteada, no sentido de determinar a busca e apreensão dos frascos produzidos pela agravada a partir do desenho industrial da agravante (f. 38/40), bem como a vistoria dos livros contábeis pertencentes àquela, com o intuito de apurar os prejuízos sofridos em virtude da comercialização indevida de tais produtos.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Fabio Maia Viani* e *Guilherme Luciano Baeta Nunes.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

CONDOMÍNIO - PRÉDIO - ÁREA COMUM - USO EXCLUSIVO - PROIBIÇÃO - CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO - REGULAMENTO INTERNO - DESOBEDIÊNCIA - MULTA COMINATÓRIA - VALOR - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO

Ementa: Ação demolitória. Fechamento do corredor com porta *blindex* para formação de conjunto de salas. Providência prevista em convenção de condomínio. Área comum. Acesso vedado. Restrição ao direito de propriedade dos demais condôminos configurada. Ausência de autorização. Multa. Fixação. Discricionariedade do julgador.

- Embora prevista na convenção de condomínio a possibilidade de o condômino de unidades contíguas realizar o fechamento do corredor com instalação de porta em *blindex*, criando um conjunto de salas, tal providência somente pode ser tomada se autorizada pelo condomínio e desde que não vede o acesso dos demais condôminos à área de uso comum.

- Deve ser imposta multa, de ofício ou a requerimento da parte, em virtude de descumprimento de ordem judicial, de valor significativo, de modo a alcançar o objetivo de forçar a parte a cumprir a obrigação específica.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.04.286109-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Daniel Rezende de Souza - Apelado: Condomínio do Edifício Raja Office Center - Relator: Des. IRMAR FERREIRA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, ALTERAR PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2007. - *Irmar Ferreira Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. Renato Perim.

O Sr. Des. Irmar Ferreira Campos - Sr. Presidente, quero acrescentar que recebi o memorial trazido pelo ilustre advogado do apelante e examinei-o.

Conheço do recurso, presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Ao exame dos autos, tenho que o recurso não merece prosperar.

Revelam os autos que o Condomínio do Edifício Raja Office Center ajuizou ação demolitória com pedido liminar em face de Daniel Rezende de Souza, alegando que este, na condição de proprietário de nove salas comerciais, todas no primeiro andar do condomínio suplicante, instalou uma porta de vidro *blindex* no corredor do edifício, no intuito de constituir um conjunto de salas, impedindo o acesso dos condôminos à área comum do pátio do primeiro andar, razão pela qual requer o condomínio ordem judicial para demolição ou retirada da referida porta, visto que não há qualquer permissivo previsto em lei ou na convenção de condomínio que autorize a restrição e utilização privativa por condômino de área comum do edifício; pugnando, ainda, pela imposição de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) por dia de atraso no cumprimento da ordem judicial.

Em sua defesa, o requerido sustenta que, ao colocar a porta em vidro *blindex*, limitando o acesso ao conjunto de nove salas de sua propriedade no mesmo pavimento, agiu no exercício regular de um direito expressamente previsto na convenção de condomínio (art. 16, *g*, *g.1*) e no regulamento interno (art.11), ressaltando que o fechamento do corredor com a colocação de referida porta não obstaculiza a iluminação e ventilação do andar, não veda o acesso a qualquer dependência de uso comum dos proprietários, especialmente no que se refere ao livre acesso e circulação entre as demais unidades do pavimento, área do *hall* dos elevadores e escada, bem como não impede o acesso aos medidores e caixas de passagem.

Na impugnação à contestação, o autor rechaça as alegações do réu, argumentando que, embora a convenção de condomínio e o regulamento interno autorizem o fechamento do corredor com instalação de porta em *blindex* para criação de conjunto de salas, condicionam tal alteração à autorização expressa, através de documento assinado pelo síndico e pelos membros do conselho consultivo, o que não ocorreu no caso em comento, bem como que tal conduta não implique cerceio ao acesso dos condôminos à área comum.

Na instrução processual, foram colhidos depoimentos de duas testemunhas do autor (f. 141/142 e f. 143/144) e realizada perícia por engenheiro civil no edifício Raja Office Center.

Decidindo a lide, o d. Magistrado de primeiro grau julgou procedentes os pedidos iniciais, para condenar o réu a demolir a construção erigida em área comum do condomínio no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R$1.000,00 (mil reais), ao fundamento de que “a porta instalada e a formação do conjunto de salas, em área comum do condomínio (corredor) impedem o acesso ao pátio, outra área comum do condomínio”, pelo que “não merece prosperar a tese defendida pela ré, de que a porta erigida não causa prejuízo e restrição ao direito dos demais proprietários” (f.160 e 161).

Pois bem.

De fato, extrai-se da leitura do art. 16, alíneas *g, g.1*, da convenção de condomínio, a

possibilidade de o condômino que possui duas ou mais salas contíguas, ou vagas de garagem, "sempre que tal seja possível, sem prejuízo do livre acesso e circulação entre as demais unidades do pavimento", fechar a "área correspondente à circulação comum em vidro incolor, de modo a não prejudicar a iluminação da área de circulação comum às salas remanescentes", bem como não impedir o acesso "à área do *hall* dos elevadores, escada dos pavimentos, *hall* de entrada e o acesso aos medidores e caixas de passagem".

Contudo, ressalva a cláusula *g.2* que tal concessão "será feita através de documento assinado pelo síndico e pelos membros do conselho consultivo" (f.59).

Assim, muito embora o laudo pericial tenha concluído que a instalação da porta pelo réu no corredor do condomínio não prejudica a circulação comum entre as demais unidades do pavimento e sua iluminação, bem como não compromete o acesso ao *hall* dos elevadores, escada dos pavimentos, *hall* de entrada, medidores, caixas de passagem, deixou consignado, de forma clara, que "a referida porta impede o acesso ao pátio (área comum do condomínio)" e, ainda, "que o réu não obteve documento assinado pelo síndico e pelos membros do conselho consultivo" (f. 104).

No mesmo sentido, colhe-se dos depoimentos das testemunhas:

> ... que, indagado o depoente se a instalação da porta pelo requerido teria ocasionado restrições de qualquer natureza ao depoente e demais condôminos, responde que sim, porquanto a mesma veda o livre acesso a áreas comuns do edifício, quanto às quais seria um corredor e uma área destinada à ventilação e iluminação, e relativamente à parcela ideal de área e propriedade comum, todos os condôminos efetivamente têm ônus quanto à mesma, quer em face da aquisição quer em função do pagamento de taxa condominial, que, com a instalação da porta, estas áreas comuns passaram a ser privativas (f. 141)
>
> ... que, em casos de unidades conjuntas, a convenção permite a instalação de porta divisória, mas depende de autorização da assembléia, o que não ocorrera (...); que, em função da instalação da porta, pelo requerido, criou-se impedimento de acesso ao corredor bem como a uma área comum de ventilação, que, segundo a administração do condomínio, também se destinaria ao descanso dos demais condôminos, o que também nunca ocorreu, porquanto estava sempre fechada em função da aludida porta (f. 143).

Ora, restando provado que o fechamento do corredor veda o acesso dos demais condôminos à área de uso comum do edifício, infringindo o art. 3º da Lei 4.591/64 e, ainda, que a colocação da referida porta pelo apelante não foi regularmente autorizada, através de documento assinado pelo síndico e membros do conselho consultivo, como exige a cláusula *g.2* da convenção de condomínio (f.59), dúvidas não há quanto à ilegalidade de sua colocação e permanência. Contudo, tratando-se de porta *blindex*, tenho que se afigura razoável o decreto de retirada da mesma, não havendo necessidade de sua demolição para cumprir a finalidade almejada pelo requerente, impondo-se pequena reforma da sentença nesse aspecto.

Em relação à multa fixada pelo Magistrado de primeiro grau, sabe-se que o seu objetivo é compelir a parte sucumbente a cumprir a ordem judicial, sendo certo que não se trata de contraprestação de obrigação, não possuindo a multa caráter reparatório.

Sobre o tema, comentam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Art. 461, § 4º: Imposição da multa. Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz (*Código de Processo Civil comentado e legislação*

processual civil extravagante em vigor. 5. ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 899).

Não é outra a orientação jurisprudencial:

> Há diferença nítida entre a cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo por meio do qual pretende a parte a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer. E a diferença é, exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas para cada qual. Se o juiz condena a parte ré ao pagamento de multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a limitação contida no art. 920 do Código Civil. Se, ao contrário, cuida-se de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial, para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente o art. 644 do Código de Processo Civil, com o que não há teto para o valor da cominação (REsp nº 148.229/RS, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. j. em 26.06.98, in *Juis - Jurisprudência Informatizada Saraiva* n.º 23).

> Embargos do devedor. Título executivo judicial. Multa cominatória. Incidência a partir do descumprimento do *decisum*. Correção monetária. Termo *a quo*. Vencimento da obrigação. Juros moratórios. Inclusão. Honorários advocatícios. Cabimento. - A multa cominatória constitui medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação, pelo que não tem escopo compensatório, sendo devida a partir do descumprimento da ordem judicial, independentemente da existência ou não de algum dano. (...) (TAMG - AP 341.131-2, 3ª Câmara Cível, Rel.ª Jurema Brasil Marins, j. em 07.11.2001).

Assim, o valor da multa deve atender a critérios de eqüidade para que não seja irrisória, bem como para evitar que se torne fonte de enriquecimento indevido pelo credor. Por isso é que o legislador elegeu as *astreintes* no art. 461, § 4º, do CPC, como reforço ao cumprimento das obrigações de fazer, tão valoroso, aliás, que o próprio CPC previu a possibilidade da majoração pelo juiz da execução se este verificar que se tornou insuficiente ou excessivo, conforme consta do § 6º da referida norma.

Nesse sentido, colhe-se do entendimento jurisprudencial:

> Ação cominatória c/c perdas e danos. Obrigação de fazer. Multa cominatória diária. Valor. Honorários. Sucumbência recíproca.(...) O valor da multa diária fica jungido ao prudente arbítrio do julgador, visando a obter o efeito coercitivo sem, contudo, se constituir em montante irrisório ou que acabe por possibilitar o enriquecimento sem causa. (...) (TAMG, AP 306.480-8, 1ª Câmara Civil, Rel. Gouvêa Rios, j. em 29.05.2001).

> Apelação cível. Ação cominatória. Sentença *ultra petita*. Não-ocorrência. Exceção do contrato não cumprido. Tese afastada. Recurso improvido. - De acordo com a redação extraída do art. 461, § 4º, do CPC e devido à natureza jurídica da multa cominatória, o juiz possui discricionariedade na imposição desta sanção coercitiva, de modo que está autorizado a majorá-la ou diminuí-la, mesmo de ofício, devendo apenas, para tanto, levar em consideração o poder econômico do devedor e a natureza jurídica da obrigação. (...) (TJMS, 1ª Turma Cível, Apelação Cível n. 1000.066250-2/0000-00, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto).

Assim, certo é que o valor da multa diária fica na margem de discricionariedade do juiz, visando a obter o efeito coercitivo, sendo que, diante das circunstâncias do caso em epígrafe e as partes envolvidas, entendo não ser excessivo o *quantum* fixado. Contudo, tenho que se impõe sua limitação, para que não se torne inexeqüível, razão pela qual a limito ao valor equivalente a 10 (dez) dias-multa.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso; contudo, de ofício, altero a parte dispositiva da sentença para condenar o réu a retirar a porta por ele colocada no corredor do condomínio no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de aplicação da multa diária fixada na sentença, no valor de R$1.000,00 (mil reais), contudo limitada ao valor de R$10.000,00 (dez mil reais).

Custas, pelo apelante.

A Sr.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino - Sr. Presidente, como Revisora, naturalmente, tive acesso aos autos e ao voto do eminente Desembargador Relator. Examinando a perícia, cheguei à mesma conclusão de Sua Excelência, de forma que também estou negando provimento ao recurso.

O Sr. Des. Eduardo Mariné da Cunha - Acompanho integralmente o voto do Des. Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, ALTERARAM PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - IPVA - ISENÇÃO - VEÍCULO ADAPTADO - DEFICIENTE FÍSICO - USO EXCLUSIVO - EXAME DE DIREÇÃO - APROVAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - DENEGAÇÃO DA ORDEM

Ementa: Tributário. Isenção de IPVA. Deficiente físico. Aquisição de veículo adaptado. Benefício pessoal. Incidência somente para automóveis de uso do próprio deficiente. Indispensável a comprovação, além do laudo médico atestando a necessidade da adaptação, da aprovação em exame de direção. Falta de provas. Impossibilidade da concessão do benefício em sede de mandado de segurança. Sentença reformada, no reexame.

- Não faz jus ao benefício isencional do IPVA o deficiente físico que, embora comprove, por laudo médico, a necessidade de adaptação no veículo adquirido, deixa de cumprir os requisitos exigidos pela Lei 14.937/03, que exige ser o deficiente o condutor do automóvel adaptado, para tanto necessitando da prova da aprovação no exame de direção, o que inexistiu nos autos, sobretudo quando se verifica que o próprio laudo do impetrante faz tal ressalva. Sentença reformada, no reexame. Recurso prejudicado.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO N° 1.0024.05.815327-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Ricardo de Abreu - Autoridade coatora: Delegacia Fiscal de Belo Horizonte - Relator: Des. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 6 de março de 2007. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Domingues Ferreira Esteves - Cuida-se de reexame necessário, bem como de recurso de apelação, este interposto pelo Estado de Minas Gerais, em face da r. sentença de f. 39/43, da lavra do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Feitos Tributários do Estado desta Comarca, que concedeu a ordem impetrada por Ricardo de Abreu, para reconhecer o seu direito à isenção do IPVA na aquisição de veículo adaptado, por ser deficiente físico.

Na peça apelatória de f. 51/58, o Estado de Minas Gerais alega, em preliminar, a inépcia da inicial ao argumento de que o pedido é incerto, na medida em que não demonstrou qual o 'bem da vida' que buscava tutelar.

Quanto ao mérito, sustenta a impossibilidade da concessão da pleiteada isenção, em decorrência do desvirtuamento de tal benefício, porquanto somente abrange aqueles veículos adquiridos com as adaptações exigidas pelo Departamento de Trânsito, e não veículos de luxo,

como o adquirido pelo impetrante, pelo que pugnou pelo provimento de seu recurso.

Contra-razões às f. 60/64.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 71/74, do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Roberto Cerqueira Carvalhaes, opina pela confirmação da sentença, no reexame.

Conheço da remessa necessária, bem como do recurso voluntário, porque atendidos os requisitos de sua admissibilidade.

Com efeito, o Código Tributário Nacional, em seu art. 176, estabelece expressamente que a isenção, ainda que prevista em contrato, deve decorrer de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão.

Cumprindo tal determinação, o Estado de Minas Gerais fez editar a Lei 14.937/03, cuja redação foi repetida no Decreto 43.709/03, prevendo a isenção do IPVA, para os portadores de deficiência física, na aquisição de carros adaptados, nos seguintes termos:

> Art. 3º - É isenta do IPVA a propriedade de:
> (...)
> III - veículo de pessoa portadora de deficiência física adaptado por exigência do órgão de trânsito para possibilitar a sua utilização pelo proprietário;

Pela simples leitura do dispositivo supramencionado, vê-se que o benefício da isenção abrange, tão-somente, o veículo adaptado, por exigência do órgão de trânsito, para uso exclusivo do deficiente físico.

Nesse sentido, aliás, este eg. Tribunal de Justiça já negou a isenção para deficiente físico quando o veículo era para uso de terceiro, ainda que em benefício do deficiente, confira-se:

> Ementa: Isenção. Aquisição de veículo automotor por deficiente físico, para uso próprio. Isenção do ICMS e IPVA desde que o veículo seja adaptado e com características especiais de modo a permitir o uso exclusivo do proprietário. Benefício isencional que não incide na aquisição de veículo comum, para manuseio por terceiro, a serviço do deficiente físico, nem se estende ao deficiente incapaz dirigir veículo, mesmo com adaptações (Ap. nº 1.0000.00.160076-6/000, Relator Des. Sérgio Lellis Santiago, *DJ* de 30.06.2000).

Diante disso, pelo minucioso exame dos autos, vê-se que o impetrante deixou de comprovar, no ônus que lhe cabia, ser possuidor de habilitação que pudesse justificar a concessão do benefício, de modo a demonstrar que o veículo adaptado seria para seu uso próprio.

É que, pelos documentos juntados às f. 09/13, verifica-se que o impetrante apenas se submeteu ao laudo médico do Detran, onde, de fato, atestou-se ser ele portador de deficiência física, necessitando, em razão de sua anomalia, de adaptações no veículo (direção hidráulica, câmbio automático ou semi-automático), mas com a ressalva de que dependeria, ainda, da aprovação no exame de direção.

Assim, embora o exame médico tenha declarado a possibilidade de o impetrante ser apto a dirigir um veículo adaptado, não comprovou o impetrante ter sido avaliado na condução do mencionado automóvel, prova essencial a demonstrar que o veículo adquirido seria para uso próprio do deficiente.

Diante disso, não havendo tal prova, não há como conceder ao impetrante, nesta via estreita do mandado de segurança, o aclamado benefício da isenção do IPVA.

Por tais considerações, em reexame necessário, pedindo vênia ao entendimento do culto Procurador de Justiça, reformo a r. sentença para denegar a ordem rogada, restando, pois, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Ernane Fidélis* e *Edilson Fernandes*.

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

-:::-

CONDOMÍNIO - PRÉDIO - FACHADA - ALTERAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA - ÁREA COMUM - UTILIZAÇÃO - ASSEMBLÉIA DE CONDÔNIMOS - *QUORUM* - UNANIMIDADE - DESNECESSIDADE - CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO - *QUORUM* PREVISTO - PREVALÊNCIA

Ementa: Anulação de assembléia condominial. Alteração de fachada não comprovada. Locação de área comum. Prevalência do *quorum* previsto na convenção do condomínio

- Uma vez não comprovada a alteração da fachada, sendo esta considerada como mudança na harmonia estética e arquitetônica do edifício, mostra-se dispensável o *quorum* de deliberação da unanimidade, estabelecido no art. 10, § 2º, da Lei nº 4.591/64. Logo, a deliberação tomada quanto à locação de áreas comuns do edifício deve ser analisada sob o prisma das regras dispostas na convenção de condomínio para tal desiderato.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.747331-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Marília Beatriz Proença Tavares de Sousa - Apelados: Nextel Telecomunicacões Ltda., Condomínio do Edifício Don Hilário - Relatora: Des.ª CLÁUDIA MAIA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2007. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelos apelados, o Dr. João Mário Moreira Nascimento.

A Sr.ª Des.ª Cláudia Maia - Trata-se de recurso de apelação interposto por Marília Beatriz Proença Tavares de Sousa contra sentença proferida pelo Juízo da 14ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos de ação ordinária ajuizada pela apelante em face de Nextel Telecomunicações Ltda. e Condomínio do Edifício Don Hilário, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Nas razões recursais de f. 420/430, a apelante alega que a prova dos autos demonstraria que as antenas e os equipamentos foram instalados em áreas comuns do edifício, a saber: na fachada e na área de lazer. Afirma que, considerando-se que a fachada do edifício compreende todas as faces da construção, as fotografias revelariam que os equipamentos alteraram a fachada do prédio. Aduz que celebração do contrato de locação ocorreu de forma ilegal, pois, mesmo diante da discordância de alguns condôminos, ainda assim se efetivou a instalação dos equipamentos com alteração da fachada. Sustenta que qualquer utilização anormal da área comum deveria ser autorizada pela unanimidade, sendo, por esse motivo, totalmente ilegal e irregular a instalação do contêiner na área de lazer do prédio. Invoca a aplicabilidade do Código Civil à espécie, pois a renovação do contrato se deu em data posterior a sua entrada em vigor. Quanto aos danos morais, reitera que restaram amplamente provados, pois se viu impedida com os seus familiares de usar e fruir da área de lazer do edifício. Por fim, requer o provimento do recurso.

A apelada Nextel Telecomunicações Ltda. apresenta contra-razões recursais às f. 432/450. Alega, em síntese, que não merece prosperar o argumento da apelante no tocante à alteração da fachada, uma vez que, como confirmado pelos documentos anexos e pelos depoimentos colhidos na audiência de instrução realizada, as citadas instalações em nada alteraram a fachada do edifício. Aduz que não restou inutilizada a suposta área de lazer citada pela apelante, sendo que nada existe naquele local senão a cobertura da garagem em cimento batido. Cita trechos dos depoimentos testemunhais. Assevera, ainda, a inexistência de comprovação do suposto dano

moral. Pugna pelo improvimento do recurso a fim de que seja mantida a r. sentença.

O apelado Condomínio do Edifício Don Hilário também apresenta contra-razões recursais, f. 442/450, nas quais afirma que, na realização da assembléia extraordinária, foram observados todos os requisitos legais para a sua validade. Alega, ainda, que os dispositivos do novo Código Civil não podem retroagir para se aplicar ao caso em tela. Refuta a alteração da fachada e o pleito de danos morais.

É o relatório.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Discute-se nos autos a manutenção das antenas e equipamentos instalados nas áreas comuns do edifício após aprovação em assembléia condominial extraordinária, na qual estiveram presentes 11 do total de 14 condôminos, sendo que nove deles votaram pela aprovação da matéria.

Questiona a parte apelante, condômino dissidente da deliberação condominial, que a instalação das antenas acarretou alteração da fachada do edifício, razão pela qual se tornava necessária para a sua aprovação a unanimidade dos condôminos, nos termos do art. 10, § 2º, da Lei 4.591/64. Sustenta, ainda, que qualquer utilização anormal da área comum deveria ser autorizada também pela unanimidade, sendo, por esse motivo, totalmente ilegal e irregular a instalação do contêiner na área de lazer do prédio.

Quanto ao primeiro argumento apresentado no recurso de que houve alteração da fachada, considera-se que não foi apresentada prova suficiente nos autos.

De fato, conforme alega a apelante, não se pode olvidar que a noção de fachada compreende todas as faces de uma edificação, a saber: externas, onde a principal é a da frente, depois as laterais e as dos fundos, além das secundárias, que são as internas.

Não obstante, para que se possa falar em alteração de fachada, resta assente a necessidade de que ela implique mudança na harmonia estética e arquitetônica do edifício.

Vale o registro de que não basta apenas que essa alteração seja visível do exterior, sendo necessário também que comprometa de maneira substancial a aparência estética geral do edifício.

Com efeito, como se pode ver, não é toda e qualquer mudança no edifício que representa a alteração da fachada constante na Lei 4.591/64, mas apenas aquelas que descaracterizam a forma da sua arquitetura.

No caso dos autos, ao contrário do alegado pela apelante, não há como apurar com base simplesmente nas fotos acostadas nos autos a indigitada ocorrência da alteração da fachada do edifício, o que tornaria necessária a unanimidade para a aprovação da matéria na assembléia condominial.

A prova pericial, em face de seu caráter técnico-científico, seria de extrema importância para apurar o verdadeiro grau de influência da instalação da antena nas partes superior e lateral do edifício. Não obstante, tal questão restou preclusa nos autos, haja vista que a parte ora apelante se quedou inerte contra a decisão de f. 218, que a indeferiu por considerar desnecessária ao deslinde do feito.

Por outro lado, os depoimentos testemunhais apontam que a instalação dos equipamentos não alterou a fachada do edifício, tornando ainda mais frágil a tese sustentada pela recorrente, se não, veja-se:

> que não existe equipamentos instalados na fachada do prédio; que não observou se existe equipamento na parte lateral do prédio (testemunha Josiane Wuleszny de Souza, f. 260).
>
> que não sabe dizer se a antena modificou a fachada externa do prédio; que não recorda nenhum equipamento colocado na área externa do prédio (testemunha Maria das Graças Eduardo Moreira, f. 262).
>
> que o contêiner foi instalado numa laje que cobre cinco veículos e não tinha utilidade

> alguma, e praticamente nunca foi usada como área de lazer; que nunca viu o filho da autora freqüentando esta área; que o condomínio barateou 50% no valor em virtude da instalação da antena; que o depoente pensa que o apartamento da autora não ficou depreciado; que não houve comprometimento da fachada do prédio, tanto é assim que na porta do prédio não se vê a antena (testemunha Carlos Alberto Tárcia, f. 264).
>
> que a antena não modificou a fachada externa do prédio (testemunha Sônia Maria Guimarães Silva Raso, f. 266).

Dessa feita, uma vez que não restou comprovada a alteração da fachada do edifício, mostra-se dispensável o *quorum* de deliberação da unanimidade, estabelecido no art. 11, § 2º, da Lei nº 4.591/64. Logo, a deliberação tomada deve ser analisada sob o prisma das regras dispostas na convenção de condomínio para utilização das áreas comuns.

Da mesma forma, o segundo ponto levantado no apelo de que qualquer utilização anormal da área comum também deveria ser autorizada pela unanimidade dos condôminos não encontra razão de ser.

No que concerne à utilização da área comum do edifício, tem-se que a Lei nº 4.591/64 não estipula a unanimidade para aprovação de tal matéria ou tampouco proíbe a sua aprovação.

Em verdade, as exigências de deliberação composta de unanimidade de condôminos somente ocorrem quando o proprietário ou titular de direito pretende modificar a fachada de sua unidade autônoma (art. 10, § 2°) e quando o incorporador pretende alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns; modificar as especificações ou desviar-se do plano de construção (art. 43, IV), o que, no entanto, não se amolda à hipótese vertente.

Estabelece, ainda, o § 1º do art. 24 do mesmo diploma legal que "as decisões da assembléia, tomadas em cada caso, pelo *quorum* que a convenção fixar, obrigam a todos os condôminos".

Ou seja, a partir da exegese do dispositivo citado, faz-se necessário examinar as disposições contidas na convenção de condomínio a respeito do *quorum* necessário para aprovação de matérias dessa natureza.

A convenção de condomínio do Edifício Don Hilário, às f. 150/154, ao regular a assembléia condominial no item III, "das decisões dos condôminos", cláusula *h*, estabelece que:

> as decisões relativas a modificações deste Regimento e aquelas que digam respeito às partes comuns e as pertinentes à destituição do síndico e/ou Conselho Consultivo, apenas e somente poderão ser tomadas por 2/3 (dois terços) do total geral dos votos dos condôminos presentes.

Nesse passo, levando-se em conta que a discussão se refere à locação de partes comuns do edifício para instalação de aparelhos de telefonia celular, matéria esta que diz respeito, claro, às partes comuns, nos termos exigidos na cláusula descrita na convenção de condomínio, vê-se que o *quorum* de deliberação corresponde a 2/3 (dois terços) do total dos condôminos presentes.

Como já dito, no caso vertente, estiveram presentes na assembléia condominial 11 do total de 14 condôminos, sendo que nove deles votaram pela aprovação da matéria, pelo que resta evidenciado o cumprimento do *quorum* exigido.

Nesse diapasão, não se verificando desrespeito ao *quorum* de instalação e deliberação, a assembléia é válida, bem como as deliberações nela discutidas.

Por oportuno, é preciso salientar que é inaplicável ao presente caso a disposição contida no art. 1.342 do Código Civil ("A realização de obras, em partes comuns, em acréscimo às já existentes, a fim de lhes facilitar ou aumentar a utilização, depende da aprovação de dois terços dos votos dos condôminos, não sendo permitidas construções, nas partes comuns, suscetíveis de preju-

dicar a utilização, por qualquer dos condôminos, das partes próprias, ou comuns"), visto que não foi deliberada a realização de construções na área comum, mas simplesmente a locação temporária desta para colocação dos aludidos equipamentos.

Ademais, conforme bem destacou o d. Juiz singular, além de não ter havido comprovação de criação de embaraço ao bom uso da área comum, a instalação dos equipamentos se deu em benefício de todos os condôminos, inclusive da apelante, visto que implicou considerável redução da taxa de condomínio.

A propósito, veja a jurisprudência deste egrégio Tribunal em casos análogos:

> Ementa: Processual civil. Ação declaratória. Condomínio. Locação de área comum. Aprovação em assembléia geral. Vícios. Inexistência. Aprovação válida. Improcedência mantida. - Comprovado nos autos que a locação da área comum foi aprovada em assembléia geral, por 2/3 dos proprietários das unidades autônimas, conforme previsto na Convenção de Condomínio, não há que se falar em nulidade do referido ato (Apelação Cível nº 430.366-0, Rel. Des. Maurício Barros, j. em 04.08.2004, DJ de 14.08.2004).

> Ementa: Condomínios. Assembléias. Submissão de suas deliberações à lei ou à convenção condominial. - É princípio básico que, em se tratando de condomínios, seja por lei ou convenção, as assembléias, em sua forma e deliberações, às regras daqueles devem se submeter (Apelação Cível nº 333.362-2, Rel. Des. Geraldo Augusto, j. em 08.11.2001, DJ de 28.11.2001).

Por derradeiro, saliente-se que restou afastada a alegação de dano moral, porquanto não se crê que a simples aprovação de determinada matéria em assembléia condominial tenha o condão de atingir o sentimento íntimo e pessoal de dignidade da apelante, configurando o dano moral.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, nego provimento ao apelo, mantendo, na íntegra, o decisório hostilizado.

Custas recursais, pela apelante.

A Sr.ª Des.ª Eulina do Carmo Almeida - De acordo.

O Sr. Des. Francisco Kupidlowski - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

MARCA NOTÓRIA - PROTEÇÃO ESPECIAL - NOME COMERCIAL - SEMELHANÇA - UTILIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - VIOLAÇÃO - CONCORRÊNCIA DESLEAL - DOLO - NÃO-OCORRÊNCIA - LUCRO CESSANTE - DANO MORAL - AUSÊNCIA DE PROVA - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO

Ementa: Ação de abstenção de uso de marca. Propriedade industrial. Marca notória e de alto renome. Proteção especial. Extensão a todos os ramos de atividade. Indenização. Lucros cessantes. Dano moral. Ausência de comprovação de sua efetividade. Indenização indevida.

- Como regra geral, o direito marcário vincula-se ao princípio da especificidade, que assegura a proteção da marca apenas no âmbito dos produtos e serviços específicos da classe para a qual foi deferido o registro. Entretanto, certificada a notoriedade da marca e concedido o registro como marca de alto renome, o titular tem proteção especial, podendo, assim, impedir sua utilização por qualquer outro empresário, mesmo os dedicados a atividade econômica diversa.

- A simples e objetiva violação de marca, por si só, constitui crime, sendo que a utilização por parte do concorrente de marca igual ou semelhante provoca danos de toda a sorte. Mas, ainda que o fato atribuído ao réu seja capaz de produzir dano, este tem que restar provado na sua

efetividade para justificar correspondente indenização, notadamente não se tratando de atos de concorrência desleal.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.03.002087-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Bombil Bombas e Bicos Injetores Ltda. - Apelante adesivo: Bombril Mercosul S.A. - Apelados: os mesmos - Relator: Des. ELIAS CAMILO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 8 de março de 2007. - *Elias Camilo* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Elias Camilo - Cuidam os autos de ação de abstenção de uso de marca e indenização com pedido de antecipação de tutela visando à proteção da marca "Bombril", pugnando a autora que a ré se abstenha de utilizar a expressão "Bombil", como marca, título de estabelecimento ou nome empresarial, e a lhe indenizar pelos danos materiais e morais causados.

Em decisão proferida às f. 92/95, foi indeferido o pedido de tutela antecipada, pelo que a autora interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento, conforme acórdão de f. 232/234, de minha relatoria.

A ré apresentou a contestação de f. 126/134.

Não tendo as partes manifestado interesse na dilação probatória, foi proferida a sentença de f. 289/294, julgando procedentes, em parte, os pedidos da autora, para condenar a ré a se abster de usar a expressão "Bombil", seja como marca, título de estabelecimento ou nome empresarial, julgando improcedentes os pedidos de indenização por danos materiais e morais.

Inconformada com a sentença, a ré interpôs a apelação de f. 295/303, sustentando que, desenvolvendo atividade distinta da "Bombril", fato que impossibilita confusão e conseqüente prejuízo, não justifica a determinação judicial de abstenção de uso da expressão "Bombil", além de que, ainda que a marca mereça proteção, legítima a utilização em seu nome comercial e documentação fiscal.

A autora interpôs o recurso adesivo de f. 307/317, insistindo na condenação da ré em indenização por danos materiais e morais, sustentando que, uma vez comprovada a violação dos direitos da recorrente quanto à proteção da marca, presumem-se os danos decorrentes do uso indevido da marca.

Contra-razões de f. 320/329, apresentadas pela apelada principal, e a de f. 346/349, pela apelada adesiva, pugnando pelo improvimento dos recursos.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, uma vez que próprios, tempestivos, regularmente preparados e processados, conheço dos recursos.

Da apelação principal.

Extrai-se dos autos que a autora obteve perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, o registro da marca "Bombril", conforme fazem prova os documentos de f. 36/48, sendo-lhe assegurada proteção especial com relação à aludida marca, por ser considerada uma marca de alto renome, nos termos do art. 125 da Lei 9.279/96.

Assim, sob o fundamento de que a ré vem utilizando expressão praticamente idêntica como marca, título de estabelecimento e elemento integrante de seu nome empresarial, tendo feito, inclusive, o pedido de registro no INPI, ajuizou a presente ação, objetivando a

abstenção do uso da referida expressão e também o pagamento de uma indenização.

O Juízo singular julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a ré a abster-se de utilizar o nome comercial e a marca da expressa "Bombil". Afastou, entretanto, a condenação por danos materiais e morais.

Em suas razões recursais, a ré sustenta que as empresas atuam em diferentes segmentos do mercado e insusceptíveis de serem confundidos, sendo que a expressão "Bombil", de sua criação, decorre da união das iniciais das palavras Bombas, Bicos, Injetores e Ltda., que constituem a sua denominação empresarial. Argumenta que, afastada a hipótese de concorrência desleal, visto que oferecem produtos de classe diversa e dirigidas a público distinto, legítima a utilização da marca de sua criação.

Tenho que não há, na espécie, como sustentar o direito da apelante principal.

A marca, como de trivial sabença, constitui sinal ou expressão destinada a individualizar os produtos ou serviços de uma empresa, identificando-os. Dada a importância para a economia moderna, representando um verdadeiro estímulo à livre concorrência, sua propriedade tem proteção garantida em nível constitucional e legal.

A garantia de uso da marca está contemplada no Código de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), que atribui, após o registro no INPI, o efeito de constituir o direito à sua propriedade.

A argumentação da apelante principal de que, no presente caso, não obstante sejam marcas similares, estas são usadas para distinguir segmentos de atividades completamente estranhos, não merece guarida, pois resulta manifesto dos autos que a apelada possui marca notória, declarada em registro próprio. Frise-se que a proteção às marcas notórias tem amparo legal.

Sobre a matéria, dispõe o art. 125 da Lei 9.279/96: "À marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade".

A respeito, ensina Fábio Ulhoa Coelho:

> A proteção da marca, portanto, é restrita à classe (ou classes) de produtos ou serviços em que é registrada. (...) A única exceção à regra da especificidade (limitação da tutela à classe) diz respeito à 'marca de alto renome', passível de proteção extensiva a todos os ramos de atividade (LPI, art. 125).. Trata-se de uma situação especial, em que se encontram certas marcas, amplamente conhecidas pelos consumidores (...). O titular de marca, registrada numa ou mais classes, pode requerer ao INPI que lhe atribua a qualidade de 'alto renome'. Neste caso, se a autarquia considerar que a marca é mesmo amplamente conhecida e deferir o pedido, a sua proteção será absoluta. O titular de marca de alto renome registrada pode, assim, impedir sua utilização por qualquer outro empresário, mesmo os dedicados a atividade econômica diversa (*Manual de direito comercial*, Saraiva, 2003, p. 153).

Reconhece-se que as marcas possuem como elemento essencial a "reputação", ou seja,, elevado conhecimento do público em geral, ao qual se agrega a intensa transmissão de determinados valores, como prestígio, fama, renome, transportados a quaisquer outros produtos, serviços ou atividades assinalados pela mesma marca.

Daí que, no concernente às "marcas notórias", a proteção legal especial volta-se também a evitar o denominado "risco de associação", ou seja, a possibilidade de confusão entre produtos, serviços ou quaisquer atividades, mesmo que absolutamente dessemelhantes.

Acrescenta-se que o deferimento de tal registro, como assinala Fábio Ulhoa Coelho, consiste em "ato discricionário do INPI, insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário, senão quanto aos seus aspectos formais, em vista da tripartição constitucional dos Poderes do Estado" (ob. cit., p. 91).

Portanto, não há dúvida de que a marca registrada pela autora, por ser notória, ou, como passou a ser denominada no atual Código de Propriedade Industrial, "marca de alto renome", goza de proteção em qualquer atividade e não

apenas quanto ao comércio ou indústria de seu titular.

Lucas Rocha Furtado, comentando o atual Código de Propriedade Industrial, após tecer anotações à marca notória, afirma que o efeito atrativo ao consumidor se dá pelo prestígio da marca. Diz ele:

> A tendência à diversificação revelada pelos complexos industriais, aliada às novas técnicas de comercialização, implicou nova concepção do próprio conceito de especialidade. Empresas que tradicionalinente atuavam em apenas um ramo de atividade, em face de novas estratégias mercadológicas, passaram a diversificar suas atividades, atuando em vários ramos de produtos ou serviços. Essa nova situação exigiu um alargamento da proteção de certas marcas excepcionalmente notórias, que passaram a requerer um âmbito de proteção além da classe onde estavam registradas, em confronto, portanto, com o princípio da especialidade. Essas marcas necessitam de proteção não apenas contra o uso em produtos similares, mas, igualmente, em produtos diferentes. O Código de Propriedade Industrial (Lei n° 5.772/71), em seu art. 67, utilizava a expressão 'marca notória' para designar a categoria de signos cuja proteção se estendia a todos os segmentos do mercado. A Lei nº 9.279/96 mantém o mesmo tipo de proteção. Porém, como surge em nosso direito positivo pátrio uma outra espécie de marca, internacionalmente denominada de 'marca notoriamente conhecida', a fim de evitar confusão entre esta última e a denominada pelo Código de Propriedade Industrial de 'marca notória', a Lei nº 9.279/96, em seu art. 125, mantém essa mesma forma de proteção; adota-se, apenas, nova terminologia para designá-las. Passam as 'marcas notórias' a ser denominadas 'marcas de alto renome'. Em função dessa diversidade de fatores, necessários à concessão a uma marca de proteção a todas as classes, poderia haver uma série de divergências ou de dificuldades por ocasião de sua aplicação em casos concretos. O critério decisivo, porém, que certifica a notoriedade da marca e que justifica sua proteção como marca de alto renome deve ser o efeito de atração que ela deve ser capaz de exercer sobre o público em geral. Indiscutivelmente, a marca 'Coca-Cola' tomou-se conhecida como identificadora de refrigerantes. No entanto, caso seja fabricada uma camiseta identificada por essa mesma palavra, o consumidor irá adquirir o produto (camiseta) acreditando ser ela fabricada pela mesma empresa que produz o refrigerante. O fato concreto é que a boa reputação e o prestígio da "marca notória" estarão sempre presentes, para exercer efeito atrativo nos consumidores de todo e qualquer produto ou serviço (*Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro.* Ed. Brasília Jurídica, 1996, p. 129).

Também nesse sentido é o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Direito Comercial. Código de Propriedade Industrial. Marca notória. Registro. Princípio da especificidade. Exceção. Marca 'Caracu'. Lei 5.772/71, art. 67. Lei 9.279/96, art. 125. Recurso provido. - I - O direito marcário brasileiro vincula-se ao princípio da especificidade, segundo o qual a marca produz efeitos somente em relação a produtos ou serviços da respectiva classe de registro. Entretanto, a própria lei de regência traz exceção à regra, disciplinando que a marca notória, declarada em registro próprio, goza de proteção em todas as classes. - II - A proteção legal tem por escopo resguardar o consumidor adquirente do produto, crédulo da procedência comum dos bens, sobretudo em razão do grande potencial econômico das empresas que detêm a titularidade da marca notória (REsp 50.609-MG, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 06.05.1997).

In casu, os documentos que instruem o processo são fortes indicativos da grande difusão da marca da parte autora, inclusive em outros países, devendo mesmo ser vedada a utilização de uma marca que apresenta grande semelhança com a marca "Bombril".

Destaca-se que o direito da apelada de impor respeito à sua marca em todas as classes, há de refletir, também, no que concerne ao nome comercial, pelo que injustificada a pretensão da apelante principal de manutenção de seu nome empresarial.

Tal medida se mostra necessária notadamente porque a utilização da razão social, seja através de documentos, seja através de notas fiscais, vem a colidir com o propósito de evitar-se o uso indiscriminado da marca notória e de alto renome de que é titular a apelada.

Nesses termos, nego provimento à apelação principal.

Da apelação adesiva.

A apelante adesiva pleiteia sejam incluídos na condenação os danos de ordem moral e os lucros cessantes.

Em que pese o desconforto que o evento possa ter causado à requerente, além de não vislumbrar a alegada dor experimentada por ela a autorizar uma indenização por dano moral, também não se constata tenha a apelada adesiva agido com dolo, a justificar a reparação pecuniária.

Sobre a indenização devida ao titular do direito de propriedade industrial, restou claramente consignado na Lei 9.279/96:

> Art. 207. Independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil.
> Art. 208. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.
> Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos caudados por atos de violação de direito de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.
> Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:
> I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse corrido; ou
> II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou
> III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

Como se vê, não há dúvida de que o prejudicado tem o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de uma forma bem abrangente de "todos os prejuízos causados por atos de violação de direito de propriedade industrial e atos de concorrência desleal".

Também não se pode olvidar que a simples e objetiva violação de marca, por si só, constitua crime e *ipso facto* punível por lei, sendo que a utilização por parte do concorrente de marca igual ou semelhante provoca danos de toda a sorte.

Mas, ainda que o fato atribuído ao réu seja capaz de produzir dano, na hipótese presente, tenho para mim que as perdas e os danos alegados não restaram provados na sua efetividade.

Primeiramente, entendo que, para que ocorra o direito aos lucros cessantes, a título de perdas e danos, é necessária a comprovação de algo a ganhar, uma vez que só se perde o que se deixa de ganhar.

No entender de Fischer:

> Não basta, pois, a simples possibilidade de realização do lucro, mas também não é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas, e das circunstâncias especiais do caso concreto (*A reparação dos danos no direito civil*, p. 48).

Ademais, não se vislumbram quaisquer vantagens, ganhos ou proveitos que o titular do direito de propriedade industrial teria auferido se a violação não tivesse ocorrido, tampouco que a utilização, pela apelada adesiva, da expressão "Bombil" tenha abalado a imagem da "Bombril", com reflexos na própria empresa, visto que, na hipótese presente, nem sequer se trata de concorrência desleal.

Assim, não configurada, na situação dos autos, qualquer perda sofrida pela apelante adesiva em seu patrimônio ou quaisquer lucros de que tenha sido privada, a indenização pleiteada não é mesmo devida.

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou a respeito:

Marca. Utilização. Dano. Código Civil, artigo 159. - Para se reconhecer o direito a indenização, necessário indique a inicial em que consistiram os prejuízos e que do processo de conhecimento resulte que efetivamente se verificaram. Isso pode evidenciar-se, tendo em vista o que comumente acontece, daí se retirando as possíveis inferências. Inviável é prescindir-se do dano ou proferir-se sentença condicional que determine a reparação de danos caso, em liquidação, se apure que ocorreram (REsp nº 115088/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Propriedade industrial. Marca (logotipo ou símbolo). Uso (indevido). Prejuízo (inexistência). Indenização. -1. Pelo uso de marca comercial, logotipo ou símbolo (Súmula 143), admitem-se perdas e danos, que, no entanto, pressupõem a existência de prejuízo. - 2. O prejuízo, tratando-se de fato constitutivo do direito do autor, há de ser comprovado no curso da ação. - 3. Se se entendeu, na origem, que se não fez a prova ('não veio aos autos a prova do efetivo dano material ou moral', do acórdão recorrido), a pretensão recursal esbarra na Súmula 7, a teor da qual 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (ver AgRg 76.295, *DJ* de 23.10.95). - 4. Inocorrência de afronta ao art. 59 da Lei nº 5.772/71. Recurso especial não conhecido (REsp 221861 /RJ, Rel. Min. Nilson Naves).

Também que tange ao dano moral alegado, não procede o almejado ressarcimento diante da ausência de mínima comprovação de efetiva lesão moral para a apelante adesiva.

De fato, no presente caso, não há qualquer prova dos danos que a apelante adesiva diz ter sofrido, lembrando que o ônus probatório era todo dela, a teor do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, mostra-se induvidoso que incumbia à autora comprovar, de forma convincente, o fato constitutivo do seu direito quanto aos lucros cessantes ou prejuízo moral, não logrando, contudo, êxito nesse empreendimento.

Com tais fundamentos, nego provimento às apelações, mantendo a r. sentença hostilizada por seus doutos e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelas apelantes, na proporção dos recursos interpostos.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Hilda Teixeira da Costa* e *Renato Martins Jacob*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

-:::-

VEÍCULO - AQUISIÇÃO - VISTORIA - ADULTERAÇÃO DE CHASSI - DETRAN - LAUDO - INSUFICIÊNCIA - PERÍCIA - DETERMINAÇÃO - PROVA - JUIZ - PRINCÍPIO DA ÍNTIMA CONVICÇÃO - LAUDO PERICIAL - CONCLUSÃO - DEFEITO NO VEÍCULO - AUSÊNCIA - ADQUIRENTE - DANO MORAL - NÃO-CONFIGURAÇÃO - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Ação ordinária. Aquisição de veículo. Laudo de vistoria do Detran. Remarcação de chassi apontada. Realização de perícia técnica. Vício elidido

- A perícia técnica é um importante instrumento de convicção do julgador, dotada de presunção de veracidade, a qual apenas pode ser afastada mediante prova contundente em contrário.

- Se o laudo do Detran/MG, embora goze de presunção *juris tantum*, não fornece elementos suficientes a ensejar uma conclusão acerca das conseqüências da informação nele contida, de que o chassi fora remarcado, o laudo pericial realizado por determinação do juiz tem extrema importância e valor para a solução da lide.

- Concluindo o laudo pericial quanto à ausência de defeitos que inviabilizem ou tornem inadequado o uso do veículo, sem a constatação de adulteração do chassi, já que os números de identificação estão em conformidade com os padrões exigidos pela legislação e normas técnicas vigentes, a improcedência do pedido se impunha.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.03.037598-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ismael Coelho da Silva - Apelado: Marcopolo S.A. - Relator: Des. RENATO MARTINS JACOB

Acórdão

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

Belo Horizonte, 11 de janeiro de 2007. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Renato Martins Jacob - Ismael Coelho da Silva interpôs recurso de apelação contra a respeitável sentença de f. 224/227, que julgou improcedente o pedido constante da ação ordinária ajuizada em desfavor de Marcopolo S.A., condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, com as correções legais, suspensa a exigibilidade em face da assistência judiciária concedida.

Consta dos autos que o requerente adquiriu da empresa ré um ônibus, modelo lotação, tendo sido verificada, quando da vistoria no Detran/MG, a remarcação do chassi, o que levou a seguradora a rejeitar a elaboração do seguro do veículo.

Assim, pleiteou a substituição do ônibus adquirido, ou a indenização substitutiva se impossibilitada a troca do veículo, bem como lucros cessantes, indenização por danos morais e ressarcimento das despesas relativas a emplacamento e IPVA.

Entendeu o MM. Juiz de Direito que, diante do laudo pericial juntado aos autos, o chassi não foi remarcado, ao contrário da conclusão do vistoriador do Detran, havendo apenas o desalinhamento do algarismo "I" em relação aos demais caracteres, com a preservação da numeração cadastral constante do certificado de registro e licenciamento do veículo.

Concluiu que não restou demonstrada a impropriedade ou a inadequação do veículo ao transporte de passageiros, não havendo como se imputar à empresa ré qualquer responsabilização por problemas de alinhamento no chassi.

Inconformado, apela às f. 228/233, sustentando que o laudo de vistoria expedido pelo Detran/MG é documento oficial, sobre o qual milita a presunção *iuris tantum*, não tendo a requerida se desincumbido do ônus de provar que o chassi não foi renumerado.

Alega que a perícia realizada durante a instrução do feito revela que houve alteração do chassi gerado pela montadora.

Destaca que não há dúvida quanto ao vício no veículo que lhe fora vendido pela empresa ré, que lhe gerou danos, tais como a negativa de seguro.

Contrariedade recursal deduzida às f. 235/241, em que a requerida rebate os argumentos do apelo, sem argüir preliminares.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O recorrente sustenta que a empresa apelada lhe vendeu um ônibus com chassi adulterado, o que lhe causou danos, dentre eles a recusa pela seguradora de assinar contrato de seguro, em decorrência de tal constatação.

Verifica-se que, do laudo de vistoria elaborado pelo Detran/MG, consta, de fato, que "o

chassi apresenta-se com lixamento e remarcação do nº do chassi" (f. 14), tendo sido esta a justificativa dada pela seguradora para recusar a celebração do contrato com o autor (f. 17).

Para elucidar os fatos, especialmente a suposta adulteração do chassi, foi determinada a realização de perícia, uma vez que o exame do fato a ser provado dependia de conhecimentos técnicos.

Nesse aspecto, destaque-se que a perícia é um importante instrumento de convicção do julgador, dotada de presunção de veracidade, a qual apenas pode ser afastada mediante prova contundente em contrário.

Das lições de Ernane Fidélis dos Santos, extrai-se que:

> A perícia é prova especializada por excelência. Seu objetivo é suprir conhecimentos técnicos que o juiz, pela natureza deles, não tem ou, pelo menos, presume-se não tê-los.
> A prova pericial deve sempre ser realizada, quando se reclamarem conhecimentos técnicos e especializados, ainda que o juiz os tenha, pois a prova, destinando-se ao conhecimento do julgador, é também garantia das partes. O juiz não pode ser, ao mesmo tempo, perito e juiz.
> Sob o aspecto qualitativo da prova, não há dúvida de que o juiz tende a dar prevalência à perícia, apenas decidindo contra ela se houver fortes razões para tanto (*in Manual de direito processual civil.* 3. ed. Saraiva, v. I, p. 437/438).

Cumpre observar, a propósito, que o laudo do Detran, embora goze de presunção *juris tantum*, não fornece elementos suficientes a ensejar uma conclusão acerca das conseqüências da informação nele contida, razão pela qual o laudo pericial realizado por determinação do Juiz tem extrema importância e valor para a solução da lide.

E, analisando o laudo pericial de f. 84/109, conclui-se que a apontada remarcação do chassi, tal como consta do laudo do Detran, não configura adulteração a ensejar conseqüências danosas ao proprietário do veículo, no caso o autor.

Oportuna a transcrição das conclusões alcançadas pelo ilustre perito oficial:

> Perante a avaliação dos laudos de vistoria realizados pelo Detran e a vistoria realizada em 28.12.2004, observa-se que as mesmas características de desalinhamento e sulcos de esmerilamento estavam presentes desde 03.12.2001, 5 (cinco) dias após a data da aquisição do veículo.
> O padrão de gravação do chassi do veículo do autor e do veículo similar é o mesmo. Através desta confrontação, conclui-se que ambos tiveram suas gravações do número do chassi executadas pelo fabricante.
> Não foram encontradas plaquetas de identificação da Caixa de Câmbio e do Diferencial, indicando a ocorrência das intervenções de manutenção ou possível troca de componentes.
> Os números de identificação constantes do chassi na longarina e na cabine, motor, carroceria estão em conformidade com os padrões exigidos pela legislação e normas técnicas vigentes (f. 108).

E, para melhor compreensão, merecem destaque os seguintes quesitos elaborados pelo autor (f. 67/68) e as respectivas respostas:

> 1. Os documentos de f. 14 e 25 trazem cópia (decalque) da numeração do chassi do veículo placa GNV 9692, ou seja, 93PB05B3M1C005278. Segundo o Vistoriador do Detran, Wellington Palhares Barra, 'O chassi apresenta com lixamento e remarcação do nº do chassi'.
> 1.1. O Sr. Perito concorda com o resultado da vistoria feita pelo profissional do Detran? Fineza justificar.
> Resposta:
> Concernente à afirmação de numeração de chassi 'remarcada' apresentada no citado Laudo de Vistoria, é discordante, uma vez que, após análise na numeração gravada na longaria do veículo em questão, pode-se constatar que não houve 'remarcação' da numeração, mas 'rebatimento' dos 08 (oito) últimos dígitos de série.
> No que se refere ao termo 'lixamento', deve ser considerado que, para reparar o erro na primeira gravação, foi necessário esmerilar o já existente, para 'rebatimento' dos números corretos da produção em série.

3. Além das implicações legais, a remarcação do nº do chassi de um veículo implica severa desvalorização do mesmo? Fineza justificar.
Resposta:
Sim, no entanto essa não é a situação do veículo em questão, pois não há 'remarcação' de chassi, e sim um 'rebatimento' de correção da numeração original de fábrica marcada pela montadora na longarina direita, em sua face externa direita.
5. A recusa da HSBC Seguros em celebrar contrato de seguros com o autor, conforme correspondência de f., se deve ao problema detectado pela vistoria do Detran, segundo afirmativa da própria Seguradora. Via de regra as seguradoras recusam a segurar veículo com 'chassi raspado e desalinhado'?
Resposta:
Inicialmente, deve-se esclarecer que o chassi do referido veículo não se encontra desalinhado conforme alega a seguradora (f. 17 dos autos), pois o veículo não apresentou problemas estruturais na vistoria. O chassi, de fato, encontra-se apenas com a marcação da identificação na longarina direita desalinhada. Não cabe ao perito analisar a legislação e os critérios de uma seguradora de veículos para aceitação ou recusa de veículos em seus contratos.
Quanto aos quesitos da ré (69/71) e respectivas respostas destaca-se:
4. O chassi do veículo do autor apresenta sinais de 'remarcação'?
Resposta:
Não, a numeração de chassi do veículo do autor está com a configuração de identificação rebatida, pois, para que haja a afirmação de remarcação do número de chassi, é necessário que seja detectada outra série identificadora sob o número gravado, fato esse inexistente no veículo do autor.

Os esclarecimentos técnicos acerca da questão, portanto, não deixam dúvidas quanto à ausência de defeitos que inviabilizem ou tornem inadequado o uso do veículo, já que os números de identificação estão em conformidade com os padrões exigidos pela legislação e normas técnicas vigentes, não tendo sido demonstrada qualquer adulteração ou fraude no chassi do veículo.

E, se é a suposta remarcação do chassi que teria causado ao pedido ressarcitório, a improcedência dos pedidos se impunha.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas pelo apelante, cuja exigibilidade fica suspensa, em face do disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Valdez Leite Machado* e *Dídimo Inocêncio de Paula*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

DENUNCIAÇÃO DA LIDE - ART. 70, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - REQUISITOS - AUSÊNCIA - INDENIZAÇÃO - CONTRATO - DIREITO DE REGRESSO - CLÁUSULA EXPRESSA - INEXISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de obrigação de dar coisa incerta c/c indenização por perdas e danos. Litisconsórcio necessário. Inexistência. Denunciação da lide. Aspecto formal. Art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil. Contrato. Direito regressivo. Ausência. Indeferimento mantido.

- A ocorrência de litisconsórcio necessário emana de disposição legal ou decorre da natureza da relação jurídica, na medida em que o juiz houver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes.

- A aplicação do art. 70, III, do Código de Processo Civil deve ser feita de forma restrita, admitindo-se a denunciação somente em casos da chamada garantia própria, evitando, com isso, o

desdobramento subjetivo da lide e a implosão de um instituto vocacionado à economia processual.

AGRAVO N° 1.0702.04.146613-8/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: J. Toledo Amazônia Indústria e Comércio de Veículos Ltda. - Agravado: Marco Antônio Sallum - Relator: Des. OSMANDO ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2007. - *Osmando Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Osmando Almeida - Trata-se de agravo de instrumento aviado por J. Toledo Amazônia Indústria e Comércio de Veículos Ltda., visando à reforma da r. decisão de f. 10-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia nos autos da ação de obrigação de dar coisa incerta c/c indenização por perdas e danos movida por Marco Antônio Sallum contra a ora agravante, Consulado Comércio de Veículos Ltda., Viga Implementos Rodoviários Ltda. e Star Bike - Suzuli.

Em suas razões - f. 04/09 - com pedido de antecipação da tutela recursal, busca a agravante a reforma da r. decisão que indeferiu o seu pedido de denunciação da lide. Afirma que o agravado move uma ação de obrigação de dar coisa incerta c/c indenização contra a recorrente e outras, tendo em vista a realização de um negócio envolvendo a venda de um veículo e o consórcio de uma motocicleta. Diz que em sua peça de contestação postulou a denunciação da lide aos garantidores hipotecários da empresa Consulado, o que foi indeferido. Alega que não se houve com acerto a d. Julgadora, pois a recorrente está sendo processada por "um ato perpetrado pela concessionária Consulado" - f. 06 -, fazendo-se necessário que os seus garantidores hipotecários integrem a lide. Assevera que a sua pretensão encontra suporte no art. 70, III, do Código de Processo Civil,

> pois os litisdenunciados, na remota hipótese de procedência da demanda, estarão, por conta do art. 934 do Código Civil e da escritura pública de hipoteca, obrigados a ressarcir o prejuízo decorrente da condenação - f. 07.

O presente agravo foi distribuído durante o plantão ao eminente Des. Pereira da Silva, que, não vendo urgência, determinou sua redistribuição - f. 214.

Redistribuído à minha relatoria - f. 216/217 -, proferi o despacho de f. 219/221, em que o presente agravo foi recebido, negada a antecipação da tutela recursal pretendida e determinada a intimação para resposta.

Intimado o agravado - f. 223 -, deixou ele transcorrer *in albis* o prazo para resposta conforme certificado à f. 224.

Preliminares não foram deduzidas nem as vi de ofício para serem enfocadas.

Trata-se de pedido de denunciação da lide, formulado nos autos da ação de obrigação de dar coisa incerta c/c indenização por perdas e danos, f. 52/54-TJ, ao fundamento de que:

> se a Ré for condenada por ato da concessionária, deverá ser indenizada por esta. Por conseqüência, sendo responsável pela indenização a concessionária, também serão seus garantidores hipotecários... - f. 52-TJ. Diante disso e com fundamento no art. 70, III, do Código de Processo Civil, pretende a agravante a reforma da r. decisão que denegou o pedido de denunciação ofertada, para que sejam os denunciados responsabilizados pela eventual condenação.

A controvérsia, neste caso, deverá cingir-se ao indeferimento da denunciação da lide dos garantidores hipotecários relacionados pela recorrente, quais sejam: Elmar Sebastião de Souza,

Kátia Lemos de Souza, Arlindo José de Sousa, Valdomiro Alfredo de Sousa, Ana Paula Vilela Tannus de Sousa, Luiz Henrique Rodrigues de Araújo, Lane Lúcia de Souza Araújo, Anterino Herculano Mariano e Doralice Mendes Mariano, alegando que essas pessoas, através de escritura pública de hipoteca, se "responsabilizaram expressamente por obrigações da Consulado Comércio de Veículos Ltda. perante a agravante, ou seja, contrato" - f. 06.

Verifica-se que a denunciação fora formulada com fulcro no art. 70, III, da Lei dos Ritos e, sabidamente, para acolhimento de tal pretensão, necessário se faz que os denunciados estejam obrigados, por lei ou contrato, a indenizar em "ação regressiva" o prejuízo daquele que perder a demanda.

Após o detido exame dos autos, como fizera o d. Magistrado, não vislumbrei presentes os requisitos exigidos pelo referido dispositivo legal; ou seja, não extraí eventual direito de regresso da denunciante contra os denunciados, o que se fazia imprescindível para o acolhimento do pedido de f. 52/54-TJ.

É importante a constatação de que, de fato, existe nos autos a escritura pública de hipoteca - f. 80/83-v.-TJ - celebrada em 04.11.1997, com prazo de dois anos, prorrogada, conforme se vê às f. 84-v. e 85-v.- TJ, em 21.02.2000, por mais 04 (quatro) anos reafirmadas as mesmas cláusulas da anterior.

Verifica-se que a cláusula 8ª estabelece o seguinte:

> que a garantia ora oferecida subsistirá até final solução das relações comerciais entre a 'devedora' e a 'outorgada', obrigando-se esta a liberar os bens da garantia, uma vez cessadas as suas relações comerciais com a 'devedora', e desde que não haja qualquer débito ou pendência, fornecendo, para tanto, a documentação necessária ao cancelamento da hipoteca ora constituída junto aos Registros Imobiliários competentes - f. 81 e 83-TJ.

Diz a agravante que é pertinente a denunciação da lide aos garantidores hipotecários, pois, se condenada a empresa Consulado e for a ora recorrente obrigada a ressarcir o prejuízo, legítimo é o seu direito de regresso contra os denunciados. Não tem razão, *suma venia*. E por mais de um motivo.

Em primeiro lugar, porque, conforme se vê da escritura de prorrogação do prazo da hipoteca constante de f. 82/86-TJ, à época da propositura da ação - 28.06.2004 - f. 37-TJ -, já havia transcorrido o prazo de 04 (quatro) anos nela fixado, cujo termo ocorreu em 21.02.2004.

Por segundo, conforme documento de f. 87-TJ, a empresa Consulado desistiu "em caráter irrevogável de continuar como Concessionário Autorizado J. Toledo Suzuki Motos do Brasil na cidade de Uberlândia...", e tal ocorreu em 12.06.2003.

Ora, conforme a cláusula 8ª referida, a responsabilidade dos garantidores hipotecários estava limitada ao encerramento das relações comerciais entre eles e a ora agravante; isso, conforme se vê pelo documento acima citado, ocorreu em 12.06.2003, não havendo nos autos qualquer prova, ainda que indiciária, de que alguma pendência tenha restado da relação comercial entre as partes. E, mais importante, vencido o prazo da hipoteca em 21.02.2004, nada nos autos comprova tenha ela sido prorrogada para garantia de qualquer negócio ou pendência oriunda da relação comercial havida entre a Consulado e a ora recorrente.

Colhe-se da doutrina e da jurisprudência que, para exercer o direito regressivo, deve estar ele estampado em lei ou em contrato.

Sobre o tema vê-se, no *Curso avançado de processo civil* (Revista dos Tribunais, 2. ed., 1999, v. I, p. 264, coordenado por Luiz Rodrigues Wambier), quando da dissertação sobre o art. 70 e seus incisos, do Código de Processo Civil, que:

> Finalmente, a terceira hipótese que enseja a denunciação da lide é a que decorre de o denunciado estar obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar o eventual sucumbente. Este é o caso mais comum de denunciação, e

os exemplos são fartos. O mais expressivo talvez seja o da companhia de seguros que, acionada por aquele que sofreu o prejuízo, denuncia a lide ao causador.

Podemos, então, concluir que, para existir esse direito regressivo, necessário se faz que tenha ele origem em um contrato, com cláusula expressa nesse sentido ou em lei. Esta constatação, como visto, não existe nem subsiste nestes autos, renovada vênia.

O direito de regresso, pressuposto básico da denunciação da lide com fulcro no inciso III do art. 70 já mencionado, se funda na lei ou em contrato, para tanto não se prestando, como visto, a escritura de hipoteca trazida pela agravante, seja porque vencida a sua eficácia, seja porque já se encerraram, ao que consta dos autos, sem qualquer pendência, as relações comerciais entre as partes contratantes.

Ainda que assim não fosse, observo que tal escritura, ao meu sentir, não denota qualquer direito de regresso, a justificar a denunciação pretendida.

Por outro lado, extrai-se da contestação da agravante, cuja cópia se encontra às f. 50/64-TJ, que pretende ela atribuir a responsabilidade pelo evento exclusivamente aos denunciados descritos na f. 52-TJ. Nesse caso, a denunciação não vinga, pois que não visa ela à substituição da parte. Com a denunciação da lide, dentro do princípio da economia processual, se inserem em um só procedimento duas lides interligadas, onde o potencial conflituoso se realiza concretamente em função de um determinado resultado, obtido quando decidida a lide principal. Não há exclusão ou prejudicialidade, mas, como lembrado por Humberto Theodoro Júnior em *Curso de direito processual civil*, Forense, v. I, 25. ed., 1998, p. 129:

> A sentença, de tal sorte, decidirá não apenas a lide entre autor e réu, mas também a que se criou entre a parte denunciante e o terceiro denunciado.

O tema, tal como posto na contestação e no pedido que resultou no r. despacho agravado, em tese se avizinha mais do chamamento ao processo, presente no art. 77 e seus incisos, da Lei dos Ritos.

Nesse sentido:

> Somente cabe denunciação da lide em caso de futura ação regressiva, e nunca para substituição de parte que se pretende não devedora e funda sua defesa em culpa de outrem (acórdão da 1ª Câmara do TJMG, Rel. Des. Paulo Tinôco, citado por Alexandre de Paula, *in Código de Processo Civil anotado*, Revista dos Tribunais, 7. ed., v. I, p. 638).

E mais:

> A denunciação da lide pressupõe a existência de relações jurídicas conexas. Em conseqüência, não se pode falar em denunciação, quando a responsabilidade que se atribui ao denunciado é direta, não regressiva (Apelação Cível nº 29.729, da 2ª Turma do TJDF, Rel. Des. Getúlio Morais, obra e página citadas).

Sabidamente, nos casos do art. 70 do Código de Processo Civil, somente a denunciação da lide para proteção contra a evicção é obrigatória. Nos demais casos, se não feita ou se for recusada, a falta de denunciação não impede eventual propositura de ação posterior.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo.

Custas, pela agravante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Pedro Bernardes* e *Tarcísio Martins Costa.*

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - OFENSA À HONRA - REPORTAGEM - IMPRENSA - LEGITIMIDADE PASSIVA

Ementa: Agravo de instrumento. Processual civil. Ofensa à honra. Matéria veiculada em jornal. Legitimidade passiva do diretor e do autor do escrito.

- "São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação" (Súmula nº 221-STJ).

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 2.0000.00.509068-8/000 - Comarca de Frutal - Agravante: Helvico José de Queiroz Júnior - Agravados: Correio do Vale, Eliza Batista Simão, Alex Reis de Freitas - Relator: Des. TARCISIO MARTINS COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 23 de janeiro de 2007. - *Tarcísio Martins Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Tarcísio Martins Costa: - Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de f. 85, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Comarca de Frutal, que, nos autos da ação de indenização por danos morais movida por Helvico José de Queiroz Júnior em face de Correio do Vale, Eliza Batista Simão e Alex Reis de Freitas, acolheu preliminar de ilegitimidade do segundo e terceiro requeridos, julgando extinto o processo sem resolução do mérito, em relação aos mesmos.

Irresignado, pretende o agravante a reforma do r. *decisum*, sustentando, em suma, ser de pacífico entendimento jurisprudencial que os diretores de jornais, bem como os autores da matéria ofensora e a respectiva empresa jornalística são solidariamente responsáveis pelos danos causados, devendo, portanto, os demais requeridos figurarem no pólo passivo da relação processual, tratando-se, inclusive, de matéria sumulada pelo colendo STJ (Súmula 221).

Deferidos a formação e o processamento do agravo, foi determinada a intimação do agravado (f. 112/113).

Informações prestadas, restando mantida a r. decisão hostilizada (f. 118).

Embora regularmente intimados, por duas vezes, os agravados não se manifestaram (f. 171 e 177).

Preparo à f. 13.

Presentes os pressupostos que regem sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Assoma dos autos que o agravante ajuizou ação de indenização por danos morais em desfavor do Jornal Correio do Vale, em virtude de publicação de matéria jornalística que diz ofensiva à sua honra, bem assim, contra Eliza Batista Simão, diretora do jornal, e, ainda, Alex Reis de Freitas, autor da reportagem.

A r. decisão hostilizada, acolhendo preliminar de ilegitimidade passiva, extinguiu o processo sem resolução do mérito, em relação à segunda e ao terceiro requerido, sob o fundamento de que "a autoria da manifestação debatida nos autos é pertencente à pessoa jurídica que explora o meio de comunicação Correio do Vale".

Inconformado, sustenta o agravante ser de pacífico entendimento jurisprudencial que os diretores de jornais, bem como os autores da matéria

ofensiva e a respectiva empresa jornalística, são solidariamente responsáveis pelos danos causados, devendo, portanto, os demais requeridos figurar também no pólo passivo da relação processual, tratando-se, inclusive, de matéria já sumulada pelo colendo STJ (Súmula 221).

Suma venia, a decisão atacada desmerece confirmação.

É que ao requerente é facultado ajuizar a ação indenizatória diretamente em face do autor do escrito que denota ofensa, ou, ainda, contra a empresa que explora o meio de comunicação e seu proprietário, ou contra os três.

Pretende-se, com isso, atrair a responsabilização daquele que, diretamente, compôs a ofensa: o autor da matéria ofensiva. Identificado o autor, é facultado ao ofendido litigar diretamente contra ele e também contra o proprietário do veículo de informação, na busca de reparação ao dano.

Nesse sentido, o entendimento do colendo STJ:

> Responsabilidade civil. Danos morais. Ofensa veiculada pela imprensa. Legitimidade passiva *ad causam*. - São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação (Súmula nº 221-STJ). Recurso especial não conhecido. (REsp 208383/RJ - *DJ* de 21.08.2000, p. 00142 - Órgão Julgador: Quarta Turma - Relator: Min. Barros Monteiro - Data da decisão: 16.5.2000).
>
> Dano moral. Lei de Imprensa. Legitimidade passiva. Precedente da Corte. - 1. Na linha de precedente da Corte, a regra do art. 49, § 2º, da Lei de Imprensa não comporta interpretação que exclua a legitimidade passiva daquele que, diretamente, usou as expressões apontadas como violadoras do direito fundamental do autor.. Identificado o autor da ofensa à honra, pode o ofendido acioná-lo diretamente, não colhendo fruto a alegada ilegitimidade passiva. - 2. Recurso especial não conhecido (STJ - REsp 184232-SP - 3ª T. - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - *DJU* de 22.02.1999 - p. 110)

A Segunda Seção do colendo STJ já sacramentou esse entendimento, através da Súmula nº 221, no sentido de que todos aqueles que concorrerem para o ato lesivo, em virtude de notícia veiculada na imprensa, têm legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda indenizatória ajuizada pelo ofendido, *litteris*:

> São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.

No caso *sub examine*, verifica-se que a ação foi proposta contra o veículo de informação, mas também contra sua diretora e o autor que subscreveu a matéria.

A respeito da responsabilidade do diretor ou editor que, sabidamente, detêm a palavra final sobre as matérias publicadas nos periódicos, autorizando o conteúdo ou vetando a publicação, mesmo no tocante às reportagens elaboradas e firmadas por outros jornalistas, de modo a adequar o texto final à linha editorial do jornal, vale transcrever a lição de Juarez Bahia:

> (...) No jornal brasileiro, o reescrevedor trabalha num sistema que compreende o chefe de seção ou editor.
> (...)
> A função editorial do reescrevedor é dar 'estilo' à matéria. Esse 'estilo' nada tem a ver com o estilo literário propriamente dito.Trata-se da 'maneira de ver' do jornal, da convenção tradicional de valor jornalístico, seleção de proximidade e importância, eliminação de referências ou implicações perigosas relacionadas com injúria e difamação, disposição do texto em parágrafos curtos, condensação dos tópicos, correções de linguagens sem alterar o sentido das idéias, revisão e reformulação dos títulos e subtítulos de maneira a conferir-lhes objetividade e clareza, enfim, evitar o tratamento fragmentário e incompleto, adaptando o texto com detalhes e características que o completam. (*Jornal, história e técnica.* Ed. Martins, 1967, p. 149-50).

Segundo o insigne Humberto Theodoro Júnior, *litteris*:

Dessarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão (*Curso de direito processual civil.* 40. ed., Forense, 2003, v. I, p. 54).

Portanto, a legitimação significa o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas, respectivamente, a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda, evidenciando-se, desse conceito e das lições acima transcritas, que os réus Eliza Batista Simão, diretora do Jornal Correio do Vale, e Alex Reis de Freitas, autor da reportagem reputada ofensiva, são sujeitos passivos da lide, igualmente titulares dos interesses em conflito.

Ao impulso dessas considerações, dá-se provimento ao agravo, para desvalidar a r. decisão atacada, a fim de reintegrar a segunda e o terceiro réu no pólo passivo da relação processual.

Custas recursais, pelos agravados.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Antônio de Pádua* e *José Antônio Braga.*

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

AÇÃO DE COBRANÇA - PLANO DE SAÚDE - CIRURGIA - NECESSIDADE - CARACTERIZAÇÃO - CLÁUSULA CONTRATUAL - COBERTURA - AUSÊNCIA - DESPESA MÉDICA - DEVER DE INDENIZAR

Ementa: Ação ordinária de cobrança. Seguro de saúde. Gastroplastia (redução de estômago). Retirada de excesso de pele. Intervenção cirúrgica reparadora. Sentença mantida.

- Considerando que a cirurgia para retirada do excesso de pele, com nítido caráter reparador, constitui parte integrante do tratamento médico decorrente da gastroplastia (redução do estômago), objeto de cobertura contratual, é imperiosa a confirmação da sentença que condenou a seguradora apelada ao ressarcimento das despesas médicas efetuadas pelo segurado.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.801659-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Bradesco Saúde S.A. - Apelado: Ricardo de Siqueira Feitosa - Relator: Des. LUCAS PEREIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PREJUDICIAL E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de março de 2007. - *Lucas Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Lucas Pereira - Trata-se de ação ordinária de cobrança movida por Ricardo Siqueira Feitosa em desfavor de Bradesco Saúde S.A.

Consta da inicial que as partes celebraram contrato de seguro saúde no ano de 1999, referente à Apólice nº 0125063; que, no mês de junho de 2001, o autor foi submetido a uma intervenção cirúrgica denominada gastroplastia com derivação biliopancreática, destinada ao tratamento de obesidade mórbida; que, diante do vultoso emagrecimento da ordem de 50 quilos, nova intervenção se fez necessária para a retirada de sete quilos de excesso de pele; que a ré se recusou a custear as despesas decorrentes da segunda intervenção cirúrgica ao argumento de ausência de cobertura contratual; que a recusa é indevida, pois,

havendo previsão contratual para a gastroplastia, é imperioso assegurar cobertura para os procedimentos decorrentes.

Em resposta, a ré ofertou contestação e argüiu prejudicial de prescrição. No mérito, asseverou que somente as cirurgias restauradoras e resultantes de acidentes pessoais ocorridos na vigência do pacto possuem cobertura contratual; que a intervenção realizada pelo autor possui caráter estético e, por isso, não é passível de reembolso.

Na sentença, o juízo singular rejeitou a prejudicial de prescrição e, no mérito, consignou que a cirurgia de retirada do excesso de pele possui caráter reparador e que a disposição contratual que limita a realização de cirurgia restauradora aos casos de acidente pessoal e tratamento de neoplasia maligna está em desacordo com os procedimentos já realizados pela ré. Ao final, julgou procedente o pedido inicial para condenar a parte ré a reembolsar o autor na importância de R$ 5.595,19 (cinco mil quinhentos e noventa e cinco reais e dezenove centavos).

Em suas razões recursais, a ré ratificou a prejudicial de prescrição e, no mérito, aduziu que a cirurgia realizada pelo autor, qual seja dermolipectomia abdominal, possui caráter estético e não decorre de acidente ou tratamento cirúrgico de neoplasia maligna e, por isso, está excluída do âmbito de cobertura do contrato; que o segurador somente se obriga pelos riscos assumidos no contrato, a ser interpretado restritivamente. Por fim, pugnou pelo provimento do recurso.

O apelado, por sua vez, ratificou o pedido inicial e requereu a confirmação da sentença.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Prejudicial de mérito.

Diversamente do que alega a apelante, não vejo como reconhecer a prejudicial de prescrição.

Ora, considerando que o termo inicial do prazo prescricional de um ano previsto pelo art. 178, § 6º, II, do CC/1916, se dá com a negativa de pagamento e considerando também que inexiste nos autos comprovação do início da fluência do prazo prescricional, ou seja, da data na qual a seguradora apelante se recusou a efetuar o pagamento pleiteado, fica obstado o acolhimento da prejudicial de prescrição.

Afasto, portanto, a prejudicial de prescrição.

Mérito.

Consta dos autos que as partes celebraram contrato de seguro saúde referente à Apólice nº 0125063 e que o apelado foi submetido a duas intervenções cirúrgicas: a primeira, denominada gastroplastia com derivação biliopancreática, foi utilizada com tratamento de obesidade mórbida, resultando no emagrecimento de 50 quilos; a segunda intervenção teve por objetivo retirar o excesso de pele, na região abdominal, decorrente do vultoso emagrecimento do paciente, ora apelado.

Alega a apelante que a cirurgia para a retirada do excesso de pele possui caráter estético e não decorre de acidente ou tratamento cirúrgico de neoplasia maligna, razão pela qual está excluída do âmbito de cobertura do contrato.

Não vejo como acolher o pleito recursal. Da análise dos relatórios médicos de f. 36/37 se depreende que a cirurgia em questão possui nítido caráter reparador:

> O paciente Ricardo Siqueira Feitosa foi submetido a cirurgia plástica reparadora após emagrecimento de 50 quilos, com correção cirúrgica de diástase de músculo reto abdominal e plástica abdominal não estética ... (f. 36).

> O paciente Ricardo Siqueira Feitosa foi submetido a gastroplastia com derivação biliopancreática em junho de 2001, por obesidade mórbida. Apresenta boa evolução e ao controle

clínico não existem deficiências após 3 anos de cirurgia. Está, portanto, apto a ser submetido a cirurgia plástica reparadora.... (f. 37).

Não se pode perder de vista que a cirurgia plástica em questão foi desencadeada pelo procedimento de gastroplastia, ou seja, diante do vultoso emagrecimento de 50 quilos do apelado, a intervenção se fez necessária com o fim de retirar sete quilos de excesso de pele.

Evidentemente, não se pode dizer que tal intervenção, destinada a retirar sete quilos de excesso de pele localizados no abdômen, provenientes do tratamento de obesidade mórbida, tenha caráter meramente estético, como tenta fazer crer a apelante.

Admitir tal entendimento violaria não só o princípio da boa-fé objetiva, garantidor da lealdade e honestidade entre as partes contratantes, mas também frustraria expectativa legítima do consumidor, que, ao celebrar o contrato, presumiu existir cobertura adequada para os eventos nele discriminados, dentre os quais se encontra a gastroplastia e demais procedimentos dela decorrentes.

Nessa perspectiva, não se pode reconhecer vigência à cláusula que limita a cobertura contratual para as cirurgias plásticas reparadoras aos casos de acidente pessoal e correção de lesão decorrente de tratamento cirúrgico de neoplasia maligna.

Confira-se o entendimento jurisprudencial:

Plano de saúde - Gastroplastia (redução de estômago) - Hérnia incisional - Retirada de excesso de pele - Caráter estético - Ausência - Cirurgia reparadora. - A cirurgia de hérnia incisional e de retirada de excesso de pele, diretamente decorrentes da gastroplastia realizada pela requerente, deve ser custeada pela apelante, uma vez que ausente o caráter estético (TJDF, 3ª Turma Cível, 20040110923813APC, Relator Lécio Resende, j. em 24.10.2005, *DJ* de 22.11.2005, p. 101).

Procedimento comum ordinário - Intervenção cirúrgica reparadora - Plano de saúde - Cláusula contratual contraditória - Aplicação do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor - Honorários advocatícios - Redução - Inadmissibilidade.
1 - Se a cirurgia indicada pelo médico da autora (mamoplastia) representa um prolongamento do tratamento iniciado com a gastroplastia, tendo em vista a grande perda de peso em pouco tempo e a excessiva flacidez da pele, cuja reconstituição somente é possível através de cirurgia plástica, não resta dúvida do caráter reparador do procedimento.
2 - Constatada a contradição no conteúdo da cláusula contratual, que exclui da cobertura do plano de saúde as cirurgias plásticas não reparadoras ou com finalidade exclusivamente estéticas, e ao mesmo tempo o faz, também, em relação a mamoplastia, sem ressalvar aquela de caráter reparador, aplica-se o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, a fim de que a interpretação seja mais favorável a este.
3 - Tendo sido fixados conforme os ditames do art. 20, § 3º e § 4º, do CPC, não há que se falar em redução da verba honorária (TJMG, Apelação Cível nº 2.0000.00.519683-8/000, Rel. Des. Maurício Barros, j. em 06.09.2005).

Destarte, considerando que a cirurgia para a retirada do excesso de pele, com nítido caráter reparador, constitui parte integrante do tratamento médico decorrente da gastroplastia (redução do estômago), objeto de cobertura contratual, é imperiosa a confirmação da sentença que condenou a seguradora apelada ao ressarcimento das despesas médicas efetuadas pelo segurado.

Ante o exposto, rejeito a prejudicial de prescrição e, no mérito, nego provimento ao recurso para manter inalterada a decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Eduardo Mariné da Cunha* e *Irmar Ferreira Campos*.

Súmula - REJEITARAM A PREJUDICIAL E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO - CONTRATO - FINANCIAMENTO - PRESTAÇÃO - NÃO-PAGAMENTO - MORA *EX TEMPORE* - NOTIFICAÇÃO - ASSINATURA POR TERCEIRO - COMUNICAÇÃO - EFICÁCIA - ART. 2º, § 2º, DO DECRETO-LEI Nº 911/1969

Ementa: Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Mora *ex tempore*. Não-comprovação da mora do devedor. Contrato de financiamento. Comprovante de notificação acerca da mora assinada por terceiro.

- Embora se trate de hipótese de mora, que se configura automaticamente por ocasião do vencimento do prazo para pagamento, imprescindível para o manejo da ação a notificação do devedor mediante envio de carta à sua residência e seu efetivo recebimento, ainda que não seja pelo próprio devedor.

- Para a constituição em mora do devedor fiduciário, basta que a notificação seja entregue no endereço constante do contrato firmado entre as partes, não sendo imprescindível que a notificação seja pessoal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0778.06.014910-2/001 - Comarca de Arinos - Apelante: BV Financeira S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento - Apelado: Elvécio Chamone Marques - Relator: Des. GENEROSO FILHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de março de 2007. - *Generoso Filho* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Generoso Filho - Verificados os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Trata-se de recurso de apelação interposto por BV Financeira S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento contra sentença que, nos autos da ação de busca e apreensão proposta pela apelante, julgou extinto o processo sem resolução de mérito por ausência de comprovação da mora do devedor.

Em suas razões, a apelante alega que seu direito não pode ser atingido e impedido pelo MM. Juiz de primeiro grau, já que não concorda com alguns pontos do Decreto-lei nº 911/69. Segundo o MM. Juiz, o art. 2º, § 2º, da referida lei reza que a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para o pagamento, podendo ser comprovada por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título.

Entendo que razão assiste à apelante.

Inicialmente cabe discorrer sobre as inovações legislativas introduzidas pela Lei nº 10.931/04 no que tange à liminar de busca e apreensão. O art. 3º, § 1º, do Decreto-lei 911/69 passou a ter a seguinte redação:

> Art. 3º [...]
> §1º 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.

Cabe, portanto, esclarecer de que maneira se deve compatibilizar o procedimento de busca e apreensão previsto no Decreto-lei nº 911/69 com a ordem constitucional vigente.

O constituinte cuidou de incluir entre os direitos e garantias fundamentais o devido processo legal, que pressupõe o contraditório e a ampla defesa, além da observância de princípios processuais. Tal garantia se encontra no art. 5º, cujos incisos LIV e LV assim dispõem:

> Art. 5º [...]
> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...].

O devido processo legal pressupõe que o procedimento estabelecido nas normas legais observe, além de outros princípios inerentes ao processo, a garantia da ampla defesa e do contraditório.

Nas obrigações com termo certo de vencimento, como é o caso, opera-se a mora *ex tempore*, ou seja, o não-pagamento no dia estipulado por si só interpela o devedor e o constitui em mora, não sendo necessário nenhuma atitude do credor para tanto.

A intimação do devedor do protesto do título ou sua notificação por carta registrada tem apenas o condão de cientificá-lo de que, não purgada a mora ou comprovado o pagamento, há a possibilidade da busca e apreensão do bem pelo credor.

Verifica-se, nos autos, que o credor diligenciou, providenciando a notificação do devedor por via de Cartório de Títulos (f.10/11). Entretanto, a notificação foi assinada por terceiro. Desse modo, tornou impossível ao credor a ciência da notificação.

Certo é que a ação de busca e apreensão tem como pressuposto a regular comprovação da mora.

Nesse sentido a Súmula 72 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> Súmula 72. A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

Dispõe o art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 911/69 que:

> Art. 2º [...]
> § 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor [...]

Compulsando os autos, pude perceber que foi anexada aos autos a notificação expedida pela ora apelante ao apelado, através do Cartório de Registro de Títulos e Documentos, ao endereço fornecido pelo apelado à apelante, quando da celebração do contrato firmado entre as partes, no sentido de que o mesmo se encontrava em atraso com o pagamento das prestações e que, nos termos do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 911/69, teria o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para efetuar o pagamento do valor das obrigações.

Assim, não há que se falar em não ter havido regular constituição da mora, pelo fato de a notificação ter sido assinada por pessoa diversa do devedor, pois a lei não exige que a notificação seja pessoal, e sim que ela chegue ao endereço remetido, o que aconteceu no caso dos autos.

Ressalte-se que, no caso da alienação fiduciária com regras estabelecidas pelo Decreto-lei 911/69, o § 2º do art. 2º é claro quando reza que:

> a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> Alienação fiduciária. - É suficiente para comprovar a notificação da devedora o recibo de entrega da carta registrada no endereço da empresa, onde foi recebida por seu preposto. A presunção é de que o empregado colocado pela empresa para atender ao correio dê à correspondência recebida o devido encaminhamento

(STJ - 4ª Turma - REsp 154.784/DF - Rel. Min. Ruy Rosado - j. em 05.02.98, não conheceram, maioria - *DJU* de 30.03.98, p. 83).

O que é preciso é que a carta expedida chegue ao local do destino e lá seja recebida, ainda que do AR não conste a assinatura do próprio punho do devedor (*Lex-JTA* 145/108). No mesmo sentido: *Lex-JTA* 166/210, maioria, 169/280; *JTARS* 96/184, 101/134, maioria.

E, ainda:

A notificação efetuada através do Cartório de Registro de Títulos e Documentos dispensa a juntada da cópia de AR, por ter fé pública o oficial que certificou a entrega da correspondência no endereço notificado (*RJTAMG* 60/197).

Também o antigo Tribunal de Alçada de Minas Gerais já se manifestou nesse sentido em outros julgamentos, entendendo que não há exigência legal de entrega pessoal de notificação:

Ação de busca e apreensão. Notificação. Mora. Carta registrada. Assinatura pessoal. Dispensa. - A prova da mora do devedor fiduciário se faz mediante a juntada ao processo da notificação feita pelo Cartório de Títulos e Documentos, porque o Decreto-lei 911/69, em seu art. 2º, § 2º, não exige a assinatura do destinatário para a eficácia da comunicação do inadimplemento, que é decorrente do decurso do prazo ajustado para o pagamento da obrigação (Apelação Cível nº 251.324-8, Comarca de Belo Horizonte, Rel. Juiz Almeida Melo, j. em 17.02.98).

A colenda 7ª Câmara Cível desta Corte, no julgamento do Agravo de Instrumento de nº 213815-0, da Comarca de Belo Horizonte, Relator o Juiz Antônio Carlos Cruvinel, j. em 25.04.96, consagrou o raciocínio de que:

[...] nas dívidas garantidas por contrato de alienação fiduciária, a mora decorre *ex re*, como se depreende do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 911/69, servindo a notificação por carta expedida pelo Cartório de Registro de Títulos e Documentos de simples comprovação, independentemente do recebimento pessoal do devedor.

No mesmo sentido:

Ementa: Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Bem móvel. Notificação. Estabelecimento comercial. Representante legal. Assinatura em ação de busca e apreensão relativa à alienação fiduciária de bem móvel. - O recebimento da correspondência por terceiro não induz indeferimento da exordial, visto que o importante é que a carta expedida chegue ao local do destino, ainda que dela não conste a assinatura do próprio devedor (TAMG - Apelação Cível nº 227.222-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - 3ª Câmara Cível - Rel. Juiz Kildare Carvalho - unânime).

Ementa: Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Decreto-lei 911/69. Mora. Prova. Notificação. Aviso de recebimento. Assinatura.
- A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.
- Nas dívidas garantidas por alienação fiduciária, a mora constitui-se *ex re*, segundo o disposto no Decreto-lei 911/69, art. 2º, § 2º, servindo a notificação apenas para comprová-la, não sendo de exigir, para esse efeito, mais do que a referência ao contrato inadimplido.
- Não é necessário, para comprovar a constituição em mora, que o Cartório de Títulos e Documentos expedidor da carta registrada, a que faz alusão o art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 911/69, seja o do domicílio do devedor, bastando que a correspondência expedida chegue ao local do destino e seja recebida, ainda que do AR não conste assinatura do próprio punho do devedor (TAMG - Apelação Cível nº 231.911-5/00 - Comarca de Belo Horizonte - 2ª Câmara Cível - Rel. Juiz Almeida Melo - unânime).

A prova da mora do devedor fiduciário é feita com a juntada aos autos da notificação do Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor, sendo que o Decreto-lei nº 911/69, em seu art. 2º, § 2º, não exige a assinatura do destinatário para a eficácia da comunicação do inadimplemento, o qual é decorrente do decurso do prazo avençado para pagamento da obrigação.

A notificação, exigida pelo Decreto-lei nº 911, de 1969, tem natureza meramente confirmatória, sendo dispensável a entrega pessoal da correspondência expedida através do Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

Tendo a notificação sido entregue no endereço fornecido pelo devedor quando da celebração do contrato, ainda que não tenha sido por ele assinada, a notificação é válida, estando, pois, comprovada a mora, requisito imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para cassar a sentença combatida, determinando o retorno dos autos à origem, para o prosseguimento do feito a partir da notificação válida.

Custas, pelo apelado.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Osmando Almeida* e *Pedro Bernardes*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

MANDADO DE SEGURANÇA - PERMISSÃO PARA DIRIGIR - INFRAÇÃO DE TRÂNSITO GRAVÍSSIMA - CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO - NEGATIVA - LEGALIDADE - PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR - ART. 148, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - APLICAÇÃO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INEXISTÊNCIA - DENEGAÇÃO DA ORDEM

Mandado de segurança. Substituição da permissão para dirigir pela carteira nacional de habilitação. Infração gravíssima durante o período de permissão. Processo administrativo regular. Negativa do Detran/MG prevista em lei. Reinício obrigatório do processo de habilitação. Legalidade. Ausência do alegado direito líquido e certo. Ordem denegada.

- Nos termos do art. 148 e §§ do Código de Trânsito Brasileiro, ao candidato a condutor aprovado será conferida permissão para dirigir, com validade de um ano. A carteira nacional de habilitação lhe será conferida ao término desse período, desde que não tenha cometido nenhuma infração de natureza grave ou gravíssima, ou incida em reincidência em infração média. Caso constatada a incapacidade de atendimento dessas condições, em sede de processo administrativo, deverá o candidato reiniciar todo o processo de habilitação, não possuindo, nesta hipótese, direito líquido e certo à obtenção da CNH definitiva, mormente quando restou observado o devido processo administrativo legal, mediante ampla defesa e contraditório.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.05.780910-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Rafael Peres Milward de Azevedo - Apelado: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Chefe do Detran/MG - Departamento de Trânsito de Minas Gerais - Relator: Des. ARMANDO FREIRE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2007. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Armando Freire - Trata-se de apelação interposta por Rafael Peres Milward de Azevedo contra a r. sentença de f. 94/96, por meio da qual foi denegada a segurança que impetrou contra ato atribuído ao Sr. Chefe do Departamento de Trânsito do Estado de Minas Gerais, consistente na negativa de fornecer-lhe a carteira nacional de habilitação definitiva como substitutiva da permissão para dirigir, em virtude de prática de infração de trânsito gravís-

sima, determinando, enfim, que reinicie todo o processo de habilitação.

Pelas razões recursais de f. 100/111, requer a reforma da sentença para que lhe seja concedida a CNH definitiva. Sustenta que a autoridade de trânsito instaurou processo administrativo, relatando que, em 23.04.2004, na BR-153, Km 85/Mirassol, ele, apelante, cometera infração gravíssima prevista no art. 203, inciso V, da Lei nº 9.503/97. Argumenta que não houve lavratura de auto de infração de trânsito, sendo este o único documento público capaz de comprovar a existência da suposta infração e necessário à apreciação pela autoridade de trânsito e posterior aplicação ou não da penalidade. A ausência desse documento impossibilitou sua defesa.

Acrescenta que não foi respeitado o devido processo legal administrativo de trânsito, visto que não ocorreu a fase preliminar de sua notificação, como condutor, para apresentação de defesa.

Recurso recebido à f. 114.

Em contra-razões (f. 118/120), o Estado de Minas Gerais pugna pelo desprovimento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do r. parecer de f. 128/130-TJMG, opinou pela confirmação da sentença.

Presentes os requisitos subjetivos e objetivos do juízo de admissibilidade, conheço do apelo.

Rafael Peres Wilward de Azevedo habilitou-se na categoria "B" em 03.11.2003. Durante o período probatório de um ano, especificamente no dia 23 de abril de 2004, na qualidade de portador de permissão para dirigir, foi autuado por ter ultrapassado outro veículo em faixa contínua quando conduzia o veículo de placa GYL-1255, na BR 153, Km 85/Mirassol. Cometeu, então, infração de trânsito de natureza gravíssima prevista no art. 203, inciso V, da Lei nº 9.503/97 - Código de Trânsito Brasileiro. Os registros constantes dos documentos de f. 20, 23 e 24 demonstram a ocorrência do evento.

O órgão que autuou foi a Polícia Rodoviária Federal. O AIT foi registrado sob o nº B-46255327, sendo levada a informação ao banco de dados do Detran-MG.

Os documentos juntados não evidenciam qualquer ilegalidade na dita autuação. Consta que o impetrante foi abordado e identificado no ato da infração. Posteriormente, foi-lhe apresentada a respectiva multa na data de 6 de maio de 2004, por AR (f. 20). Por fim, aos 11 de junho de 2004, o impetrante efetuou o pagamento da multa (f. 91).

De acordo com o art. 256 do CTB, a autoridade de trânsito, na esfera de sua competência e dentro de sua circunscrição, deverá aplicar, diante da prática de infração legalmente prevista, as penalidades de multa e de cassação da permissão para dirigir, por exemplo. E ainda, no mesmo artigo, está previsto: "§ 3º - A imposição da penalidade será comunicada aos órgãos ou entidades executivos de trânsito responsáveis pelo licenciamento do veículo e habilitação do condutor".

Conseqüentemente, foi lançada a pontuação no prontuário do condutor infrator e, aos 28 de dezembro de 2004, a autoridade de trânsito instaurou processo administrativo contra o condutor.

Após notificado (f. 31), ofereceu defesa, em sede administrativa (f. 32/42). Foram garantidos o contraditório e a ampla defesa, em sede do devido processo legal administrativo.

Ao final do processo administrativo, que aparentou ser regular (conforme demonstram as cópias juntadas), concluiu-se pela não-concessão da carteira definitiva ao permissionário, determinando-se o recolhimento de sua permissão e o reinício de todo o processo de habilitação (f. 55/62). Obedeceu-se ao que dispõe o art. 148, §§ 3º e 4º, do CTB:

> Art. 148. Os exames de habilitação, exceto os de direção veicular, poderão ser aplicados por entidades públicas ou privadas credenciadas pelo órgão executivo de trânsito dos Estados

e do Distrito Federal, de acordo com as normas estabelecidas pelo Contran.
(...)
§ 3º A Carteira Nacional de Habilitação será conferida ao condutor no término de 1 (um) ano, desde que o mesmo não tenha cometido nenhuma infração de natureza grave ou gravíssima ou seja reincidente em infração média.
§ 4º A não-obtenção da Carteira Nacional de Habilitação, tendo em vista a incapacidade de atendimento do disposto no parágrafo anterior, obriga o candidato a reiniciar todo o processo de habilitação.

Se depender do que indicam as provas, concluo que o ato administrativo impugnado se deu conforme a lei, sendo legítima a recusa da autoridade de trânsito em conceder ao impetrante a carteira nacional de habilitação definitiva, quando se apurou que ele, na qualidade de condutor que portava apenas permissão para dirigir, cometera infração de natureza gravíssima durante o período dessa permissão de um ano.

Outrossim, não é cabível questionar o mérito da imposição da multa sem ocorrência de flagrante ilegalidade e fora do prazo de 120 dias para impetração, previsto no artigo 18 da Lei nº 1.533/51. A autuação se deu aos 23 de abril de 2004. A multa lhe foi informada aos 5 de maio de 2004. Ele efetuou o seu pagamento aos 11 de junho seguinte, de modo que não há falar em direito líquido e certo de tornar inválida a autuação registrada nos documentos oficiais do Detran-MG, após todas essas ocorrências.

Nesse sentido:

Mandado de segurança. Carteira nacional de habilitação provisória. Multa de natureza grave. Não-obtenção da habilitação definitiva. Inteligência do art. 148, § 3º, do Código de Trânsito. Direito líquido e certo afastado. Reforma da sentença.
Nos termos do art. 148, § 3º, do Código de Trânsito, o cometimento de infração de natureza grave ou gravíssima, durante o período de um ano em que o condutor transita com a permissão para dirigir, impede a obtenção de carteira definitiva (TJMG, Reexame Necessário nº 1.0024.03.162779-7/001, 8ª Câmara Cível, Belo Horizonte, Rel. Silas Vieira, j. em 12.12.2005, unânime, pub. em 07.02.2006).

Mandado de segurança. Código de Trânsito Brasileiro. Carteira nacional de habilitação definitiva. Infrações de natureza grave ou gravíssima. Não-obtenção. Direito líquido e certo afastado. Aplicação do art. 148, § 3º, do CBT.
- Nos termos do art. 148, § 3º, do Código Brasileiro de Trânsito, o cometimento de infração de natureza grave ou gravíssima, durante o período de um ano em que o condutor transita com a permissão para dirigir, impede a obtenção da carteira nacional de habilitação.
- Em reexame necessário, reforma-se parcialmente a sentença, prejudicado o recurso voluntário (TJMG, Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.03.989026-4/001, 3ª Câmara Cível, Belo Horizonte, Rel. Kildare Carvalho, j. em 28.06.2004, unânime, pub. em 13.08.2004).

Mandado de segurança. Direito de trânsito. Carteira nacional de habilitação. Cometimento de penalidade gravíssima durante o período provisório de um ano. Legalidade do ato. Ausência de direito líqüido e certo. Condução de veículo sem placa de habilitação. Ato diverso do enfrentado. Segurança denegada. Apelo desprovido.
Ex vi do art. 148, § 3º, da Lei nº 9.503/97, é legal a recusa da autoridade de trânsito que rejeita a concessão de carteira nacional de habilitação se foi cometida infração grave ou gravíssima durante o período de permissão de um ano. Quando o ato impugnado é a legítima rejeição de concessão da CNH, não é cabível questionar o mérito da imposição da multa sem ocorrência de flagrante ilegalidade e fora do prazo de 120 dias para impetração (art. 18 da Lei nº 1.533/51). Não há falar em direito líquido e certo quando o impetrante não possui os requisitos exigidos por lei para a sua obtenção (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2005.012752-1, 2ª Câmara de Direito Público, Florianópolis, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, unânime, *DJ* de 15.07.2005).

A não-concessão da CNH definitiva é decorrência lógica de existência de infração gravíssima no prontuário do impetrante. A infração existiu e não é negada, conforme

observou o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Mauro Flávio Ferreira Brandão (f. 130-TJ). Os documentos juntados não demonstram a presença de abuso ou ilegalidade por parte da autoridade impetrada.

Enfim, inexistindo o alegado direito líquido e certo, não há que se modificar a sentença.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Alberto Vilas Boas* e *Eduardo Andrade*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

SEGURO - MRECADORIA - ROUBO - FURTO - PATRIMÔNIO PRÓPRIO - PROTEÇÃO - PESSOA JURÍDICA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - CARGA - TRANSPORTE - MOTORISTA - APROPRIAÇÃO INDÉBITA - COBERTURA - CONTRATO - EXCLUSÃO EXPRESSA - AUSÊNCIA - CLÁUSULA CONTRATUAL - CONSUMIDOR - INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL - ART. 47 DA LEI 8.078/90 - DEVER DE INDENIZAR

Ementa: Ação de cobrança. Contrato de seguro. Pessoa jurídica. Seguro contra furto e roubo de patrimônio próprio. Aplicação do CDC. Indenização securitária. Apropriação indébita da mercadoria segurada. Ausência de exclusão expressa no contrato. Dever de indenizar. Interpretação mais favorável ao consumidor. Inteligência do art. 47 do CDC. Valor da cobertura securitária. Recurso conhecido e não provido.

- Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pessoa jurídica que contrata seguro para resguardar seu próprio patrimônio se enquadra na definição de consumidor dada pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor.

- As cláusulas contratuais devem ser interpretadas de modo mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 do CDC.

- A interpretação restritiva consistente na exclusão da garantia securitária no caso de apropriação indébita da carga se apresenta como atentatória ao princípio da boa-fé objetiva, já que coloca o consumidor em desvantagem e contraria a própria finalidade do contrato de seguro, cujo objetivo é resguardar o patrimônio do segurado contra perdas e danos decorrentes de risco rodoviário.

- Motorista contratado por empresa especializada para realização do transporte da carga objeto do contrato não pode ser considerado empregado ou preposto da segurada.

- Recai sobre a seguradora o ônus de comprovar a existência de hipótese caracterizadora de agravamento do risco (art. 333, II, do CPC). Ausente tal comprovação, não há falar em perda do direito à cobertura securitária.

- O valor da indenização deve corresponder ao montante dos prejuízos apurados, desde que inferior ao valor máximo da apólice, deduzida a franquia estipulada no contrato.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.01.007573-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Real Previdência Seguros S.A. - Apelada: Distribuidora de Bebidas AM Ltda. - Relator: Des. BITENCOURT MARCONDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2007. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Bitencourt Marcondes - Trata-se de apelação interposta por Real Previdência Seguros S.A. em face da sentença proferida pelo então Juiz de Direito José Antônio Braga, que julgou parcialmente procedente a ação ordinária ajuizada por Distribuidora de Bebidas AM Ltda., para condenar a ré, ora apelante, ao pagamento da importância de R$ 28.615,68 (vinte e oito mil seiscentos e quinze reais e sessenta e oito centavos), descontada a quantia equivalente a 10% do valor da apólice, tudo com incidência de correção monetária pelo índice da Tabela da Corregedoria de Justiça, a contar do sinistro, e juros de mora de 0,5% ao mês, desde a citação até janeiro de 2003, e 1% a partir de então.

Sustenta a inexistência de responsabilidade pelo pagamento da cobertura securitária, pois não houve roubo de carga, mas sim apropriação indébita pelo condutor do veículo transportador, o qual noticiou falsamente a ocorrência do sinistro.

Aduz que o contrato de seguro abrange apenas os prejuízos decorrentes de roubo ou furto qualificado, excluindo o desaparecimento da mercadoria por quaisquer outros crimes contra o patrimônio.

Alega que a carga segurada foi voluntariamente entregue ao motorista sem emprego de fraude, violência ou erro, fato que caracteriza o crime de apropriação indébita, nos termos do art. 168 do Código Penal.

Coloca que a cláusula 7.7.5 do contrato prevê a perda do direito à indenização quando o sinistro for decorrente do dolo do motorista do veículo transportador, seja ele empregado ou preposto.

Alega a falta de diligência da apelada na escolha do veículo transportador e do motorista, pois ficou comprovada a existência de indícios do envolvimento deste em atos ilícitos, o que caracteriza culpa grave do segurado, pela agravação do risco, e, por via de conseqüência, exclui o dever de indenizar.

Sustenta, em decorrência do princípio da eventualidade, que o valor da indenização deve ser R$ 8.321,29, haja vista a existência de sinistro já indenizado na quantia de R$ 25.754,11, o qual deve ser abatido do valor da apólice, nos termos estabelecidos no contrato.

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

I - Do objeto do recurso.

A) Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Prefacialmente, necessário ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor se aplica ao caso em tela, pois, embora pessoa jurídica, a apelada se apresenta como consumidora na relação jurídica travada com a apelante, na medida em que contratou seguro com objetivo de proteger seu patrimônio, e não de terceiros.

Desse modo, é de se convir que a apelante se enquadra na definição de consumidor dada pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, já que, como observado, contratou os serviços fornecidos pela seguradora para satisfação de seus próprios interesses.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC.
> - O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio;

isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços.
- Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando à proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela, e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2° do CDC.
Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido (STJ. REsp nº 733.560/RJ. 3ª Turma, Rel. Min. Nacy Andrighi, j. em 11.04.2006).

B) Da cobertura securitária.

A apelante insurge-se em face da sentença, ao argumento de que não há falar em pagamento da indenização securitária, pois ficou comprovado o extravio da carga em razão de apropriação indébita, e o contrato apenas assegura os prejuízos decorrentes de roubo ou furto qualificado, excluindo quaisquer outros crimes contra o patrimônio.

O cerne da questão litigiosa cinge-se a perquirir acerca do alcance da cobertura securitária no contrato celebrado entre as partes litigantes, quer dizer, se a seguradora tem obrigação de indenizar os prejuízos sofridos pela segurada em razão da perda da mercadoria objeto do contrato.

A negativa da apelante de efetuar o pagamento da indenização fundamenta-se no fato de que a carga foi entregue voluntariamente ao motorista responsável pelo transporte, o qual noticiou a ocorrência de roubo inexistente, o que caracteriza crime de apropriação indébita, sendo certo que o contrato se limita a assegurar os casos de furto e roubo.

Pela análise do conjunto probatório existente nos autos, é possível verificar que a apelada contratou empresa especializada para realizar transporte de mercadorias de sua propriedade (caixas de cerveja), do Município do Rio de Janeiro para Ipatinga, e que referida carga não chegou ao seu destino, em razão da ocorrência do sinistro (roubo qualificado) noticiado pelo motorista responsável pelo transporte da carga (BO nº 435/99).

Entretanto, conforme se depreende do ofício acostado à f. 98, da lavra do Comandante do 27º BPM, o boletim de ocorrência acima mencionado não foi confeccionado pela Polícia Militar, sendo, portanto, falso.

Diante disso, a seguradora alega que, na verdade, o motorista em questão apropriou-se indevidamente da mercadoria e comunicou a ocorrência de crime inexistente.

Inicialmente, tenho que o fato de referido documento ser falso, malgrado possa se apresentar como indício da conduta delituosa daquele que detinha a posse das mercadorias, não leva à convicção plena da configuração do crime de apropriação indébita, até mesmo porque nem sequer foi instaurado inquérito policial para averiguação do ocorrido, conforme se verifica pela certidão de f. 101.

Não obstante, ainda que se entenda pela ocorrência da apropriação indébita, é necessário ressaltar que, hodiernamente, tem-se admitido, com base no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, o pagamento da indenização securitária nos casos em que o contrato de seguro não prevê, expressamente, a exclusão do delito acima mencionado.

Com efeito, a regulação feita pelo Estado nas relações de consumo, cujas normas estão insertas na Lei nº 8.078/90, tem como objetivo equilibrar as diferenças entre o prestador, a parte economicamente mais forte, e o consumidor, parte hipossuficiente e, por isso, merecedora de proteção do Estado para que sejam preservados os princípios fundamentais insculpidos no art. 1º da Constituição Federal de 1988, notadamente o da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, o legislador, na feliz expressão do Ministro Eros Roberto Grau, estabeleceu normas objetivas, que servem de paradigma para as demais normas, como para a interpretação dessas normas. Dentre elas, que

se encontram basicamente no art. 6º da Lei nº 8.078/90, está a proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. A corroborar tal norma objetivo, está aquela inserta no art. 51, IV, do mesmo estatuto, isto é, de ser nula de pleno direito cláusula que seja incompatível com a boa-fé e a eqüidade, como também não se pode olvidar da norma interpretativa inserta no art. 47, que estabelece que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

É com o estabelecimento dessas premissas que se deve interpretar, isto é, retirar da norma o seu conteúdo, para aplicá-la.

No presente caso, verifica-se que o objetivo do seguro é resguardar o patrimônio do segurado contra perdas e danos decorrentes de risco rodoviário, com garantia adicional dos riscos oriundos de furto e roubo qualificado.

O consumidor, ao interpretar este dispositivo, conclui que referido seguro visa garantir seus bens contra possíveis desfalques.

Desse modo, a interpretação restritiva consistente na exclusão da garantia securitária no caso de apropriação indébita da carga se apresenta como atentatória ao princípio da boa-fé objetiva, já que coloca o consumidor em desvantagem e contraria a própria finalidade do contrato de seguro.

Sem embargo, o essencial para o deslinde da questão litigiosa é a verificação de que houve desaparecimento da mercadoria objeto do contrato, sendo irrelevante o enquadramento penal do fato que resulta na perda do bem.

Assim, a apropriação indébita do patrimônio da segurada, ainda que tal risco não encontre previsão expressa no contrato, obriga a seguradora ao cumprimento da obrigação.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Apelação cível. Seguro. Veículo. Perda total. Indenização do valor contratado constante na apólice. - O crime de apropriação indébita do veículo não restou demonstrado nos autos, considerando não haver prova de que estivesse na posse do neto da autora. Precedente desta Câmara no sentido de ser admitido o pagamento de indenização, mesmo que caracterizado tal crime (APC 70000804187). O contrato não exclui da cobertura crime de apropriação indébita, devendo-se entender como abrangido pelo furto ou roubo do veículo, pois o objeto do contrato é a hipótese de desaparecimento do veículo. Tratando-se de relação de consumo, as cláusulas devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Art. 47 do CDC. Em caso de perda total do veículo, a indenização deve corresponder ao previsto na apólice. Precedente desta Câmara e do STJ (APC 70007847270 e acórdão constante do Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, v. 20, ano 8, p. 183). Apelação desprovida (TJRS. Apelação Cível nº 70008582355. Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier, j. em 27.04.2005).

Direito civil. Seguro. Caminhão segurado contra os riscos de furto e roubo. Segurado vítima de terceiro que, mediante farsa e a pretexto de trabalhar com o caminhão, subtrai o bem. Configuração típica discutida. Apropriação indébita, estelionato ou furto qualificado pela fraude. Divergência doutrinária a beneficiar o consumidor. Indenização prevista na apólice. Lucros cessantes indevidos.
- 1. A presença da fraude na contratação de motorista do caminhão segurado afasta a configuração do fato como apropriação indébita capitulada no Código Penal (art. 168). O elemento fraude, explica a doutrina criminal, pode, no entanto, configurar os delitos de estelionato (CP, art. 171) ou furto qualificado pela fraude (CP, art. 155, II), este último previsto pelo contrato de seguro em análise. Hipótese em que a divergência abrangendo o tema no próprio meio jurídico enseja a conclusão de que, no caso dos autos, a situação há de beneficiar segurado - consumidor, absolutamente leigo em assuntos de seguro e enquadramento jurídico de figuras penais. Interpretação favorável ao consumidor (art. 47 da Lei 8.078/90).
- 2. (...) (TJRS. Apelação Cível nº 70000804187. Sexta Câmara Cível, Rel. Des.Osvaldo Stefanello, j. em 02.05.2001.

A apelante sustenta, ainda, que a cláusula 7.7.5 do contrato prevê a perda do direito à indenização quando o sinistro for decorrente do dolo do motorista do veículo transportador, seja ele empregado do segurado ou preposto.

Alega, também, a falta de diligência da apelada na escolha do veículo transportador e do motorista, pois ficou comprovada a existência de indícios do envolvimento deste em atos ilícitos, o que caracteriza culpa grave do segurado, pela agravação do risco, e, por via de conseqüência, exclui o dever de indenizar.

Sem respaldo tais alegações, a uma porque a apelada contratou empresa especializada para realizar o transporte da mercadoria, daí que o motorista não se enquadra na definição de empregado ou preposto; a duas porque a apelante não se desincumbiu do ônus de comprovar que a conduta da segurada importou em agravamento do risco.

Diante desses elementos, vislumbro que a apelada faz jus ao recebimento da indenização securitária nos termos contratados.

C) Do valor da indenização.

Em relação ao *quantum* devido a título de indenização, tenho que, mais uma vez, razão não assiste à apelante, pois não ficou comprovado o pagamento de outra indenização, no valor de R$ 25.754,11, no mesmo período de vigência da apólice em questão.

Assim, não há dúvidas de que a quantia a ser paga deve corresponder ao valor dos prejuízos apurados (R$ 28.615,68), já que inferior ao valor máximo da apólice (R$ 35.000,00), deduzida, é claro, a franquia estipulada no contrato (10% do prejuízo).

II - Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *José Affonso da Costa Côrtes* e *Mota e Silva*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR - AUSÊNCIA - RELAÇÃO PROCESSUAL - INEXISTÊNCIA - EXEQÜENTE - ABANDONO DA CAUSA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - EXECUTADO - REQUERIMENTO - DESNECESSIDADE - SÚMULA 240 DO STJ - INAPLICABILIDADE - ART. 267, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - APLICABILIDADE - VOTO VENCIDO

Ementa: Apelação cível. Execução. Extinção do feito sem resolução de mérito. Art. 267, III, do Código de Processo Civil. Abandono da causa. Inaplicabilidade da Súmula 240 do STJ. Desnecessidade de requerimento do devedor. Tríade não formada. Recurso improcedente. Voto vencido.

- Na execução, são aplicáveis as causas de extinção sem resolução de mérito elencadas no art. 267 do Código de Processo Civil, por se tratar de matéria geral que disciplina todos os procedimentos do processo civil. Quando o autor abandona a causa por mais de trinta dias e não promove as diligências necessárias para o andamento do feito, mesmo após intimação pessoal, deve o feito ser extinto. Não há que se exigir requerimento do réu para extinção do feito por abandono de causa, quando ainda não formada no processo a tríade autor, juiz e réu. O enunciado da Súmula 240 do STJ deve ser aplicado de acordo com as particularidades de cada caso.

- V.v.: - Em se tratando de processo de execução, não tem lugar a extinção do feito nos moldes do art. 267, III, do CPC, porquanto dispõe de regramento específico, delineado no art. 794 do

mesmo *codex*. A Súmula 240 do STJ consagra o entendimento de que a extinção do processo, por inércia, depende de requerimento expresso do réu. (*Des. Afrânio Vilela*)

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0024.02.827095-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Santander Brasil Arrendamento Mercantil S.A. - Apelada: Edna Alves de Carvalho - Relator para o acórdão: Des. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 14 de março de 2007. - *Marcelo Rodrigues* - Relator para o acórdão. - *Afrânio Vilela* - Relator vencido.

Notas taquigráficas

Sessão do dia 07.02.2007.

O Sr. Des. Afrânio Vilela: - Cuida-se de recurso de apelação aviado por Santander Brasil Arrendamento Mercantil S.A. contra a r. sentença de f. 156, que extinguiu a execução, com fulcro no art. 267, inciso III, do CPC.

Irresignada, a instituição bancária alega, em síntese, que, em se tratando de processo de execução, a sua extinção somente tem lugar nas hipóteses previstas no art. 794 do CPC e, lado outro, consoante Súmula 240 do STJ, a extinção do feito por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu. Aduz que a inércia poderia implicar o máximo arquivamento do feito.

Contra-razões acostadas às f. 176/177, batendo-se pelo não-provimento ao apelo.

Recurso próprio, preparado e tempestivo. Dele conheço.

Examinando a questão de direito discutida nestes autos, tenho que o recurso merece prosperar, visto que, cuidando-se de processo de execução, resta impossibilitada a sua extinção com fincas no art. 267 do Código de Processo Civil, pois, a meu entender, somente pode ser decretada nos termos do art. 794 do mesmo *codex*, assim redigido:

> Art. 794 - Extingue-se a execução quando:
> I - o devedor satisfaz a obrigação;
> II - o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida;
> III -o credor renuncia ao crédito.

Não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo supratranscrito, a inércia do exeqüente levaria, quando muito, ao arquivamento, provisório, do processo, nos termos do art. 791 e incisos do CPC, sendo inaplicável ao processo de execução a norma do art. 267, III, do CPC, por dispor esta de regra específica.

Não fosse isso, a Súmula 240 do STJ consagra o entendimento de que: “A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu”.

Dessarte, também forçoso reconhecer a impossibilidade de extinção do feito, ao argumento de que a parte não promoveu os atos e diligências que lhe competia, porquanto não houve iniciativa de qualquer dos interessados.

Dessa linha de raciocínio, não discrepa a jurisprudência do Pretório Superior, consoante se colhe do julgamento do REsp 168036/SP, relatado pelo ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 5.8.1999, oportunidade em que registrou:

> ... é de acrescentar que a jurisprudência deste Tribunal consolidou entendimento no sentido de não ser admissível a extinção do processo, de ofício, com base no art. 267, III, do CPC, (abandono), ao argumento de ser impossível presumir-se desinteresse do réu no prosseguimento da solução da causa...

A propósito, confira-se o REsp 20408/MG, *DJ* de 1º.6.1992, de minha relatoria, assim ementado: '... Não se faculta, na hipótese do inciso III do art. 267 do CPC, extinguir o processo de ofício, sendo imprescindível o requerimento do réu'. Com a mesma orientação, o REsp 9442/PR, *DJ* de 7.10.1991.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para anular a sentença apelada, prosseguindo o processo de execução na forma e para os fins de direito.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Marcelo Rodrigues - Peço vista.

Sessão do dia 14.03.2007.

O Sr. Des. Presidente - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Desembargador Revisor, quando, então, o Desembargador Relator dava provimento.

O Sr. Des. Marcelo Rodrigues - Pedi vista dos autos na última seção de julgamento para melhor análise da matéria, após o voto do ilustre Desembargador Relator.

Cuida a espécie de recurso de apelação aviado por Santander Brasil Arrendamento Mercantil S.A. em face da sentença de f. 156, que julgou extinto o feito sem resolução de mérito, na execução movida contra Edna Alves de Carvalho, sob o fundamento de que a autora abandonou a causa por mais de 30 dias e não cumpriu as diligências que lhe competiam, mesmo após a intimação para fazê-lo, nos termos do art. 267, III, do Código de Processo Civil.

Em minucioso cotejo dos autos, com a devida vênia ao judicioso voto de S. Ex.ª o eminente Desembargador Relator, após reiterado estudo, evoluindo em meu posicionamento apresentado antes do pedido de vista, tenho que o enunciado da Súmula 240 do STJ não se aplica ao caso dos autos.

A execução ainda estava na fase de aparelhamento, ou seja, buscava a apelante a indicação de bens para a penhora e garantia do juízo, não estando integrada à execução a devedora.

Vale dizer, não houve a formação da relação jurídica da execução com a apresentação de embargos pela devedora, o que denota, a rigor, ser desnecessário seu requerimento para a extinção do feito pelo abandono da causa atribuído ao autor da execução.

É da própria jurisprudência do STJ que se examina a aplicação relativa da Súmula 240, a cada caso especificamente, conforme ilustram os seguintes julgados:

Processual civil. Execução fiscal. Recurso especial. Deficiência de fundamentação. Súmula 284/STF. Extinção da demanda por abandono. Inércia do exeqüente. Súmula 240/STJ. Inaplicabilidade ao caso dos autos.
- 1. É pressuposto de admissibilidade do recurso especial a adequada indicação da questão controvertida, com informações sobre o modo como teria ocorrido a violação ao dispositivo de lei federal (Súmula 284/STF).
- 2. Conforme o entendimento predominante na 1ª Seção do STJ, é possível a extinção do processo de execução fiscal com base no art. 267, III, do CPC, haja vista a possibilidade da sua aplicação subsidiária àquele procedimento. Precedentes.
- 3. A inércia, frente à intimação pessoal do autor, configura abandono de causa, cabendo ao juiz determinar a extinção do processo, sem julgamento de mérito (AgRg no REsp nº 719893/RS, 1ª Turma,, Min. Francisco Falcão, *DJ* de 29.08.2005).
- 4. Inconcebível a exigência de requerimento do réu para que se possibilite a extinção do processo com fundamento no art. 267, III, do CPC, quando este nem sequer foi integrado à lide. Inaplicabilidade da Súmula 240/STJ. Doutrina e precedentes.
- 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido (REsp 670680/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 21.11.2006, *DJ* de 07.12.2006, p. 274).

Processual civil. Extinção do processo por abandono (art. 267, III, § 1º, CPC). Impossibilidade de extinção de ofício.

Precedentes da Corte. Execução não embargada. Interesse do réu na solução do conflito. Súmula, Enunciado nº 240. Inexistência. Possibilidade de extinção de ofício. Hipóteses de execução não embargada e de réu revel. Doutrina. Interesse predominantemente público do processo. Recurso desacolhido.
- I - Nos termos da orientação deste Tribunal, não se faculta ao juiz, na hipótese do inciso III do art. 267, CPC, extinguir o processo de ofício, sendo imprescindível o requerimento do réu, dado ser inadmissível presumir-se desinteresse do réu no prosseguimento e solução da causa. Daí o Verbete Sumular nº 240, segundo o qual 'a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu'.
- II - Diversa é a situação, no entanto, quando se trata de execução não embargada.
- III - O processo, em sua visão contemporânea, é instrumento de realização do direito material e de efetivação da tutela jurisdicional, sendo de feição predominantemente pública, que não deve prestar obséquios aos caprichos de litigantes desidiosos ou de má-fé (REsp 261789/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 13.09.2000, *DJ* de 16.10.2000, p. 317).

Lado outro, há de se ter em voga que as matérias dispostas no Título VI do Código de Processo Civil, são diretrizes gerais aplicáveis a todos os procedimentos do processo civil. Assim, no caso de se verificar a ocorrência de qualquer uma das situações elencadas no art. 267, para extinção do feito sem resolução do mérito, deve ser aplicada a qualquer dos procedimentos regulados pelo Código de Processo Civil.

A esse respeito, elucidativo é o escólio de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

> ... estudando as hipóteses de extinção do processo, sem julgamento do pedido, 'sem ou com resolução de mérito' (arts. 267 e 269, II a V, do Código de Processo Civil). Note-se, aliás, que a alteração procedida pela Lei 11.232/2005, ao eliminar a necessidade da ação de execução (art. 475-J), tornando a execução uma fase que se segue à sentença de mérito (arts. 475-J e seguintes), embora obste a extinção do processo no caso em que a sentença julga procedente o pedido, não impede a extinção do processo em todas as outras hipóteses dos arts. 267 e 269, inclusive na de sentença de improcedência - também inserida no inciso I do art. 269 (*Manual do processo de conhecimento*. 5. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 239).

Portanto, escorreita a sentença do Juiz singular, ao extinguir o feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, III, do Código de Processo Civil, quando não promovidas pela autora as diligências necessárias ao andamento do feito, mesmo após a intimação pessoal.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

O Sr. Des. Duarte de Paula: - Com a devida vênia do entendimento esposado pelo ilustre Desembargador Relator, ouso dele discordar.

Entendo que o juiz poderá declarar extinto o processo, sem julgamento de mérito, quando o processo ficar parado durante mais de trinta dias, sem que o autor promova os atos e diligências que lhe competir para o andamento da causa, a teor do que dispõe o art. 267, III, do CPC.

Nesse sentido, cabe trazer ensinamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrada Nery:

> 1. Extinção do processo. Como ocorre com qualquer processo (de conhecimento ou cautelar), o de execução se encerra por meio de sentença (CPC 162 §1º). Não só quando ocorrer uma das hipóteses do CPC 794, que são de extinção da própria pretensão executória, equivalente à decisão sobre o 'mérito' da execução (CPC 269), mas por qualquer outro motivo, ainda que de natureza eminentemente processual, o processo de execução se encerrará quando o juiz proferir a sentença. Quando houver nulidade da execução, por exemplo, por falta de título executivo (CPC 618), o juiz extinguirá o processo de execução, por exemplo, por falta de título executivo (CPC 618), o juiz extinguirá o processo de execução por falta de condição da ação, equivalendo esse ato à sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito, prevista no CPC 267 VI (*Código de Processo Civil comentado e legis-*

lação processual civil extravagante em vigor. 6. ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 1.065).

Também sobre o tema, Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa ensinam que:

> Art. 794: 4. Aplicam-se, supletivamente, à extinção da execução as normas do art. 267, no que couber (STJ-RTJE 109/199; TFR-4ª Turma, AC 79.159-SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 3.11.82, deram provimento, v.u., *DJU* de 16.12.82, p. 13.092; TRF- 2ª T., Ag 43.908-BA, Rel. Min. Gueiros Leite, j. 10.06.83, negaram provimento, v.u., *DJU* de 25.08.83, p. 12.570; *JTA* 90/296; *Ajuris* 26/154, em.), inclusive quanto à inércia do credor... (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 36. ed., Saraiva, p. 858).

Também não socorre a apelante o fato de a extinção não ter sido requerida pelos executados, pois, apesar de o colendo Superior Tribunal de Justiça ter consolidado o entendimento da Súmula 240, que regula que"a extinção do processo, por abandono de causa pelo autor" depende de requerimento do réu, no presente caso, não resta dúvida de que a parte adversa não tem qualquer interesse na solução da causa, bem como que, a manter a sua necessária manifestação, os autos ficarão paralisados à mercê de uma decisão, o que não pode prevalecer nos dias atuais, em que o Judiciário já se encontra tão assoberbado de processos.

Nesse sentido, veja o ensinamento do ilustre mineiro Professor Humberto Theodoro Júnior:

> Quando, porém, o abandono for só do autor (art. 267, III) e o réu não for revel, não deve o juiz decretar a extinção sem antes ouvir o demandado. É que, também, o réu tem legítimo interesse na composição da lide, através da sentença de mérito e, por isso, pode tomar diligência para contornar a omissão do autor e ensejar o andamento do feito paralisado. Só quando a inércia de ambos os litigantes demonstrar que há total desinteresse pela causa, é que o juiz, então, decretará a extinção do processo sem julgamento do mérito (*Curso de direito processual civil.* 25. ed., Forense, p. 311).

Sendo assim, não se apresenta lógico nem jurídico que se aguarde no processo a iniciativa do devedor para a extinção do feito, quando é sempre do exeqüente o interesse como *dominus litis* e somente a ele pode ser tributado o abandono da causa, donde entender desnecessário o requerimento do executado para extinção do processo se, intimado pessoalmente o autor da execução para prosseguimento do feito, quedou-se inerte, revelando-se correta a sentença que extinguiu o processo nos termos do art. 267, inciso III, do CPC, afastada a aplicação da Súmula 240 do STJ.

Nesse sentido já teve oportunidade de decidir o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Ação de reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Abandono da causa. Citação dos réus não configurada. Reexame documental. Impossibilidade. Súmula nº 7-STJ. Súmula nº 240-STJ. Hipótese diversa. CPC, art. 267, III, § 1º. Intimação pessoal do autor efetuada. Extinção. - Se a relação processual litigiosa não se instaurou, porque o tribunal estadual, no concernente ao exame de documento extrajudicial, considerou o mesmo inaproveitável para firmar a ocorrência de citação dos réus, descabida é a invocação da Súmula 240 do STJ, bem como da revelia, visto que o pressuposto básico a tanto - a integração dos réus ao processo - está ausente. Intimada pessoalmente a parte a promover os atos necessários ao andamento do processo, nos termos do art. 267, III, § 1º, do CPC, a extinção da lide é conseqüência da sua omissão, aqui verificada. Recurso especial não conhecido (REsp nº 440813-ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. em 22.04.03).

Por tais motivos é que, reiterando pedido de vênia, nego provimento ao recurso, para manter *in totum* a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.

-:::-

AÇÃO DE COBRANÇA - REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - COMISSÃO - PESSOA JURÍDICA - POBREZA - AUSÊNCIA DE PROVA - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - INDEFERIMENTO - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - IMPOSSIBILIDADE - PRODUÇÃO DE PROVA - NECESSIDADE - MATÉRIA DE FATO - PERÍCIA CONTÁBIL - HONORÁRIOS DE PERITO - VALOR - REDUÇÃO - VOTO VENCIDO

Ementa: Agravo de instrumento. Assistência judiciária. Pessoa jurídica. Insuficiência de recursos. Incapacidade econômica. Ausência de prova. Perícia contábil. Necessidade. Valor dos honorários. Adequação ao trabalho a ser executado. Possibilidade. Voto vencido.

- A concessão do benefício de assistência judiciária gratuita à pessoa natural ou jurídica depende de prova da incapacidade de suportar os custos da demanda, porque a mera alegação desprovida de elementos concretos é inexistente para o mundo jurídico. Quando provada a carência financeira, deve ser reduzido o valor dos honorários periciais inclusive para adequá-lo ao trabalho a ser executado, em face da necessidade de sua realização, sob pena de cercear o direito à produção de prova do requerente, autor da demanda.

- V.v.: - É obrigação do Estado, através de seus agentes, garantir a todo e qualquer cidadão, nacional ou estrangeiro, sem distinção entre pessoa física ou jurídica, em virtude do princípio da isonomia, o direito ao contraditório e o mais amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal), prestando-lhe, por intermédio da Defensoria Pública, quando deve comprovar para aquela instituição a sua insuficiência de recursos, ou através de órgãos assistenciais, públicos ou privados, ou mesmo de advogado particular, nomeado ou da escolha do beneficiário, a assistência judiciária gratuita, mediante a simples afirmação da sua miserabilidade legal. (*Des. Duarte de Paula*)

AGRAVO n 1.0024.03.027143-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: PL Consultoria e Representações Ltda. e outro - Agravada: Imaje do Brasil Impressoras Ltda. - Relator: Des. AFRÂNIO VILELA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, em dar parcial provimento, vencido o Segundo Vogal.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2007. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Afrânio Vilela - Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo ativo interposto por PL Consultoria e Representações Ltda. e Roberto Victor Logar, por via do qual se insurge contra a decisão vista em cópia à f. 74-TJ, proferida nos autos da ação de cobrança ajuizada em face de Imaje do Brasil Impressoras Ltda., que homologou, por sentença, a proposta de honorários periciais apresentados pela perita judicial, determinou que os agravantes efetuassem o pagamento da primeira parcela dessa verba no prazo de 10 dias, para início da perícia; indeferiu pedido de assistência judiciária gratuita; e, na hipótese de descumprimento desta decisão, determinou que os autos fossem conclusos para decisão quanto ao mérito do pedido.

Em síntese do necessário, os agravantes alegam que não têm condições de arcar com os honorários periciais de R$ 4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais) e que terão seu direito de produção de provas cerceado, trazendo-lhes prejuízo processual porque o objeto da demanda é o valor que será apurado mediante esta prova. Sustentam que fazem jus à assistência judiciária gratuita e podem arcar com uma parte

das despesas processuais e honorários periciais de R$ 3.000,00 (três mil reais) para pagamento em 12 parcelas de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), nos termos do art. 13 da Lei 1.060/50. Pugnam pela concessão do efeito suspensivo, para que haja análise do valor dos honorários, do pedido de substituição da *expert* e de assistência judiciária.

Foi concedido efeito suspensivo ao recurso.

O MM. Juiz prolator da decisão agravada informou que não houve sua retratação e que foi cumprido o disposto no art. 526 do CPC.

Transcorreu o prazo legal sem manifestação da agravada.

Recurso próprio, tempestivo e preparado. Dele conheço.

Depreende-se dos autos que os agravantes ajuizaram ação de cobrança em face da agravada, porque celebraram contrato de representação comercial, mas a representada não lhes teria repassado as comissões das vendas realizadas diretamente aos clientes. Durante o feito, foi acolhido o pedido de realização de perícia técnica, tendo a ilustre *expert* apresentado honorários à f. 59-TJ, no montante de R$ 9.300,00 (nove mil e trezentos reais), reduzido para R$ 4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais).

Novamente os autores, ora agravantes, informaram que não teriam condições de arcar com esse valor e pediram que o pagamento fosse feito ao final da demanda, corrigidos. Entretanto, a perita concordou apenas com seu parcelamento em quatro vezes mensais e consecutivas de R$ 1.100,00 (mil e cem reais), corrigidos monetariamente até a data do depósito.

Os agravantes requereram o benefício da assistência judiciária gratuita e, por considerarem a prova pericial relevante, propuseram seu pagamento em 12 prestações mensais de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), totalizando R$ 3.000,00 (três mil reais), e, em caso de negativa da *expert*, fosse designado outro perito.

Porém, o MM. Juiz de primeiro grau proferiu a decisão objeto deste recurso (f. 74-TJ).

Cinge-se a controvérsia a aferir se os agravantes fazem jus à assistência judiciária gratuita. E, ainda, que, se mantido o indeferimento desse benefício, deferida a proposta de honorários apresentada com a conseqüente realização da perícia, sob pena de cercear-lhes o direito à realização desta prova, ou seja nomeado outro *expert* para sua realização.

I - Assistência judiciária gratuita.

O pedido de assistência judiciária gratuita funda-se, essencialmente, na alegação de não poderem arcar com a integralidade dos honorários periciais, razão pela qual pugnam pela aplicação do disposto no art. 13 da Lei 1.060/50, para efetuarem o pagamento dessa verba em 12 prestações mensais de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), totalizando R$ 3.000,00 (três mil reais).

Assim dispõe esse preceito normativo, *ipsis litteris*:

> "Art. 13. Se o assistido puder atender, em parte, às despesas do processo, o juiz mandará pagar as custas, que serão rateadas entre os que tiverem direito ao seu recebimento".

Entretanto, do contexto destes autos de agravo de instrumento, entendo que razão não lhes assiste quanto ao deferimento desse benefício, o qual está assentado no art. 4 dessa lei, *in verbis*:

> Art. 4. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.
> 1 Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

Com a reiterada abusividade que passou a existir, após minuciosa análise e consciente

de que estou aplicando a justiça, entendo que o magistrado, dentro de seu poder de fiscalização do processo e seus autos, pode e deve indeferir o pedido de concessão do benefício quando não se convencer da alegação de insuficiência de recursos para arcar com as custas processuais através dos documentos que instruem a inicial, incluindo nessas despesas os honorários periciais.

Nesse descortino, conquanto os agravantes tenham argüido que não têm condições de arcar com a integralidade dessa despesa processual, não provaram a alegada insuficiência de recursos necessária ao deferimento do benefício perquirido.

Dessa forma, como não há prova de que o pagamento dos honorários periciais, bem como das demais despesas processuais, seria capaz de trazer prejuízo à sobrevivência da pessoa jurídica e/ou natural, deve ser mantida a decisão agravada nesta parte, especialmente porque somente requereram o benefício parcial, uma vez que afirmaram que é possível o pagamento da referida despesa, da forma proposta.

Aliás, prova da capacidade há; tanto que pediu parcelamento.

Elucido que a manutenção da decisão, nesta parte, não obstará a apreciação do segundo pedido recursal atinente à necessidade de produção da prova pericial, com a conseqüente realização desta, mediante a aceitação da proposta de pagamento apresentada.

II - Do alegado cerceamento à produção de prova pericial.

Com relação a este tema, merecem prosperar as alegações dos agravantes, porquanto a decisão agravada determinou a conclusão dos autos para julgamento do mérito do pedido se não houver o depósito da primeira parcela dos honorários periciais, no valor de R$ 1.100,00 (mil e cem reais).

A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, segundo dispõe o art. 420 do CPC, cujo indeferimento deve fundamentar-se nos seguintes motivos enumerados em seu parágrafo único: quando a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico e/ou for desnecessária em vista de outras provas produzidas.

Conseguintemente, o julgamento antecipado da lide deve ocorrer diante do caso concreto, tão-somente se as circunstâncias fáticas e jurídicas produzidas até então forem suficientes.

Na situação vertente, os agravantes não se recusaram a pagar os honorários periciais, imprescindíveis para o início do trabalho técnico, pois que estão interessados na realização dessa prova, tanto que a requereram. Porém, por considerarem elevado o valor homologado pelo Magistrado, uma vez que o trabalho não seria complexo, pugnam tão-somente pela aceitação da proposta que fizeram ou substituição da *expert*.

Logo, a decisão hostilizada está a merecer reparo, porque a manifestação dos agravantes acompanhada de proposta de pagamento não autoriza ao julgador indeferir ou substituir a prova pretendida, mormente em situação como a vista nestes autos, em que se mostra indispensável ao deslinde da controvérsia, sob pena de cercear-lhes o direito à produção de prova.

Não fosse isso, se há pelo menos indícios de que a prova possa trazer elementos capazes de elucidar qualquer fato, ou de confirmá-los, deve ser produzida, mediante o deferimento da proposta de honorários periciais apresentados pelos agravantes, especialmente porque o trabalho não se caracteriza como complexo, visto que consistirá na conferência das planilhas de f. 48/49-TJ.

Dessa forma, o montante de R$ 3.000,00 (três mil reais), dividido em doze prestações mensais e sucessivas de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), é suficiente para a remuneração do trabalho a ser executado.

Ademais, verifico que a perita havia estimado seus honorários em R$ 9.300,00 (nove mil e trezentos reais), reduzindo-os posterior-

mente para R$ 4.400,00, ou seja, a menos da metade, motivo pelo qual o valor proposto pelos agravantes não se mostra aviltante.

Não se trata de determinar a realização gratuita do serviço, cuja obrigação, sem dúvida, competiria ao Estado, mas sim de valer-se de opções que possibilitem o alcance da prova, sem prejuízo para o profissional técnico e, sobretudo, para a parte que a requereu.

Contudo, como os peritos vendem sua força de trabalho para sobreviver, não se pode impor à *expert* que aceite a proposta, razão pela qual deve ser ressalvada ao Magistrado de primeiro grau a possibilidade de nomear outro perito para a hipótese de recusa daquela técnica, sem que haja ônus para os agravantes, que não o proposto como remuneração.

Como dito, ocorrendo a negativa da perita em relação ao valor a ser pago pelos agravantes, o Magistrado poderá nomear outro perito de sua confiança para realização do trabalho.

Com esses fundamentos, dou parcial provimento ao recurso para reformar parcialmente a decisão agravada tão-somente para fixar o valor dos honorários periciais em R$ 3.000,00 (três mil reais), a serem pagos em 12 (doze) parcelas mensais e sucessivas de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais).

O agravado arcará com a integralidade das custas recursais.

O Sr. Des. Marcelo Rodrigues - De acordo com o Relator.

O Sr. Des. Duarte de Paula - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade, mas, sob respeitosa vênia, distancio-me do ilustre Relator quanto ao entendimento por ele esposado no tocante ao pedido de assistência judiciária, e, em conseqüência, deixo de acompanhá-lo quando fixa o valor dos honorários periciais e a modalidade de seu pagamento.

Entendo que a Justiça ideal é a gratuita, comungando do lúcido entendimento de Raimundo Faoro, uma vez que o benefício da assistência judiciária é uma garantia constitucional do mais amplo acesso do cidadão ao Judiciário, que deve ser pelo juiz assegurado e, como tal, necessita, para ser deferido, apenas de uma afirmação do requerente acerca de seu estado de pobreza legal, não dependendo de prova pré-constituída quanto à necessidade alegada e podendo ser pleiteado e reconhecido a qualquer tempo ou instância.

Com efeito, não poderemos, para uma melhor compreensão da questão, deixar de verificar que, de conformidade com os mais destacados e modernos sistemas legislativos do mundo civilizado, o exercício do direito de ação, como a plena observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, foi elevado e inscrito em nossa Constituição Federal na categoria de direito e garantia individual, constituindo princípio basilar de direito constitucional competir somente ao Estado, pelo Poder Judiciário, a composição de todos os conflitos de interesses, dentro de procedimentos que ensejam às partes a correta tutela jurisdicional, evitando-se o exercício da autotutela.

Como corolário do princípio de que a jurisdição é direito de todos e dever do Estado, resulta que devemos, na condição de juízes, facilitar ao cidadão o exercício de seus direitos na defesa de interesses jurídicos, sem o que a tutela jurisdicional estaria reservada aos ricos, àqueles providos de recursos econômicos, em manifesto privilégio destes e em detrimento dos menos favorecidos. Assim entendo que, ao afastar a possibilidade e não oferecer condições mínimas aos necessitados de virem a juízo, comprometida estará a idéia de Justiça, fulminada pelo esquecimento do princípio da igualdade de todos perante a lei.

Deve-se proceder, para uma melhor compreensão da matéria, como ensina Hélio Márcio Campo, *in Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade judiciária*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, à distinção da natureza jurídica dos institutos da assistência jurídica gratuita, gênero de que é espécie a assistência judiciária e a gratuidade

de justiça, pois, não obstante se trate de institutos afins, decorrendo todos do imperioso dever social imposto ao Estado de assegurar a todos os cidadãos o direito do mais amplo acesso ao Judiciário e de proporcionar-lhes o mais amplo direito de defesa de seus direitos e interesses, possuem conotações diversas e elementos diferenciadores para sua regular aplicação aos casos concretos.

Conforme disposição constitucional, a assistência jurídica ao necessitado é instituto de direito administrativo, constituindo-se em um auxílio obrigatório, que deve ser prestado pelo Estado aos desprovidos de recursos financeiros, quer em juízo, quer fora dele. E, quando o art. 5, LXXIV, da Constituição Federal condiciona sua concessão à prévia demonstração da incapacidade do beneficiário, não revoga o disposto no art. 4 da Lei 1.060, de 5.02.50, visto que tais disposições não se contrapõem nem se excluem, ao contrário, se completam, se ajustam, uma vez que aquela necessidade de prova de incapacidade deve-se fazer junto ao órgão administrativo encarregado de prestar a pretendida assistência jurídica, a Defensoria Pública, como facilmente se dessume do art. 134 da Constituição Federal, o que não ocorre quando o beneficiário vem a ser assistido por advogado particular, indicado por força da assistência judiciária ou quando pretende a gratuidade de justiça, institutos de direito processual, pois que apenas necessita, para lhe ser reconhecido o benefício, declarar a sua eventual falta de recursos, ou a sua miserabilidade legal.

Assim, quando o art. 2 da Lei 1.060, de 02.05.50, define como necessitado aquele que não está em condições de pagar as despesas de um processo, sem prejuízos para si e para sua família, e dispõe no seu art. 4 que basta tal afirmação em juízo para lhe ser deferido o benefício no processo, não pode o juiz dele exigir a comprovação de sua alegada miserabilidade. Ademais, milita, por remansosa jurisprudência, em favor do requerente do benefício que declara a sua miserabilidade legal, a presunção *juris tantum* de veracidade, que deve subsistir até prova segura em contrário, cuja produção é de exclusiva responsabilidade da outra parte, quando coloca em dúvida a declaração da parte beneficiada, sob pena de se impor ao juiz o que a lei não lhe atribui e ao pedido de assistência judiciária requisito não previsto em lei para a concessão do benefício, conforme ensina José Roberto Castro:

> Basta que o próprio interessado ou seu procurador declare sob as penas da lei que o seu estado financeiro não lhe permite arcar com o custeio do processo. É, em verdade, uma declaração de estado de pobreza que é, até prova em contrário, verdadeira. A declaração mencionará expressamente a responsabilidade do declarante (...) O art. 4 da Lei n 1.060, com a nova redação que lhe deu a Lei n 7.510, dispensa o 'termo de declaração de pobreza' da Lei n 7.115. Basta, agora, que o interessado na assistência judiciária, na própria petição inicial, afirme que 'não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família'. É a pobreza presumida, nos termos do § 1 (de nova redação) do art. 4 da Lei 1.060 (*Manual de assistência judiciária*: teoria, prática e jurisprudência. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1987, p. 104).

E o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Assistência judiciária (Lei n 1.060/50, na redação da Lei n 7.510/86). Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação de sua pobreza, até prova em contrário (art. 4 e § 1) (*RSTJ* 7/414).

No caso dos autos, verifica-se que o MM. Juiz *a quo* negou o benefício sob o fundamento de que os agravantes são pessoas jurídica e física e a ela não fariam jus, no que cerceia o direito das partes, criando obstáculos para o acesso ao Judiciário, uma vez que, na verdade, funda-se o seu pedido em garantia e em norma residentes no próprio estatuto constitucional (art. 5, incisos XXXV e LV).

In casu, existem nos autos elementos aptos a demonstrar a falta de recursos tanto por parte da pessoa física quanto da pessoa jurídica requerentes, podendo-se ver que esta última vem passando por situação financeira precária, tanto que afirmou não ter condições de arcar com o pagamento dos honorários periciais, não

sendo suficiente para concluir pela existência de capacidade financeira o fato de ter a agravante pedido o parcelamento do valor da perícia, o que apenas demonstra a sua gritante situação aflitiva e a intenção de sacrificar-se para obter a prova que considera essencial para comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

Com efeito, a assistência judiciária não é um direito exclusivo das pessoas físicas, conforme ensina Theotonio Negrão:

> É admissível possa a pessoa jurídica pedir e obter assistência judiciária. A lei não distingue entre necessitados (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed., p. 1.035).

> Assistência judiciária. Gratuidade judiciária aos litigantes em geral, devida tanto à pessoa física como à pessoa jurídica indistintamente (CF, art. 5, LV e LXXIV) (TJRS. AgRg 592119.689, 3 GCC - Rel. Des. Clarindo Favoretto - j. em 06.03.93).

E, mesmo que exista indício a colocar em dúvida a declaração, de forma a justificar a negativa do pleito, não há de se esquecer que constitui obrigação do juiz a prestação jurisdicional, sendo seu dever nunca dificultar, mas garantir, enquanto membro de Poder estatal, ao necessitado o mais amplo acesso ao Judiciário, sendo ônus exclusivo da outra parte, com quem contende em juízo, e somente dela, e não do julgador que preside o processo, comprovar a inveracidade da afirmação, pois, como dito, é dever impostergável do Estado prestar a mais ampla assistência judiciária ao necessitado, como imposto no art. 5, inciso LXXIV, da Constituição Federal, que comprove perante a Defensoria Pública a sua incapacidade financeira - apesar de constituir prova negativa - ou que declare em juízo (art. 4 da Lei 1.060/50), sem os arroubos da formalidade exagerada da Lei 7.115/83, como dispõe a lei específica que rege a espécie, não possuir, ao tempo da postulação do pleito, como arcar com as suas despesas, sem prejuízo de seu próprio sustento.

Cumpre verificar que a Constituição Federal, nominada Constituição Cidadã, adotou um sistema político-filosófico mais voltado ao social e, principalmente, mais preocupada com o amplo e irrestrito acesso à justiça por parte das camadas mais humildes e miseráveis da população, garantindo ao beneficiário da justiça gratuita uma assistência jurídica integral, livre de qualquer despesa.

Ademais, aplica-se, *in casu*, o princípio da isonomia, não tendo como distinguir onde a lei não distingue, visto que não há distinção no texto constitucional entre a pessoa física e a pessoa jurídica, quando lhes oportuniza o direito ao benefício da gratuidade de justiça, ou mesmo da assistência judiciária gratuita, institutos que acima restaram conceituados e explicitados.

Assim, o escopo da Lei 1.060/50, bem como o da Constituição da República, art. 5, inciso LXXIV, é o de facilitar à parte necessitada, seja ela qual for, pessoa natural ou jurídica, que não tem condições de arcar com as custas processuais, sem prejuízo do próprio sustento e de seus familiares, o acesso à justiça em qualquer tempo e grau de jurisdição, visto que a busca da prestação jurisdicional é direito, dever e garantia assegurada pelo Estado.

Nesse diapasão, fazem jus tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, que afirmam a sua miserabilidade legal, ao benefício da assistência judiciária gratuita, com o que ficarão isentos do depósito prévio ou do pagamento dos honorários periciais, porquanto, nos termos do art. 3, V, da Lei n 1.060, de 05.02.50, ditos encargos estão compreendidos nas isenções conferidas aos seus beneficiários.

Pelo exposto, com redobrada e devida vênia do entendimento manifestado pelo ilustre Desembargador Relator, dou provimento ao recurso, para conceder aos agravantes, tanto a pessoa física como a pessoa jurídica, os benefícios da justiça gratuita e, em conseqüência, os isento das despesas com a perícia judicial.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO, VENCIDO O SEGUNDO VOGAL.

-:::-

EMBARGOS DE TERCEIRO - IMÓVEL - PENHORA - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - REGISTRO DE IMÓVEIS - INSCRIÇÃO - AUSÊNCIA - HIPOTECA POSTERIOR - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 84 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa: Embargos de terceiro. Imóvel. Penhora. Compromisso de compra e venda realizado antes de instaurado o processo executivo. Ausência de registro. Hipoteca posterior. Súmula 84 do STJ. Aplicabilidade.

- A não-inscrição da escritura pública em Registro de Imóveis não descaracteriza a boa-fé do proprietário e do promissário comprador, aplicando-se à compra e venda não registrada o entendimento cristalizado na Súmula 84 do STJ.

- Nos termos do art. 1.420 do CC/2002, somente aquele que possui o direito de alienar o bem poderá ofertá-lo em hipoteca. Uma vez celebrado o compromisso de compra e venda entre o embargante e o executado, não mais possui este último o poder de dispor do imóvel e, por conseqüência do imperativo legal supra, não está apto a gravá-lo com hipoteca, sob pena de invalidar a constrição.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0396.02.000373-9/001 - Comarca de Mantena - Apelantes: Giordano Bruno Soares Roberto, em causa própria, e outros - Apelado: Manoel Jacinto Couto - Relatora: Des.ª EULINA DO CARMO ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2007. - *Eulina do Carmo Almeida* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Eulina do Carmo Almeida - Trata-se de apelo interposto por Giordano Bruno Soares Roberto, Genalle Soares Roberto e Suleima Soares Roberto, em virtude da v. sentença, f. 202/206, que, nos autos dos embargos de terceiro aforados por Manoel Jacinto Couto, julgou procedente o pedido nos seguintes termos:

> Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedentes os presentes embargos de terceiro, determinando a exclusão do terreno equivalente a 1.011,75m^2, descrito no documento de f. 06/07, cuja posse se encontra com Manoel Jacinto Couto, da penhora constante de f. 22 dos autos de nº 0396.02.000369-7 (execução - apenso). Determino, ainda, seja a aludida área desmembrada do imóvel remitido por Giordano Bruno Soares Roberto, Suleima Soares Roberto e Genalle Soares Roberto, no Cartório de Registro de Imóveis competente. Condeno a parte embargante no pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios no patamar de 10% sobre o valor da causa.

Inicialmente, cumpre registrar que o imóvel objeto do presente litígio foi penhorado na execução em que figuram como partes os Srs. Lair Batista de Souza e Genadir Gomes Roberto, motivando os embargos de terceiro que dão causa a este apelo, uma vez que o embargante, ora apelado, afirma que o bem pertence a ele.

Em suas razões, f. 208/215, os recorrentes sustentaram a inaplicabilidade da Súmula 84 do STJ ao caso em apreço.

Alegaram que a hipoteca, por se tratar de direito real, se sobrepõe ao compromisso de compra e venda sem registro, que, por natureza, é direito pessoal. Acrescentaram que não havia como perceber que o embargante, ora recorrido, tinha a posse do terreno ou mesmo algum direito de aquisição.

Sem contra-razões.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos, f. 218/218-v., do qual conheço, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Manoel Jacinto Couto ajuizou embargos de terceiro em desfavor de Lair Batista de Souza, objetivando livrar da penhora o imóvel cuja posse alega deter e exercer de forma legal.

Narrou que, de 28.03.1978 até 31.12.1995, trabalhou para o executado Genadir Gomes Roberto, exercendo a atividade de vaqueiro. Após um declínio na situação financeira do empregador, este foi obrigado a se desfazer de seu rebanho e dispensou o ora recorrido, cedendo-lhe, como pagamento de todos os seus direitos trabalhistas, uma casa, onde sempre morou e continuava morando quando do oferecimento dos embargos, edificada em uma área de terreno medindo 1.011,75 m^2 (mil e onze metros e setenta e cinco centímetros quadrados), divisando com o perímetro urbano e fazendo frente com a Rua Reverendo Herculino, na cidade de Mantena - MG, parcela a ser desmembrada de uma área de terreno rural com 22.90.00 ha (vinte e dois hectares e noventa ares), situada no Córrego São Francisco, naquele mesmo Município.

Nos termos da exordial, f. 02/04, da referida negociação originou o "termo de acordo, acerca de obrigações trabalhistas", f. 06/07, datado de 02.01.1996, pelo qual foi transferida a posse ao recorrente.

Em 19.05.1997, Lair Batista de Souza propôs ação de execução contra Genadir Gomes Roberto, pretendendo o recebimento de uma dívida de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais) contraída em 18.04.1996, declarada em Escritura Pública de Confissão de Dívida e inscrita em 19.06.1996 no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que referido débito foi garantido por uma hipoteca que engloba toda a extensão rural supramencionada, 22.90.00 ha (vinte e dois hectares e noventa ares).

No dia 1º.07.1997, referido imóvel foi penhorado nos Autos da Executiva nº 5560/97 e levado à praça em 05.10.1999, tendo sido arrematado pelo próprio exeqüente, Sr. Lair Batista de Souza, ora interessado.

Antes que fosse lavrado o termo de arrematação, os apelantes, Giordano Bruno Soares Roberto, Genalle Soares Roberto e Suleima Soares Roberto, filhos do executado, exercendo o direito de remição, realizaram um depósito judicial no valor de R$ 49.814,65 (quarenta e nove mil, oitocentos e quatorze reais e sessenta e cinco centavos), quantia esta que foi devidamente entregue ao exeqüente, Sr. Lair.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido inicial, determinando que fosse excluída da penhora a gleba de terra cedida ao embargante e que fosse ela desmembrada do terreno constrito, decisão esta que culminou na irresignação em apreço.

Em suas razões recursais, f. 208/215, os suplicantes sustentaram que a constrição regularmente registrada, por ser direito real, sobrepuja-se ao acordo trabalhista celebrado, direito essencialmente pessoal.

Como bem salientou o Magistrado singular, o acertamento das obrigações laborais de f. 06/07 pode ser equiparado a um contrato de promessa de compra e venda, tendo transferido, expressamente, a posse ao recorrido.

Acrescente-se que, tendo em vista que o pacto era oriundo de prestação de serviços pretéritos e consumados, pode ser considerada como quitada a relação havida entre o apelado e o executado, o que legitima mais ainda a posse do insurgido sobre o imóvel.

O art. 104 do CC/2002 elenca os elementos do ato jurídico, imprescindíveis para sua validade, eficácia e existência, *in verbis*:

> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
> I - agente capaz;
> II - objeto lícito, possível, determinado e determinável;
> III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Acerca do tema, Carlos Roberto Gonçalves leciona:

> Os elementos do ato jurídico são essenciais, porque constituem requisitos de existência, validade e eficácia. Os requisitos de existência são elementos estruturais, como a declaração de vontade, finalidade negocial e idoneidade do objeto. Os requisitos de validade são da capacidade do agente, a forma prescrita ou não defesa em lei e objeto lícito e possível. Já os elementos de eficácia são a condição, o termo, o prazo etc. Somente a ausência de qualquer dos elementos de existência ou de validade torna o ato nulo, já os de eficácia implicam sua anulabilidade (*Direito civi*l - Parte Geral. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2001).

Nessa esteira, o art. 1.420 do *Codex* Civilista dispõe que só aquele que possui o direito de alienar o bem poderá ofertá-lo em hipoteca. Assim sendo, uma vez celebrado o compromisso de compra e venda entre o embargante, ora apelado, e o executado, não mais possui este último o poder de dispor do imóvel e, por conseqüência do imperativo legal supramencionado, não está apto a gravá-lo com a constrição em apreço.

Portanto, no que se refere à área descrita no documento de f. 06/07, a constrição realizada no imóvel é inválida e ineficaz perante o recorrido.

Cabe acrescentar que onerar com hipoteca um bem previamente compromissado para compra e venda fere os princípios da boa-fé objetiva da relação contratual.

Ainda que o instituto jurídico seja de direito real, com eficácia *erga omnes*, o que, na forma dos arts. 1.560 do CC/1916 e 961 do CC/2002, torna-o preferível em relação ao direito pessoal, *in casu*, o compromisso de compra e venda precedeu o registro do gravame, tornando o Sr. Genadir Gomes Roberto inapto para hipotecar o bem.

Os suplicantes sustentaram a inaplicabilidade da Súmula nº 84 do STJ ao caso em preço; contudo, reitero que o v. *decisum* vergastado não merece reforma.

A matéria já restou pacificada pela Súmula nº 84 do STJ: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro".

Em hipóteses como a presente, este Sodalício já se manifestou, como se colhe do trecho do judicioso voto proferido pelo Desembargador Saldanha da Fonseca por ocasião do julgamento, em 20.04.2004, da Apelação Cível nº 2.0000.00.429.877-1/000:

> Como visto, só dono, capaz, que possa alienar seus bens, poderá dá-los em hipoteca. Dessarte, por esse fundamento, é possível concluir que a hipoteca que recaiu sobre o imóvel que adquiriu o apelante não se revela válida, porquanto firmada por quem não mais era dono (f. 33/41). Decerto que a propriedade se transfere com o registro do título translativo (CC, art. 1.245). Todavia, a Súmula nº 84 do STJ, ao admitir a oposição de embargos de terceiro por quem detém a posse por força de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro, *mutatis mutandis*, autoriza que o possuidor requeira a declaração de invalidade da hipoteca constituída pelo promitente-vendedor, depois de ajustada a promessa de compra e venda e recebido o preço.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a v. sentença *in totum*, inclusive quanto aos honorários advocatícios e despesas processuais, a cargo dos apelantes, que arcarão também com as custas recursais.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Francisco Kupidlowski* e *Adilson Lamounier*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - HEMOMINAS - EXAME DE SANGUE - RESULTADO FALSO POSITIVO - HIV - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - NEXO CAUSAL - INEXISTÊNCIA

Ementa: Ação ordinária. Indenização. Danos morais. Resultado falso-positivo. HIV. Hemominas. Responsabilidade objetiva. Nexo de causalidade. Inexistência.

- A fundação Hemominas está sujeita à responsabilidade objetiva, nos moldes do § 6º do art. 37 da CR/88, restando patente que, para a configuração dessa responsabilidade, se faz necessária a comprovação do dano, do fato administrativo e do nexo de causalidade.

- Constatada alteração no exame de sangue e tomadas as precauções e providências exigidas pelo Ministério da Saúde, não há que se falar em ressarcimento por dano moral.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0223.04.139960-9/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Rony Keci de Freitas Silvino - Apelada: Fundação Hemominas - Fundação Centro de Hematologia e Hemoterapia de Minas Gerais - Relatora: Des.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de março de 2007. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto - Conheço do recurso, uma vez preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de "ação de procedimento ordinário de ressarcimento de danos materiais e morais" ajuizada por Rony Keci de Freitas Silvino em face de Fundação Centro de Hematologia e Hemoterapia de Minas Gerais - Hemominas, alegando que, em 9 de dezembro de 2003, efetuou doação de sangue no posto de coleta da requerida e que, após 30 dias, recebeu correspondência, informando a necessidade de novos exames, tendo comparecido novamente na unidade da Hemominas, quando foi comunicado pelo serviço de assistência social que "era soropositivo", o que motivou a repetição dos exames.

Sustentou, ainda, que "se viu, de repente, condenado à morte" (f. 04); e, como não confiava mais na requerida, realizou novos exames em laboratório particular. Após ter ciência dos resultados, atestando que não era soropositivo, o autor, irresignado, aduziu que a requerida não observou as regras técnicas exigidas pelo Ministério da Saúde, causando irreparáveis transtornos, razão pela qual requereu a indenização por danos materiais e morais.

A MM. Juíza *a qua* julgou improcedente o pedido (f. 142/148), sob o fundamento de que "o ente público seguiu as normas procedimentais indicadas no caso, tendo agido com as devidas cautelas, alertando o requerente para os riscos naturais dos resultados dos exames desde o início" e de que "não há, portanto, liame causal entre a atuação do ente estatal e o suposto dano moral, por inexistência de vínculo entre a correta atuação da Fundação Hemominas e o estado anímico do requerente". Ao final, condenou o autor ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais), suspensa sua exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Inconformado, apelou o requerente (f. 149/154), reafirmando os argumentos iniciais, alegando que "o recorrido não tomou as devidas providências no sentido de que fossem observadas todas as determinações do Ministério da Saúde" e que "não cabia ao recor-

rido tratá-lo com o descaso com que tratou ao informar-lhe um resultado que não correspondia com a realidade", requerendo o provimento do recurso para reformar a sentença.

Contra-razões apresentadas às f. 157/169.

Revelam os autos que Rony Keci de Freitas Silvino ajuizou "ação de procedimento ordinário de ressarcimento de danos materiais e morais" em face da Fundação Centro de Hematologia e Hemoterapia de Minas Gerais - Hemominas, alegando que a requerida lhe causou irreparáveis transtornos por ter deixado de observar as técnicas exigidas pelo Ministério da Saúde, pretendendo, portanto, indenização por danos morais e materiais. A MM. Juíza *a qua* julgou improcedente o pedido inicial, motivando a interposição do presente recurso.

Ab initio, importante registrar que a Constituição da República de 1988 consagrou a responsabilidade civil do Estado, juntamente com o dever de indenizar, estabelecendo em seu art. 37, § 6º, 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 regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ainda, em relação ao dano moral, a norma constitucional por diversas oportunidades considerou a vida privada, a honra e a imagem das pessoas como direitos invioláveis, passíveis de serem indenizados por dano decorrente de sua transgressão, nos termos do art. 5º, incisos V e X, da CR/88.

Dessarte, o equilíbrio emocional das pessoas foi incluído no rol dos direitos fundamentais, concluindo-se, induvidosamente, ser vedada qualquer ação que importe em lesão ou ameaça a valores protegidos como aspectos básicos da personalidade humana, sendo certo que o acentuado desconforto espiritual, a profunda mágoa, o constrangimento, o sofrimento e a tristeza resultantes de ofensa ao patrimônio moral, advindos de abalos nas relações sociais e públicas hão de ser objeto de ressarcimento por parte do ofensor.

Hely Lopes Meirelles, entendendo aplicável à responsabilidade civil da Administração Pública a teoria do risco administrativo, preleciona:

> A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa, exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo, exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.
> Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais (*in Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 631).

Por sua vez, esclarece Odete Medauar:

> Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se, hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou a culpa do agente, o mau funcionamento ou a falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir (*in Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 430).

José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar da responsabilidade do Estado, também consigna:

> Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. (...)
> O segundo pressuposto é o dano. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano, tanto é indenizável o dano patrimonial como o do dano moral. (...)
> O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou culpa. (...)
> O nexo de causalidade é fator de fundamental importância para a atribuição de responsabilidade civil do Estado. (...)
> O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem 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 (*in Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005, p. 448 e 454).

Nesse mister, a responsabilidade civil do Estado também se encontra ínsita na legislação comum, conforme estipula o art. 43 do CC/02: "As pessoas jurídicas de direito público interna são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo", repetindo a redação do § 6º do art. 37 da CR/88.

Além disso, o art. 186 e os arts. 927 e seguintes do Código Civil determinam que todo aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a reparar o dano, donde se conclui constituir elemento primordial a sustentar a demanda ressarcitória a presença da responsabilidade civil baseada, segundo estabelecido pelo ordenamento jurídico pátrio, na teoria subjetiva da culpa.

Essa a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Dois são os sistemas de responsabilidade civil que foram adotados pelo CC: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. O sistema geral do CC é o da responsabilidade civil subjetiva (CC 186), que se funda na teoria da culpa: para que haja o dever de indenizar, é necessária a existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e o dano e a culpa *lato sensu* (culpa - imprudência, negligência ou imperícia; ou dolo) do agente. O sistema subsidiário do CC é o da responsabilidade civil objetiva (CC 927, parágrafo único), que se funda na teoria do risco: para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar (*v.g.*, CC 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (v.g., atividades perigosas).
> Há outros subsistemas derivados dos dois sistemas, que se encontram tanto no CC como em leis extravagantes, considerando o sistema da responsabilidade subjetiva como a regra geral e o da responsabilidade objetiva como a exceção (Moreira Alves. A responsabilidade extracontratual e seu fundamento: culpa e nexo de causalidade. *Est. Oscar Corrêa*, n. 5, p. 200) (...)
> O ato ilícito descrito no CC 186 enseja reparação de danos que causou, pelo regime da responsabilidade subjetiva, sendo requisitos necessários para que haja o dever de indenizar: a) o ato; b) o dano; c) o nexo de causalidade entre o ato e o dano; d) o dolo ou culpa do agente causador do dano (*in Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2005, p. 267 e p. 534).

In casu, a requerida tem natureza jurídica de fundação pública, estando, portanto, sujeita à responsabilidade objetiva, nos moldes do § 6º do art. 37 da CR/88 e, conforme as lições doutrinárias transcritas, restando patente que, para a configuração de sua responsabilidade, necessária se faz a comprovação do dano, do fato administrativo e do nexo de causalidade, excluída a comprovação do dolo ou da culpa do agente causador do dano, exigida para a configuração da responsabilidade civil prevista pelo art. 186 do Código Civil.

Destaca-se que a Fundação Hemominas, para realizar o procedimento de coleta sangüínea, deve cumprir as normas técnicas estabelecidas na Portaria nº 1.376/93, do Ministério da Saúde, que dispõe:

> II. Do doador
> 1 - O doador deve ser submetido a triagem clínica no dia da doação. (...)
> IV. Dos exames laboratoriais no sangue do doador
> (...)
> 6. Testes sorológicos para as doenças de Chagas, Sífilis, SIDA/AIDS, HTLV I/II
> 6.1. É obrigatória a realização de uma triagem sorológica em todas as unidades de sangue coletado, através de técnicas laboratoriais de alta sensibilidade. O sangue total ou componentes não devem ser transfundidos antes da obtenção de resultados negativos nos testes sorológicos.
> (...)
> 6.6. Resultado dos testes sorológicos:
> 6.6.1. Compete ao órgão executor da atividade hemoterápica:
> a) realizar a triagem sorológica dos doadores, através de testes de alta sensibilidade;
> b) descartar convenientemente o sangue com resultado positivo para qualquer das reações relacionadas acima;
> c) convocar, orientar e encaminhar o doador com resultado sorológico não negativo, para serviços complementares de diagnóstico e tratamento;
> (...)
> 6.6.2. Não é obrigatório que o órgão executor da atividade hemoterápica firme o diagnóstico sorológico da doença, sendo facultada a realização de testes sorológicos confirmatórios ou diagnósticos. Deve, entretanto, respeitar o item 6.6.1.c, acima.

Verifica-se dos autos que a ora apelada atendeu às exigências do Ministério da Saúde, tomando as precauções necessárias desde o início, inclusive colhendo declaração com o consentimento do requerente; que foram

> feitos testes de triagem sorológica de alta sensibilidade em meu sangue, nos quais podem ocorrer resultados falsamente positivos (falsos-positivos). Se isto ocorrer, estou ciente que serei convocado pela Fundação Hemominas para receber orientações e repetir os exames (...) Os resultados de exames laboratoriais podem ser influenciados por uso de medicamentos, por fatores individuais, pela prevalência da doença, pelo tipo de metodologia utilizada, por sensibilidade e especificidade do teste, entre outros fatores (f. 87-v.).

Ainda, anota-se que, ao constatar que o resultado do primeiro exame apontou alterações, a Fundação Hemominas encaminhou correspondência para o requerente informando a necessidade de novos testes, esclarecendo que os exames são sensíveis, passíveis de alterações e que isso não significava a presença de doença (f. 34).

Restou demonstrado nos depoimentos das testemunhas que o procedimento da requerida é padrão e que se faz necessária a repetição do exame sempre que for apresentada alguma alteração, conforme destacado:

> (...) a depoente recebeu o autor e explicou a ele que isso não significava que ele estivesse doente e que, devido à alta sensibilidade dos exames, seria necessária a realização de um outro para se aferir mais precisamente o diagnóstico mais apropriado a respeito do sangue do autor; no mesmo dia colheu-se nova amostra do sangue do autor e o resultado para HIV, desta vez, foi negativo (depoimento de Maitê Albino, f. 122).

> (...) o procedimento da Hemominas é padronizado e sempre que ocorre um resultado de sorologia ou outro positivo, o exame é repetido, seguindo orientação de resolução da Anvisa; os exames realizados na Hemominas, ordinariamente, são de alta sensibilidade e baixa especificidade e por isso pode ocorrer uma reação cruzada, causada por uma sensibilidade do sistema imunológico que reage e provoca anticorpos (depoimento de Valéria Sutana Ladeira, f. 124).

Registre-se que, após a notícia do primeiro resultado, certamente o requerente teve transtornos emocionais, com sérios abalos em sua relação com a esposa, família e amigos, conforme destacado na exordial.

No entanto, cumpre ressaltar que a requerida agiu com prudência, observando as

exigências aplicáveis ao caso, alertando sobre as possibilidades e formas de resultados, atendendo às determinações para a segurança da saúde, o que demonstra, dessarte, a inexistência do liame causal entre a atuação da Fundação Hemominas e o transtorno moral do autor.

Nessa senda, vale colacionar trecho da sentença de primeiro grau, com as ponderações da MM. Juíza *a qua*, entendimento que adoto no caso em questão:

> em que pesem os momentos de angústia eventualmente vividos pelo requerente, a alteração em sua rotina decorreu de seu comportamento extraordinário ao antecipar-se aos resultados conclusivos diante da notícia da mera possibilidade de contaminação pelo vírus da Aids.
> (...)
> Não há, portanto, liame causal entre a atuação do ente estatal e o suposto dano moral, por inexistência de vínculo entre a correta atuação da Fundação Hemominas e o estado anímico do requerente.
> Sabe-se, por conseguinte, que a ausência de nexo de causalidade entre a conduta do agente estatal e o suposto dano é capaz de elidir a responsabilidade objetiva, afastando o dever de indenizar (f. 146).

Dessa forma, tendo em vista a ausência do nexo de causalidade entre a atuação da Fundação Hemominas e os abalos emocionais do autor, não se configura a responsabilidade objetiva da requerida de ressarcimento por danos morais.

Nesse sentido, é o entendimento do TJMG:

> Indenização - Danos morais - Hemominas - Falso-positivo em exame de Aids - Responsabilidade objetiva do Estado - Nexo causal entre ato do ente público e dano sofrido pelo autor - Ausência - Culpa exclusiva da vítima - Improcedência. - O resultado falso-positivo de teste de HIV pode ocorrer não por erro, mas em face de presença de determinados anticorpos no organismo que podem dar o mesmo resultado positivo, como nos casos de doenças auto-imunes, como o lúpus eritematoso sistêmico, gripe, vacina contra gripe, herpes, artrite reumatóide, malária, tuberculose, anticorpos para hanseníase - e até mesmo gravidez (Enciclopédia Wikipédia). Ocorrendo o resultado falso-positivo para Aids, não responde por danos morais o ente público que efetuou o teste, se procedeu de acordo com as portarias do Ministério da Saúde e recomendações de organismos internacionais, repetindo o teste e avisando ao paciente sobre a possibilidade de o resultado ser falso e ainda o encaminhando a Centro de Diagnóstico, Aconselhamento, Acompanhamento e Tratamento apropriado, tendo o paciente optado, por conta própria, em ali não comparecer, assumindo os riscos, o que configura a sua culpa exclusiva pelos sofrimentos que poderia ter evitado (Apelação Cível n° 1.0024.04.537896-5/001 - Relatora: Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade - j. em 07.11.2006).

> Ação ordinária - Indenização por danos morais - Resultado falso-positivo de presença do vírus HIV na amostra de sangue - Ausência de negligência e imprudência na conduta da Fundação Hemominas e de sua médica - Observância de normas na conduta do caso - Pedido improcedente - Recurso desprovido. Conduta das requeridas dentro da ética médica e de acordo com a Portaria 1.376/93, do Ministério da Saúde. - Não se há falar em responsabilidade civil por parte da Fundação Hemominas, nem tampouco em relação à sua médica, por agirem conforme normas vigentes para a situação, não restando demonstrada omissão, negligência, imprudência ou violação alguma aos direitos da autora/apelante. Recurso desprovido (Apelação Cível nº 000.338.483-1/00 - Relator: Des. Eduardo Andrade - j. em 03.06.2003).

> Responsabilidade civil - Alegação de diagnóstico de Aids - Fato não comprovado - Exercício do consentimento esclarecido pelo médico - Informação de alteração no exame de sangue - Dever de aconselhamento para procurar especialista - Inocorrência de ato ilícito. - A relação médico e paciente é baseada na confiança e na transparência, daí por que o paciente tem direito a ser esclarecido sobre alteração no seu exame de sangue e ser aconselhado a procurar um especialista. O exercício do dever de esclarecimento e aconselhamento pelo médico, ainda que possa causar sensação de desconforto no paciente, não configura ato ilícito a

gerar reparação por dano moral (Apelação Cível nº 1.0701.01.012091-6/001 - Relatora: Des.ª Maria Elza - j. em 1º.07.2004).

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão de primeiro grau por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade em face da assistência judiciária deferida, com a ressalva expressa do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Roney Oliveira* e *Silas Vieira*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:::-

PECULATO - CRIME CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS - ORDENAÇÃO DE DESPESA NÃO AUTORIZADA - *EMENDATIO LIBELLI* - EMPREGO IRREGULAR DE VERBAS PÚBLICAS - AUTORIA - MATERIALIDADE - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - FIXAÇÃO DA PENA - MULTA

Ementa: Peculato. Emprego irregular de verbas ou rendas públicas. Ordenação de despesa não autorizada. Absolvição. Irresignação ministerial. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0261.03.018815-3/001 - Comarca de Formiga - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Moacir Ribeiro da Silva - Relator: Des. EDELBERTO SANTIAGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 6 de fevereiro de 2007. - *Edelberto Santiago* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Edelberto Santiago - Moacir Ribeiro da Silva, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 312, *caput*, por duas vezes, em concurso material, e também nas dos arts. 315 e 359-D, todos do Código Penal, porque, em 2002, quando então assumiu a presidência da Câmara Municipal de Formiga/MG, teria, segundo consta da exordial acusatória, incorporado bem público ao patrimônio pessoal - no caso, um aparelho sonoro denominado "câmara de eco" - e desviado verba pública em proveito próprio, ao destinar a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) à empresa JN&C Serviços Especializados de Assessoramento a Municípios S/C Ltda., para pagamento de parecer jurídico sobre questão já analisada por assessor da Casa Legislativa, para tanto remunerado, configurando, respectivamente, as figuras denominadas na doutrina como "peculato-uso" e "peculato-desvio". Consta, ainda, na denúncia, que o ex-Prefeito teria ordenado despesa para a compra de um veículo automotor GM Astra Sedan, 4 portas, motor 2.0, e de combustível, com vistas a viabilizar o transporte de pessoas para tratamento de saúde em localidades vizinhas, o que caracterizaria, nos termos da peça preambular, as condutas descritas nos arts. 315 e 359-D do CP.

O MM. Juiz de Direito da Primeira Vara Criminal da Comarca de Formiga, julgando improcedente o pedido contido na denúncia, absolveu o réu, *ex vi* do disposto no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, recorreu o representante ministerial local, pugnando pela condenação, nos exatos termos da inicial.

Em contra-razões, bate-se a defesa pela manutenção da decisão *a quo* (f. 908/920).

A douta Procuradoria de Justiça, por meio de parecer da lavra do ilustre Procurador Rogério Greco, opina pelo total provimento do inconformismo (f. 925/929), mantendo tal entendimento mesmo após ciência do conteúdo do termo de uma audiência, realizada no curso da Ação Civil Pública nº 26103018814-6, por ato de impro-

bidade administrativa, movida contra o réu, cuja cópia foi, por força da norma contida no art. 400 do CPP, juntada aos autos às f. 959/962.

É o relato do essencial.

Preliminarmente, conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

No mérito, merece parcial reforma o r. *decisum* hostilizado.

Consta dos autos que Moacir Ribeiro da Silva, em 2002, quando exercia a presidência da Câmara Municipal de Formiga, ordenou a compra de um aparelho sonoro, denominado "câmara de eco", do qual, em seguida, se apropriou, ao levá-lo consigo das dependências da Casa Legislativa para sua residência, ali permanecendo por meses, até que, em 2003, avisado pelo vereador Amilton Luiz Vale de que o fato estaria sendo investigado, devolveu o referido objeto ao local de onde tinha sido retirado. Narra-se, mais, que o acusado solicitou parecer jurídico à empresa JN & C - Serviços Especializados de Assessoramento a Municípios S/C Ltda., pagando, para tanto, com o dinheiro público, a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), não obstante a existência, na Câmara dos Vereadores, de parecer elaborado por assessor jurídico, remunerado pelos cofres públicos, contrário, contudo, aos pretensos interesses do réu, de que fosse aprovada a Resolução nº 210/2000, na qual foi instituída verba de custeio mensal aos vereadores e membros da Mesa Diretora daquela Casa. Registra-se, também, que Moacir Ribeiro da Silva ordenava o transporte de pessoas para tratamentos de saúde em outras cidades, gerando, com isso, despesas, inclusive de combustível e pagamento de motoristas, sem qualquer lei autorizativa ou dotação orçamentária para tanto. Por fim, consta, ainda, dos autos, que o réu aplicou verbas públicas consignadas para os serviços habituais da Câmara Municipal na compra de automóvel e combustível para a condução das referidas pessoas, tarefa estranha às atribuições do Legislativo.

A materialidade está consubstanciada nos documentos de f. 320/321, 322/400, 401/517 e 520/534, nos quais, respectivamente, comprova-se a compra da mencionada câmara de eco, em nome da Câmara Municipal de Formiga; a realização de processos licitatórios para contratação de firmas para fornecimento de combustível com vistas ao abastecimento de veículos de propriedade da referida Casa Legislativa, bem como para compra do já mencionado veículo automotor; a realização do contrato com a empresa JN & C - Serviços Especializados de Assessoramento a Municípios S/C Ltda. para emissão de parecer jurídico relativo à constitucionalidade/legalidade da Resolução nº 210/2000, na qual foi instituída verba de custeio mensal aos vereadores e membros da Mesa Diretora daquela Casa.

A autoria, em relação ao peculato-uso e ao emprego irregular de verbas públicas, por sua vez, é induvidosa, em face da confissão do apelante, tal como, inclusive, reconhecido pelo Julgador monocrático, o qual, todavia, absolveu o acusado de todos os crimes que lhe foram imputados, por considerar que os fatos narrados não constituem infração penal, à míngua de elemento subjetivo para tanto.

A meu sentir, contudo, a configuração do ilícito só não se perfaz quanto ao delito tipificado no art. 312 do CP, no tocante à contratação de parecer jurídico, e relativamente ao crime a que se refere o art. 359-D do mesmo diploma legal.

Na primeira hipótese, não há, nos autos, prova de que pretendia o réu beneficiar-se, desviando dinheiro público em proveito alheio, ainda que já existisse parecer sobre a mesma questão, emitido por servidor da Câmara Municipal, por mais que seja possível aventar que o acusado pretendia valer-se de opinião favorável à emissão de verbas para os membros da Casa Legislativa.

De fato, é de se acolher a versão apresentada por Moacir Ribeiro da Silva, no depoimento de f. 755/756, de que pretendia se resguardar, ante a complexidade da questão analisada nos referidos pareceres, que envolvia, inclusive, dispêndio de verbas públicas. Até porque, como por ele afirmado, "mesmo após o parecer do Dr. José Nilo, não liberou a verba de

gabinete nos termos de seu parecer" (f. 756), o que foi corroborado no depoimento do vereador Sebastião Alves Rangel, às f. 812/813.

Ademais, não há, nos autos, qualquer elemento por meio do qual possa ser provada a vontade de desviar dinheiro público em proveito próprio ou alheio por meio da emissão de novo parecer jurídico, ainda que disso se cogite. Contudo, como cediço, não se vale o Direito Penal de suposições, impondo-se a aplicação, *in casu*, do princípio *in dubio pro reo*.

No que toca à imputação relativa à conduta prevista no art. 359-D do CP, de igual forma, não deve prosperar o recurso ministerial.

O sistema penal pátrio proíbe, no referido dispositivo, a ordenação de despesa não autorizada por lei.

Na hipótese dos autos, o gasto com combustível e com a compra do automóvel estava autorizado em lei.

Nos documentos de f. 322/400 e 401/517, demonstra-se a existência de processo licitatório para aquisição de combustível e do referido veículo, cuja regularidade foi objeto de confirmação por meio de pareceres emitidos pela Assessoria Jurídica da Câmara Municipal, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93, conforme se comprova por meio dos documentos de f. 341/343 e 421/422.

Poder-se-ia argüir, contudo, que não havia lei ou resolução em que fosse regulamentado o transporte das pessoas para tratamento de saúde em localidades circunvizinhas, como se extrai das declarações prestadas pelo servidor da Câmara Municipal, Luís Cláudio Lasmar (f. 800/801), e pelo ex-Presidente da referida Casa Legislativa, Aluísio Veloso da Cunha (f. 802/803), bem como do documento de f. 98/99. Contudo, a meu ver, o deslocamento dos populares, que implicou gasto de dinheiro público com combustível e utilização de automóvel e cuja qualificação jurídica foi determinada com base no art. 359-D do CP, amolda-se, na verdade, ao chamado peculato-desvio, se provado restasse que pretendia o réu, com a benesse concedida aos cidadãos, capitanear prestígio para fins de promoção política.

Isso porque o gasto, em si, com combustível e automóvel não está vedado em lei. O que se proíbe é o desvio na sua utilização, para fins que refogem da competência ínsita ao exercício das funções de presidente da Casa Legislativa Municipal, e o que ocorreu, *in casu*, foi que o agente alterou a destinação regular do combustível e do uso do automóvel.

Contudo, à míngua de recurso da acusação relativamente a tal questão, não cabe, nesta instância, aplicar a hipótese de *emendatio libelli* a que se refere a norma contida no art. 383 do CPP.

Ainda que melhor se enquadre o transporte de pessoas para tratamento de saúde, com utilização de combustível e automóvel pertencentes à Casa Legislativa, no delito tipificado na segunda parte do art. 312 do CP, a referida conduta pode, também, caracterizar o crime tipificado no art. 315 do referido diploma legal, porquanto salta aos olhos que, ao empregar o combustível e o automóvel, licitamente adquiridos, em fim estranho às atribuições do órgão que presidia, deu o acusado às verbas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei.

E nem se diga que havia, *in casu*, uma finalidade justa por trás do emprego irregular das verbas públicas, pois, para configuração do tipo descrito no art. 315 do CP, tal fato é irrelevante.

Confira-se, nesse ponto, a lição de Guilherme de Souza Nucci (em *Código Penal comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 1.016):

> O funcionário tem o dever de ser fiel às regras estabelecidas pela Administração para aplicar o dinheiro público, logo, não havendo exigência, para este delito, de elemento subjetivo específico, isto é, o objetivo de prejudicar o Estado, qualquer desvio serve para a configuração do crime. 'Outrossim, não importa demonstrar que o emprego irregular de verba ou renda pública obedeceu a propósitos honestos e teve também fins honestos. A lei posi-

> tiva por que se deve reger a ordem jurídica somente coincide com o princípio de moral, quando o legislador o encampa' (ALMEIDA, Fernando Henriques Mendes de. *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 43-44).

Nesse ponto, pois, entendo merecer acolhida o pleito acusatório, subsistindo, também, a viabilidade de condenação com fulcro no disposto no art. 312 do CP, relativamente ao "peculato-uso".

No tocante à utilização da câmara de eco pelo réu, consignou-se, na decisão absolutória, que "o simples uso da coisa não caracteriza o delito de peculato, pois faz-se (*sic*) necessário (*sic*) a presença do dolo, constituído na vontade do agente em transformar a posse em domínio" (f. 883), o que, segundo o Magistrado *a quo*, não foi comprovado, com o que não posso concordar.

O próprio apelado reconheceu, tanto no termo de declarações, prestadas quando do inquérito civil público, às f. 69/71, quanto no depoimento prestado ante a autoridade judicial, às f. 755/756, que a devolução do aparelho sonoro não se deu de forma espontânea, tendo ocorrido tão-somente porque foi alertado em relação à possibilidade de ser tal fato contra ele utilizado. Veja-se:

> [...] que, por simples esquecimento, o aparelho ficou na sua posse até que o vereador Hamilton lhe comunicou que estavam a averiguar tal falto para prejudicar o declarante quando então imediatamente levou o citado aparelho até a Câmara Municipal; esclarece ainda que é muito comum que os vereadores utilizem aparelhos pertencentes à Câmara, tais como, máquinas fotográficas e filmadoras [...] (f. 70);
>
> [...] que, após findar o seu mandato de Presidente, procurado pelo Presidente que o sucedeu, Amilton Luiz Vale, entregou o aparelho que por esquecimento não havia devolvido; [...] (f. 755).

De notar-se que tal versão foi confirmada pelas testemunhas Aluísio Veloso da Cunha, segundo o qual, "após os comentários na Câmara, o acusado desfez a troca" (f. 802), e Baldomiro José dos Santos (f. 806/807), o qual afirmou que, somente após a constatação da troca da câmara de eco, foi que o réu devolveu a pertencente ao erário, da qual se havia apropriado (f. 806).

Não se pode, pois, constatar, com base em tais elementos, a nítida intenção do agente de devolver a coisa, o que, ainda que assim não fosse, não elide a prática do crime tipificado na primeira parte do art. 312 do CP, uma vez que, como já me manifestei anteriormente, quando do julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 1.0261.04.026283-2/001 (*DJ* de 31.03.2005), tenho posição firmada no sentido de que a consumação do peculato, em sua forma "peculato-uso", se dá tão-logo ocorra a inversão da posse pelo agente, que age, então, como se fosse o dono da coisa, sendo desnecessária, para configuração do referido ilícito, a obtenção de vantagem com a prática delituosa.

Configurada, pois, a prática, pelo acusado, do crime a que se refere o art. 312 do CP, em mais esse ponto cabe razão ao apelo ministerial.

À vista do exposto, reformo parcialmente a decisão monocrática para, mantendo a absolvição pelo crime de peculato-desvio (art. 312 do CP) e ordenação de despesa não autorizada em lei (art. 359-D do CP), condenar o réu Moacir Ribeiro da Silva pelo delito de peculato-uso (art. 312 do CP) e emprego irregular de verbas públicas (art. 315 do CP).

Considerando-lhe favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo as penas-base em, respectivamente, 2 (dois) anos de reclusão e 1 (um) mês de detenção, *quantum* este que torno definitivo em face da inexistência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como de causa especial de aumento ou diminuição de pena.

Considerando o disposto no art. 49, *caput* e § 1º, c/c o art. 312, e no art. 60, todos do CP, estabeleço a pena pecuniária em 10 dias-multa, cujo valor será calculado à razão de 1/2 do salário mínimo vigente, em face da privilegiada condição financeira do réu, conforme se extrai do depoimento de f. 755/756, no qual declara ter renda mensal aproximada de R$ 3.000,00 (três mil reais).

Considerando ainda o disposto nos arts. 44 e seguintes do CP, substituo as penas privativas de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de 730 (setecentas e trinta) horas de serviços à comunidade, em entidade a ser escolhida pelo juiz da execução, e no pagamento de 15 (quinze) salários mínimos destinados a entidade assistencial, também de escolha do Magistrado *a quo*.

Mercê de tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, para condenar o réu Moacir Ribeiro da Silva nas iras dos arts. 312 e 315 do CP.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Márcia Milanez* e *Sérgio Braga*.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE - ÔNUS DA PROVA - PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO* - ABSOLVIÇÃO

Ementa: Prova. *Onus probandi*. Juízo de mera suspeita. Prova inconvincente. Absolvição.

- Inexistindo elementos de prova hábeis para a condenação, imperativa se torna a absolvição, amparada pelo princípio *in dubio pro reo*. Se a participação do agente não passa de mera suspeita e deixa de ser demonstrada *salienter tantum*, a absolvição é medida que se impõe. Apenas a certeza da autoria e a materialidade delitiva servem de base legítima a um desate condenatório. Se a prova for insuficiente a um desate condenatório, absolve-se o réu.

- Embora o ônus probante caiba às partes, a prova a cargo da acusação deve fundar-se na certeza, ou seja, na plenitude do convencimento, enquanto a da defesa baseia-se na dúvida, sendo esta o bastante.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0701.98.015127-1/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Elias José dos Santos - Relator: Des. HYPARCO IMMESI

Acórdão

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

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2007. - *Hyparco Immesi* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Hhyparco Immesi - Denunciou-se Elias José dos Santos como incurso nas sanções do art. 129, § 3º, do Código Penal, porque, no dia 28.10.1998, "(...) utilizando-se de um pedaço de madeira e agindo em concurso com o inimputável T.M.S., desferiu golpes contra a vítima Adriano dos Santos, produzindo-lhe lesões corporais que, por sua gravidade e localização, foram a causa de sua morte (...)" (f. 02).

Após instrução probatória, adveio a r. sentença de f. ... *usque* ... -TJ, da lavra do experiente Magistrado Dr. Habib Felippe Jabour, que absolveu o denunciado, com fulcro no art. 386, inciso VI, do Estatuto Instrumentário Penal.

Irresignada, apela a Promotoria de Justiça (f. 128 e 136/142), às alegações, em síntese, a seguir alinhadas: a) que "(...) a prova revela que o fato teria ocorrido, porque o recorrido suspeitava que a vítima

teria lhe furtado objetos de valor, dias antes do crime (...)" (f. 137); b) que, em seguida ao ataque à vítima, "(...) o acusado e seu comparsa inimputável saíram no encalço de Wellington José dos Santos, irmão da vítima, que também foi agredido violentamente pela dupla (...)" (f. 137); c) que, "(...) no dia seguinte aos fatos, a vítima foi internada e morreu em virtude de contusão craniana, decorrente dos golpes desferidos pelo recorrido e pelo menor desviante (...)" (f. 138); d) que, "(...) no processo penal, é dividido o ônus probatório, incumbindo à acusação provar os fatos constitutivos da imputação, reservando-se ao agente o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos por ele alegados (...)" (f. 138); e) que, *in haec specie*, "(...) os elementos de convencimento sinalizam para a responsabilidade penal do acusado, cujo álibi foi transferir tal responsabilidade para o menor infrator, situação que ocorre com muita freqüência nos processos penais (...)" (f. 140); f) que "(...) não há falar em ausência ou conflito de provas, e a absolvição representa indesejável impunidade (...)" (f. 141).

Almeja o provimento do apelo, para que o apelado seja condenado nos termos da *imputatio*.

Há contra-razões (f. 143/144).

O Ministério Público de 2º grau, em r. parecer da lavra do conceituado Procurador de Justiça Dr. Geraldo Flávio Vasques, recomenda o desprovimento do recurso (f. 150/151).

É, em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conhece-se do apelo, visto que próprio e tempestivamente aviado.

A materialidade encontra-se provada *ad sacietatem* nos autos, como se infere do laudo de necropsia de f. 47.

Registre-se que o apelado nega, peremptoriamente, a autoria do fato que lhe foi imputado. Passa-se, pois, à sua análise, com a transcrição de excertos dos depoimentos testemunhais. Ei-los:

> a) (...) que (a vítima) estava num bar situado no Jardim Primavera (...), quando entrou em discussão com um elemento que lá estava; que, em decorrência, houve luta corporal entre os referidos, tendo esse elemento desconhecido desferido uma paulada em seu irmão; que, em decorrência dos ferimentos, foi seu irmão socorrido por terceiros e encaminhado até o Hospital Escola, onde foi internado e permaneceu em observação até a manhã de hoje, quando veio a falecer (...); que, por informações obtidas, tem conhecimento que o autor do homicídio é um elemento conhecido por 'Animal' (...) (f. 11/11-v. - depoimento do irmão da vítima, Sivaldo Tavares Câmara, no inquisitório).
>
> b) (...) que o depoente estava na companhia de seu irmão Adriano Santos, sentados na porta da casa de Elias José, aguardando a chegada do mesmo; que, quando este chegou (Elias José), sem dar tempo ao depoente e a seu irmão de falarem, 'já foi dizendo que eles estavam roubando sua casa' e que o depoente e seu irmão não sairiam dali; que, nesse momento, Elias José dos Santos pegou 'uma garrucha' para que o depoente e seu irmão não saíssem dali e, com um pedaço de pau, desferiu várias pauladas em Adriano Santos, vindo a atingi-lo nas costas, barriga e cabeça, até que ele perdeu os sentidos; que, não satisfeito, Elias José começou a bater no depoente também com 'porretadas', mas o depoente conseguiu sair do local; porém, logo à frente, o mesmo foi pego por um indivíduo que desconhece o nome, mas que estava acompanhando Elias e presenciou e participou da pancadaria, sendo que o referido elemento agrediu o depoente, até que este ´perdeu os sentidos; que, posteriormente, o depoente foi socorrido por populares, que também socorreram Adriano Santos e acionaram a Polícia Militar; que não obteve êxito em prender os autores do delito; que, no dia seguinte, o depoente e sua mãe levaram Adriano Santos ao Hospital Escola, onde o mesmo foi internado em estado grave, vindo a falecer (...) devido aos ferimentos sofridos(...) (depoimento do irmão da vítima, Wellington José dos Santos - 'Camanguinha' - f. 42/43, no inquisitório).
>
> c) (...) que o declarante, no dia dos fatos, estava acompanhando a pessoa de Elias José, sendo que, quando chegaram na residência deste último, puderam verificar que dois elementos estavam dentro da residência de Elias e já estavam saindo de dentro da mesma, carregando uma televisão; que, como a residência de Elias José tinha sido alvo de dois furtos recentes, resolveram impedi-los de furtar tal televisão; que os elementos que estavam fur-

tando tal televisão eram Adriano dos Santos e Wellington José dos Santos, os quais, ao notarem a presença do declarante e Elias, colocaram a televisão no chão e começaram a conversar; que Adriano dos Santos, que, até então, era cunhado de Elias José, ficou conversando com este último, enquanto o declarante foi até a esquina, a fim de chamar a Polícia Militar (...); que retornou para a residência de Elias, onde notou que os ânimos estavam bastante exaltados; que, nesse momento, Adriano dos Santos levantou-se e disse que iria embora, e, diante da negativa do declarante em deixá-lo ir, Adriano, que estava com uma barra de ferro na cintura, ameaçou o declarante e, nesse momento, este último pegou um pedaço de pau que estava no chão e desferiu uma paulada na cabeça de Adriano dos Santos, o qual caiu no chão e desfaleceu; que Wellington, nesse momento, disse que iria acertar o declarante, por este ter acertado seu irmão (Adriano dos Santos), e saiu correndo; que o declarante correu atrás de Wellington, a fim de pegá-lo para que o mesmo esperasse a chegada da Polícia Militar (...); que, quando alcançou Wellington, entraram em luta corporal, sendo que Elias ajudou o declarante a segurar Wellington (...); que o declarante deseja esclarecer que a Polícia Militar foi acionada por um 'amigo' de nome Alexandre de Tal, e o mesmo é residente na Rua União (...) (depoimento de T.M.S., f. 51/52, no inquisitório).

(...) que confirma seu depoimento na fase policial, que ora lhe foi lido; que a vítima Adriano e seu irmão Wellington foram flagrados pelo acusado no interior da residência deste, quando tentavam furtar alguns objetos seus; que o depoente estava em companhia do acusado, e ambos ficaram surpreendidos, porque os referidos irmãos eram ex-cunhados dele (...); em dado momento, a vítima Adriano, que estava com um ferro enrolado nas mãos e que segurava um pé-de-cabra, fez menção que iria agredir com esse instrumento o depoente; que, então, para se defender, lançou mão de um pedaço de madeira, que estava no chão, e com ele desferiu um certeiro golpe na região craniana da vítima Adriano que, em decorrência, tombou ao solo, desmaiado (...); que seu irmão, ouvindo dizer que iria chamar a polícia, evadiu-se do local; que, então, foi perseguido pelo acusado e pelo depoente (...); que o depoente desferiu apenas um único golpe na região craniana da vítima; que, depois, a vítima acordou, o acusado 'bateu boca' com ela, mas não chegou a agredi-la fisicamente; que em nenhum momento o acusado desferiu golpes na cabeça da vítima (...) (depoimento de T.M.S., em juízo - f. 97/98).

d) (...) que ouviu gritos vindos da rua; que decidiu ir até o local, para averiguar o que estava acontecendo, sendo que, ao chegar, viu a pessoa de T.M.S. agarrado a Wellington José dos Santos, puxando-o para que este se soltasse de uma árvore onde estava segurando; que o depoente perguntou o que estava acontecendo, e Elias José, vulgo 'Animal', disse que Wellington tinha tentado roubar aparelhos de sua residência, e por isso ele 'iria matá-lo', e, dizendo isso, Elias José desferia pauladas na cabeça e no corpo de Wellington José dos Santos; que o depoente não concordou, e disse que iria chamar a polícia, e que ela é que deveria resolver o problema; que, nesse momento, T.M.S. pediu que o depoente chamasse uma ambulância (...); que, a respeito das agressões sofridas por Adriano dos Santos, o depoente não pode precisar, uma vez que não as viu em momento algum (...) (depoimento de Alexandre Aparecido da Silva - f. 54/54-v, no inquisitório).

(...) que o depoente ouviu barulho na porta de sua residência e foi verificar o que estava acontecendo, constatou que T.M.S., amigo do acusado Elias José, v. 'Animal', estava puxando Wellington José dos Santos, que se agarrava numa árvore, para obrigá-lo a se soltar (...); que o depoente perguntou, ainda, ao acusado Elias José, o que estava se passando, e obteve como resposta que o referido Wellington e um outro rapaz haviam entrado em sua residência para furtar; que o citado Wellington já estava muito machucado, mesmo assim o acusado queria agredi-lo mais ainda; que o depoente interveio e impediu-o; que o acusado foi embora, juntamente com T.M.S. (...)" (depoimento de Alexandre Aparecido da Silva, em juízo - f. 96).

Transcrevem-se, também, excertos dos depoimentos do acusado (ora apelado):

a) (...) que tudo começou quando o declarante teve sua casa arrombada e roubada, por três vezes, em intervalos de, mais ou menos, uma semana (...); que o declarante disse que, todas as vezes, teve pistas de quem teria entrado em sua residência para furtar, seria um rapaz numa bicicleta 'Monark' vermelha; que, da terceira vez (...), chegou, olhou pelo vidro da sala e viu Adriano, conhecido pelo vulgo 'Neném', car-

regando sua televisão, e a casa toda revirada, e o 'Camanguinha', irmão do Adriano, estava com ele no interior da residência, ajudando no furto (...); que o declarante disse que foi conversar com Adriano, querendo saber por que estava fazendo aquilo, sendo que Adriano quis falar mais alto; que Adriano estava com um ferro na cintura, o qual, provavelmente, teria usado para estourar o cadeado; que um rapaz chamado T.M.S., residente na Rua União (...), estava na esquina, sendo que escutou a discussão e foi até lá; que T.M.S. perguntou ao Adriano onde estava a televisão; que T.M.S. disse, ainda, que, se Adriano não dissesse onde estava a televisão, iria lhe dar uma paulada; que Adriano respondeu que, então, desse a paulada; que, quando T.M.S. veio até o declarante, ele estava com um pedaço de pau, que tinha arrancado da cerca; que T.M.S., então, deu a paulada na cabeça do Adriano; que Adriano caiu ao solo e desmaiou, sendo que o declarante pegou a mangueira e jogou água no rosto de Adriano, para ele acordar; que 'Camanguinha' assistiu tudo, pois estava ao lado de Adriano; que 'Camanguinha' saiu correndo e entrou dentro da casa de um vizinho; que vários populares correram atrás dele, porque ele estava roubando na casa do declarante, portanto, ao pegá-lo, bateram nele (...); que a polícia foi chamada e a ambulância também; que, por volta de oito horas da noite, não haviam aparecido nem a polícia nem a ambulância; que o declarante disse que foi até o serviço da mãe de Adriano e avisou-a do que havia acontecido, sendo que a mesma fez gestos com as mãos de que não estava nem aí (...); que, mais de onze horas da noite, a viatura apareceu e os autores do furto não foram localizados (...) (f. 13/15, no inquisitório).

b) (...) que confirma suas declarações prestadas na fase policial, que ora lhe foram lidas; que o interrogado era ex-cunhado da vítima Adriano dos Santos; que foi amásio de sua irmã e, mesmo depois que se separou dela, continuou freqüentando a casa da mãe dela, e vice-versa (...); que, no dia dos fatos, deparou-se com a vítima Adriano e o irmão dele; que eles já haviam colocado na sala um botijão de gás e separado uns outros objetos, com intuito de furtá-los; que o interrogando ponderou com eles, que não fizessem aquilo (...); que o rapaz de nome T.M.S. se aproximou da vítima e disse-lhe: 'você fica roubando do 'Animal' aí, se você não devolver o que está roubando aí, eu vou te bater'; que a vítima se limitou a dizer: 'então dá'; T.M.S., então, apanhou um pedaço de ripa, que arrancou do alicerce do vizinho e, com ele, desferiu um único golpe na vítima, atingindo-a na região craniana (...); que o interrogando, em seguida, para reanimar a vítima, jogou água sobre o rosto dela; que ela deu sinais de que estava viva, se levantou e sentou na guia da calçada; que o irmão da vítima, com receio de T.M.S., correu, mas foi perseguido e alcançado por ele (...) (f. 72/73, em juízo).

A prova testemunhal não auxilia a acusação, e, pelo sistema do livre convencimento, adotado pelo vigente Código de Processo Penal (art. 157), o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova. Salienta a Exposição de Motivos do CPP que

> (...) todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência (item VII).

A respeito, preleciona Mirabete:

> Diante do sistema de livre convicção do juiz, encampado pelo CPP, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia de prova, por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra. Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado (*CPP interpretado*. 5. ed., 1997).

In haec specie, a análise dos depoimentos testemunhais pode autorizar a conclusão de que o apelado foi incriminado sem prova hábil.

No processo criminal, vigora o princípio segundo o qual, para alicerçar um decreto condenatório, a prova deve ser inconcussa e indiscutível, não bastando a alta probabilidade acerca do delito e da autoria. Persistindo a dúvida,

por mínima que seja, impõe-se a absolvição, fundada no princípio *in dubio pro reo*.

O réu ser presumido inocente significa, por um lado, que o ônus de provar a veracidade dos fatos que lhe são imputados é da parte autora na ação penal (na ação pública, o Ministério Público), e, por outro lado, se permanecer no espírito do juiz alguma dúvida, após a apreciação das provas produzidas, deve a *quaestio juris* ser decidida em prol do réu.

Percebe-se, às claras, que, no direito processual penal, se o juiz tiver dúvidas a respeito da procedência das alegações do réu, deve absolvê-lo, ainda que não esteja plenamente convencido daquelas alegações. Em uma palavra, a dúvida não definida, quanto à matéria de fato, é sempre dirimida em benefício do réu, independentemente das regras ordinárias de distribuição do ônus da prova.

A propósito, doutrina Thiago Bottino do Amaral:

> O *in dubio pro reo* não é o único critério para solução de incertezas jurisdicionais, mas, antes de tudo, uma escolha política que traduz uma aproximação com a racionalidade do sistema punitivo e a constatação de que na decisão penal deve, necessariamente, estar presente a certeza subjetiva da cognição. O julgador deve estar convicto e expressar essa convicção mediante a demonstração de que os fatos empíricos imputados foram comprovados no decorrer de um procedimento impulsionado pelo cognitivismo processual, ou seja, excluindo da sua motivação qualquer espécie de valoração baseada em outra modalidade de conhecimento (AMARAL, Thiago Bottino do. *Critérios para a ponderação no direito penal e processual penal*: O aporte da teoria garantista ao debate brasileiro sobre direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2004).

Ademais, determina o art. 386, inciso VI, do CPP que deve ser absolvido o réu se "não existir prova suficiente para a condenação". A respeito, jurisprudência assente:

> Se o fato existiu, mas a prova não pode precisar o que realmente ocorreu, o réu deve ser absolvido com fundamento no art. 386, VI, do CPP, e não no inciso I do mesmo dispositivo (*RJDTACRIM* 22/395).

Ainda a respeito, traz-se à colação a doutrina do sempre festejado Magalhães Noronha:

> Do ônus da prova. A prova da alegação incumbe a quem a fizer, é o princípio dominante em nosso Código. Oferecida a denúncia, cabe ao Ministério Público a prova do fato e da autoria; compete-lhe documentar a existência concreta do tipo (*nullum crimem sine typo*) e de sua realização pelo acusado. (...) Este também tem a seu cargo o *onus probandi*. (...) Vê-se, pois, que o ônus da prova cabe às partes. Há uma diferença, porém. A da acusação há de ser plena e convincente, ao passo que, para o acusado, basta a dúvida (NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1973, p. 88-89).

Em igual sentido, a lição do jurista Fernando da Costa Tourinho Filho:

> Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*, deve ficar a cargo da acusação. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 8. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1986, v. 3, p. 214).

À luz do exposto, nega-se provimento ao apelo.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Beatriz Pinheiro Caires* e *Reynaldo Ximenes Carneiro*.

Súmula : NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR - DOLO - TIPICIDADE - CONDENAÇÃO

Ementa: Apelação. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Agente que coloca em sua motocicleta placa pertencente a outro veículo. Dolo. Delito configurado. Condenação mantida.

- Incide na sanção do art. 311 do Código Penal quem coloca em sua motocicleta placa pertencente a outro veículo. A conduta incriminada pelo tipo do referido artigo não exige finalidade específica de agir, bastando o dolo, que é a vontade de adulterar, ou seja, mudar, alterar, modificar ou remarcar o número ou sinal identificador do veículo, condutas estas que são proibidas em si mesmas.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0223.04.144544-4/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Ormindo de Oliveira Amaral - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de janeiro de 2007. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Paulo Cézar Dias - O Ministério Público ofereceu denúncia contra Ormindo de Oliveira Amaral já qualificado nos autos, dando-o como incurso nas sanções do art. 311 do Código Penal. Narra a inicial que, em dia não determinado, no mês de julho de 2003, o denunciado adulterou sinal identificador de uma motocicleta CG/Titan.

O MM. Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Divinópolis condenou o réu, nos termos da preambular acusatória, impondo-lhe a pena de três anos e um mês de reclusão, em regime aberto, e 15 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

Inconformado, recorre o acusado, pugnando por sua absolvição. Em suas razões de f. 92/95, sustenta, em síntese, que não houve dolo em sua conduta. Alternativamente, pleiteia a modificação da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, pois é morador da zona rural do Município de Divinópolis, onde trabalha em regime de economia familiar.

Contra-arrazoado o apelo (f. 96/101), subiram os autos, e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça, mediante o parecer de f. 105, pelo seu desprovimento.

Conheço do recurso, visto que presentes os requisitos legais de sua admissibilidade.

A materialidade do delito está fartamente demonstrada pelo auto de apreensão de f. 09 e laudo de vistoria de f. 20. A autoria também restou comprovada pela própria confissão do acusado, segundo o qual “pegou a placa de uma moto e colocou na sua moto CG Titan...”.

O tipo objetivo do art. 311, no dizer de Delmanto (*Código Penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 551), é adulterar (falsificar, contrafazer) ou remarcar (marcar de novo) número de chassis ou qualquer sinal identificador de veículo automotor (carro, motocicleta, ônibus, caminhão, etc.), de seu componente (portas, motor, vidros, etc.) ou equipamento (tudo aquilo que serve para equipar, prover).

As placas são o principal sinal identificador externo de qualquer veículo automotor. Portanto, sem dúvida alguma, incide na sanção

do art. 311 do Código Penal quem troca as placas de sua motocicleta por outra pertencente a outro veículo.

Ao contrário do que se alega, a substituição das placas do veículo constitui adulteração, ou seja, é a "... ação pela qual se acresce, suprime ou se troca parte do original verdadeiro..." (FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 6. ed. v. 1. Nota ao art. 311).

Nesse sentido é a jurisprudência de nossos tribunais:

> O veículo é identificado externamente por meio das placas dianteira e traseira, cujos caracteres o acompanharão até a baixa do registro. Tipifica, portanto, a conduta prevista no art. 311 do CP a adulteração ou remarcação desses sinais identificadores, bem como daqueles gravados no chassi ou no monobloco (arts. 114 e 115 do Código de Trânsito Brasileiro) (STJ, *RT* 772/541).
>
> As placas do veículo automotor integram o conceito de sinal identificador para os fins do art. 311 do CP. Sua adulteração, dessa forma, enseja a incidência da hipótese incriminadora (TFR - 4ª Região - ACrim 2000.04.01.019164 - Rel.ª Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar - *DJU* de 21.03.2001 - *RT* 791/723).
>
> Para a caracterização do delito previsto no art. 311 do CP, basta a adulteração ou remarcação de qualquer sinal identificador do veículo, entre eles as placas dianteira e traseira do automóvel (TJSP - *RT* 794/593).

É irrelevante, outrossim, o fato de o acusado não ter intenção de obter vantagem ilícita. Com efeito, a conduta incriminada pelo tipo do art. 311 do Código Penal não exige finalidade específica de agir, bastando o dolo, que é a vontade de adulterar, ou seja, mudar, alterar, modificar ou remarcar o número ou sinal identificador do veículo, condutas estas que são proibidas em si mesmas.

Pois bem, o que se vê é que restou configurado às inteiras o delito do art. 311 do Código Penal. Incensurável, assim, a condenação lançada pelo MM. Juiz de primeiro grau.

No tocante ao pedido de mudança da pena de prestação de serviços à comunidade para a pena de multa, penso que o recurso de apelação não é a seara própria para tal discussão.

Na verdade, cabe ao Juiz da execução o exame de tal matéria, sendo certo que há norma expressa na LEP (art. 148) que permite ao magistrado a modificação da forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade, de modo a compatibilizá-las com as condições do condenado, com vistas a não prejudicá-lo em suas atividades laborativas.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Antônio Armando dos Anjos* e *Sérgio Resende*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

HOMICÍDIO CULPOSO - ERRO MÉDICO - NEGLIGÊNCIA - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - PENA DE MULTA - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE

Ementa: Homicídio culposo. Prova. Condenação. Pena de prestação pecuniária. Redução. Impossibilidade. Recurso desprovido.

- Demonstrado nos autos que o agente, que era médico-cirurgião à época dos fatos, agiu culposamente, causando a morte de paciente que necessitava de transfusão de sangue a ser reali-

zada através de pequena intervenção cirúrgica, correta está a sua condenação pelo crime de homicídio culposo.

- Não há que se reduzir a pena de multa e a prestação pecuniária arbitradas em valores razoáveis, condizentes com a condição de médico que possui o condenado.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0460.01.004635-3/001 - Comarca de Ouro Fino - Apelante: Lázaro Ricardo Chinchio Buti - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de março de 2007. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - A r. sentença de f. 359/381 condenou Lázaro Ricardo Chinchio Buti à pena de 1 ano e 4 meses de detenção, pela prática do crime do art. 121, § 3º, do Código Penal (homicídio culposo). Foi fixado o regime aberto para o cumprimento da pena.

A pena privativa de liberdade foi substituída por uma de prestação pecuniária fixada em 20 salários mínimos.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, alegando não haver provas suficientes nos autos para a condenação do acusado, motivo pelo qual pugna pela absolvição, com fundamento no art. 386, VI, do CPP. Alternativamente, pede a redução da pena pecuniária imposta (f. 382 arrazoado às f. 384/396).

Contra-razões foram apresentadas, pugnando pela manutenção da sentença (f. 399/405).

A d. Procuradoria manifestou-se pelo desprovimento (f. 429/433).

Conheço do recurso.

Consta da denúncia que a vítima foi internada no hospital da cidade de Ouro Fino, mediante ordem médica do pediatra que a examinara. O aludido médico encaminhou a menor ao nosocômio local em virtude de suspeitar que ela estivesse anêmica, o que demandaria a realização de uma transfusão de sangue.

Consta, igualmente, que o acusado era o médico plantonista no dia dos fatos e que foi requisitado seu comparecimento ao hospital, a fim de realizar um microprocedimento cirúrgico denominado dissecação de veia, com o objetivo de viabilizar a administração de medicamentos e a realização da transfusão.

Veio relatado, também, que o recorrente compareceu ao hospital completamente transtornado, apresentando sérios sinais de que estava embriagado, o que acabou implicando a supressão significativa de sua acuidade.

Consta, outrossim, que o réu negligenciou procedimentos elementares para o preparo da intervenção a ele requisitada, agindo com desleixo e de maneira completamente descuidada.

Por fim, ainda segundo a inicial, o acusado tentou, por diversas vezes, sem obter êxito, realizar o processo de "dissecação" da veia da ofendida, causando-lhe ferimentos profundos e irreparáveis, o que acabou desencadeando um processo infeccioso que resultou na sua morte.

Ao contrário do alegado pelo apelante, tanto a materialidade (certidão de óbito de f. 31, documentos de f. 65/191) quanto a autoria do delito do art. 121, § 3º, do CP restaram suficientemente demonstradas.

Os depoimentos das testemunhas que presenciaram os fatos não deixam qualquer tipo de dúvida acerca da desídia com que agiu o acusado.

Diversos são os indícios de que o agente não se encontrava no seu melhor estado emocional, agindo de maneira truculenta, irresponsável e imprudente, não possuindo, naquele instante, qualquer condição para cumprir a sua obrigação médica.

As evidências acostadas não deixam qualquer tipo de dúvida de que o agente realmente não seguiu protocolos básicos para a realização do procedimento para o qual havia sido solicitado. Do exame dos indícios, ficou patente que o acusado nem sequer tomou os cuidados de assepsia que deveria tomar, não fazendo a devida higienização que o momento pedia, sem sequer se paramentar com o vestuário necessário.

Ficou provado, também, que o recorrente fez diversas incisões na vítima, sem que, contudo, obtivesse sucesso em concluir a "dissecação", demorando em demasia, mais de duas horas, na tentativa de efetivar um procedimento relativamente corriqueiro, conforme atestou o próprio agente, o que acabou, por certo, implicando imenso e desnecessário suplício para a referida ofendida. Nota-se que à fl. 194 o acusado disse que a "dissecção" de veia era um procedimento sem qualquer risco e de fácil conclusão.

Da leitura das provas, restou inelutavelmente constatado que o acusado, devido ao estado em que se encontrava, destruiu parte dos instrumentos cirúrgicos que utilizou e se valeu de instrumental inadequado, empregando na pequena vítima, que, à época, não tinha completado nem um ano, objetos próprios para intervenção cirúrgica em adultos.

Como já acima mencionado, os depoimentos do corpo clínico do hospital são contundentes e harmônicos no sentido de demonstrar a responsabilidade que o agente teve no trágico desfecho do caso. Tenho que não resta qualquer dúvida de que a sorte da vítima poderia ser outra caso ela tivesse sido atendida dentro dos parâmetros médicos que o caso em questão pedia.

Nesse sentido:

A testemunha Joana Donizete da Costa Rodrigues disse:

> que, na pediatria, encontrava-se internada uma criança... a qual se encontrava com anemia e, por prescrição do pediatra, deveria receber sangue; que, apesar da anemia, a criança apresentava-se bem...; que a depoente tentara efetuar o procedimento, porém, sendo criança, com veias muito finas, a depoente, mesmo com auxílio de um colega, não conseguira realizar o procedimento...; que entrara em contato com o Dr. Marcelino (pediatra da criança) para saber como deveria proceder; que o mesmo lhe determinara que fosse chamado o cirurgião de plantão, para que fosse dissecada a veia da criança...; que entrou em contato com o cirurgião de plantão, Dr. Ricardo (ora apelante); ... que o mesmo chegara... muito alterado, xingando, gritando e ofendendo a todos; que se apresentava muito alterado, como se tivesse feito uso de bebidas alcoólicas...; que o Dr. Ricardo, continuava a xingar e ofender a todos e iniciara o procedimento sempre aos gritos...; que o mesmo não levara os óculos, sendo que emprestara os de uma outra auxiliar...; que, durante o procedimento, o qual durara duas horas, sempre quando de uma incisão, o Dr. Ricardo usara de anestesia local...; que o mesmo aguardava alguns segundos antes de iniciar cada incisão; que foram feitas quatros incisões... uma no braço, uma na virilha, uma numa perna e outra no peito... sendo usado um 'intracath' adulto; que o médico não obtivera êxito em nenhuma das incisões; que o mesmo, sem os devidos cuidados, devido ao estado de alteração, contaminara todo o instrumental usado, colocando os materiais fora do campo esterilizado...; que o Dr. Ricardo chegou a quebrar duas pinças e a entortar uma terceira (f. 34/36).

Por sua vez, a testemunha Daniel de Paula Freitas, auxiliar de enfermagem, afirmou:

> que, chegando à porta da unidade, vira o Dr. Ricardo... muito alterado, discutindo muito

com uma colega...; que apresentava claros sinais de haver feito uso de bebidas alcoólicas; que, voltando para sua unidade... fora solicitado a comparecer no ambulatório, para ajudar a segurar a criança...; que o médico, completamente fora de si, já havia feito uma incisão num dos braços da criança e, não obtendo sucesso, já a suturara...; que o mesmo fez uma incisão numa das pernas da criança, a qual chorava e transpirava muito; que fora usada anestesia local em todas as incisões presenciadas...; que o médico gritava e xingava muito; que, também não obtendo êxito na perna, partira para a virilha... ali passando a mexer para tentar encontrar a veia; que a criança neste momento sequer tinha forças para chorar... que também, enquanto mexia na criança, vira quando o doutor cortara uma glândula, denominada 'linfa', a qual se localiza na virilha, e a jogara de lado, sendo que tal glândula produz defesas para o organismo...; que, após suturar a virilha, passara a introduzir um 'intracath' no peito da criança, perfurando-lhe o peito várias vezes também sem êxito; que, vendo o que se passava, todos na sala... pediam a este que parasse, e a todos o mesmo gritava palavrões e obscenidades...; que, durante todo o procedimento, o Dr. Ricardo destruíra parte do instrumental, entortando pinças, ou mesmo as quebrando e jogando de lado, isso sempre aos gritos, bem como usara de forma incorreta os materiais para sutura, sem os devidos cuidados, contaminando tudo...; que inclusive fora sugerido que o mesmo trocasse o material por outro esterilizado, e o mesmo não atendera a isto (f. 36/38, 220).

A testemunha Terezinha de Fátima Azevedo corroborou os depoimentos acima transcritos e acrescentou que tentou dissuadir o acusado de prosseguir com o procedimento que realizava, sem que, todavia, ele a atendesse. Acrescentou que uma das intervenções tentadas pelo agente somente deveria ser realizada por médico cardiologista, mas que ainda assim o acusado tentou fazê-la, sem que possuísse qualificação para tanto e sem que tivesse realizado alguma outra vez tal procedimento (f. 40/42, 221).

Os depoimentos da auxiliar de enfermagem Neusa Aparecida do Amaral Bolognani reiteraram os dizeres das demais testemunhas (f. 43/45).

Já a mãe da vítima afirmou que o réu estava visivelmente perturbado, o que a deixou preocupada. Disse que, no entanto, as enfermeiras tentaram acalmá-la, dizendo que "iriam defender a sua filha" (f. 27/29, 219).

Fica evidente, assim, que o recorrente não agiu com a devida cautela que o caso solicitava, tendo em vista que chegou ao hospital sem condições físicas de realizar o procedimento de que a vítima necessitava.

Também restou constatado que o apelante deixou de observar cuidados primordiais para a realização da intervenção que seria feita.

Da mesma maneira ficou comprovado que o acusado, ao agir como agiu, executando diversas incisões no corpo da ofendida, sem que tivesse efetivado os cuidados de esterilização com o instrumental utilizado, a expôs a toda sorte de infecções, lembrando que os fatos se deram em um hospital, lugar que é naturalmente infectado, o que, por certo, comprometeu a saúde daquela, que já se encontrava debilitada pela anemia, de forma fatal.

Por outro lado, é preciso assinalar que, conquanto afirme que tenha agido dentro do que recomendam as normas médicas, o acusado, na fase inquisitorial, afirmou que se utilizou de instrumento indicado para adultos, disse que realmente possui um "déficit" na sua visão e que se valeu de óculos que não eram seus para tentar realizar a intervenção. Por último, confirmou que se irritou durante o procedimento, proferindo palavras de baixo calão e inutilizando alguns dos instrumentos que usou (f. 193/195).

Em juízo, o recorrente asseverou que as enfermeiras tentaram demovê-lo da idéia de prosseguir com a sua conduta (f. 208/209).

Do exposto, não cabe a pretendida absolvição.

Não merece prosperar, igualmente, o argumento de que a MM. Magistrada, indevidamente, desconsiderou os depoimentos das testemunhas de defesa (f. 255, 265, 285, 314/317). Como bem

salientou o d. Procurador de Justiça, a ausência de menção aos referidos depoimentos se justifica, na medida em que as testemunhas não presenciaram os fatos, somente dando informações a respeito da vida pregressa do acusado, o que em nada contribuiu para o desfecho do caso.

Por fim, também não cabe falar em redução da multa e da prestação pecuniária fixadas na r. sentença; a um, porque foi ela arbitrada em valores razoáveis; a dois, porque o apelante, conforme ressai dos autos, é um médico com vasta clientela, o que a sua própria namorada, que também trabalha como sua secretária, confirma às f. 196/197, deixando evidenciado que possui ele condições financeiras de arcar com a pena aplicada.

Vale o registro de que a redução dessa pena significaria dela retirar seu caráter de sanção, em especial se se considerar a gravidade do delito praticado.

Por todo o exposto, tenho que a r. sentença recorrida não merece qualquer reparo, razão pela qual nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Beatriz Pinheiro Caires* e *Reynaldo Ximenes Carneiro*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

EXECUÇÃO DA PENA - REMIÇÃO PELO ESTUDO - POSSIBILIDADE - ANALOGIA - ART. 126 DA LEI 7.210/84

Ementa: Agravo em execução. Remição de pena pelo estudo. Possibilidade. Interpretação ampla do art. 126 da LEP. Recurso conhecido e desprovido.

- Sendo a remição um direito subjetivo do apenado, cujo objetivo principal é justamente atender à finalidade da pena em todos os seus aspectos, de ressocialização, readaptação, repressão e prevenção, não há razão lógica em que a útil ocupação com a educação, que constitui a viga mestra na formação da personalidade do indivíduo, não seja também considerada para tal fim. Possibilidade de interpretação analógica do art. 126 da LEP, em benefício do reeducando, para efeito de viabilizar a remição da pena pela freqüência escolar.

RECURSO DE AGRAVO N° 1.0000.06.444508-3/001 - Comarca de Governador Valadares - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Mário Xavier dos Santos - Relatora: Des.ª MÁRCIA MILANEZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 20 de março de 2007. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Márcia Milanez - Trata-se de recurso de agravo interposto pelo ilustre Representante do *Parquet*, com atuação na Vara de Execuções Criminais da Comarca de Governador Valadares, contra a decisão vista em cópia às f. 23/24, que concedeu ao sentenciado Mário Xavier dos Santos remição de pena por dias de estudo.

Pretende o recorrente, em razões acostadas às f. 03/05, a cassação da decisão, com o

conseqüente cancelamento do benefício. Em resumo, alega ser ilegal, por contrariar a Lei de Execução Penal, a permissão de remir a pena pelo estudo, sendo que somente por meio do trabalho é possível a sua concessão, não se podendo interpretar extensivamente a norma para favorecer o condenado.

As contra-razões foram apresentadas pela defesa às f. 25/29, na qual se pugna pela manutenção da decisão vergastada.

Em sede de juízo de retratação, às f. 30, a douta Magistrada *a qua* manteve a decisão por seus próprios e jurídicos fundamentos.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo conhecimento e provimento do agravo (f. 33/35).

É, em síntese, o relatório.

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

Examinei as razões do i. Promotor de Justiça e, em que pese reconheça o excelente trabalho desenvolvido, peço vênia para discordar do seu entendimento no presente caso.

Como cediço, a remição é um instituto em que, pelo desempenho de atividade laborativa, dá-se como cumprida parte da pena ao preso que cumpre pena em regime fechado ou semi-aberto (art. 126 da LEP), resgatando-lhe parte da sanção corporal e diminuindo o tempo de sua duração.

A possibilidade de permitir o estudo, somando-se a este o benefício da remição de pena, apresenta-se como uma iniciativa promissora do sistema penitenciário de propiciar ao condenado não só a redução da pena, mas também a alfabetização, a cultura, a educação, o desenvolvimento do intelecto e, assim, sua reintegração ao meio social. Tal interpretação extensiva vem mitigar o desumano sistema carcerário de nosso País, pois, como bem afirmou o Mestre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

> (...) o sistema penitenciário, no campo da experiência, é certo, não traduz com fidelidade a expressão normativa. Não só no Brasil. Também em outros países. A lei encerra dois propósitos: a) programático; b) pragmático. O primeiro encerra princípios que buscam realização. O segundo disciplina as relações jurídicas no âmbito fático. A LEP programou o estilo de execução. O País, entretanto, ainda não conseguiu esse *desideratum*. Há descompasso entre o "dever ser" e o "ser". As razões do desencontro (acontece também com as outras leis) afastam a ilegalidade de modo a determinar a soltura dos internos dos presídios (STJ - R*HC* 2.913- PR, *DJU* de 28.02.94, p. 2.916).

Neste sentido, manifesta-se a jurisprudência:

> Remissão de pena por estudo. Recurso de agravo. Decisão concessiva de remição de pena por estudo, de acordo com portaria do juízo da 2ª Vara de Execuções Penais. Recurso do Ministério Público. Portaria inaplicável à espécie. Todavia, aplicação da analogia *in bonan partem*. Atividade que guarda nítida semelhança com o trabalho, pois ambas visam atingir os objetivos da Lei de Execução Penal. Normas que regulam a remição de pena pelo trabalho. Aplicabilidade à remição da pena pelo estudo. Recurso improvido (TJPR - RA 132364-8, Curitiba, *DJU* de 11.6.99, p. 129 - MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 432).

O egrégio Superior Tribunal de Justiça também vem reiteradamente, em recentes decisões, posicionando-se em favor da remição pelo estudo:

> Recurso especial. Execução penal. Art. 126 da Lei nº 7.210/84. Remição pelo estudo formal. Interpretação extensiva. Possibilidade. Improvimento.
> - 1. A remição, dentro de suas finalidades, visa abreviar, pelo trabalho, o tempo da condenação.
> - 2. O termo trabalho compreende o estudo formal pelo sentenciado, servindo à remição o tempo de freqüência às aulas, como resultado da interpretação extensiva da norma do artigo à luz do art. 126 da Lei de Execução Penal, inspirada em valores da política criminal própria do Estado Democrático de Direito.

- 3. Recurso especial improvido (REsp 595858/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, *DJU* de 17.12.2004, p. 610).

Penal. Recurso especial. Remição. Freqüência em aulas de alfabetização. Inteligência do art. 126 da LEP. Recurso provido. - O conceito de trabalho na Lei de Execução Penal não deve ser restrito tão-somente àquelas atividades que demandam esforço físico, mas deve ser ampliado àquelas que demandam esforço intelectual, tal como o estudo desenvolvido em curso de alfabetização. A atividade intelectual, enquanto integrante do conceito de trabalho trazido pela Lei 7.210/84, conforma-se perfeitamente com o instituto da remição. Precedentes. Recurso conhecido e provido (REsp 596114/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 22.11.2004, p. 376).

No mesmo sentido: *HC* 30623/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, *DJU* de 24.05.2004, p. 306, e REsp 445942/RS, do mesmo Relator, *DJU* de 25.08.2003, p. 352.

Não merece, portanto, subsistir a pretensão deduzida no presente recurso. Esta Câmara já firmou o entendimento de que a remição, nesses casos, deve ser concedida, tal como foi feito pela MM. Juíza de primeiro grau.

Com esses fundamentos, e com vênia da douta Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Eduardo Brum* e *Judimar Biber*.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ROUBO QUALIFICADO - ARMA DE FOGO - CONCURSO DE PESSOAS - RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA - DENÚNCIA - OMISSÃO - CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE - APLICAÇÃO - POSSIBILIDADE - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - ATENUANTE - DESCARACTERIZAÇÃO - SEQÜESTRO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - ART. 62, I, DO CÓDIGO PENAL - ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ementa: Roubo majorado pelo emprego de armas, concurso de pessoas e privação da liberdade das vítimas. Seqüestro. Absorção. Atenuante da confissão espontânea. Agravante da organização do crime. Falta de especificação na denúncia.

- O delito de seqüestro é absorvido pelo roubo majorado pela privação da liberdade das vítimas quando tal fato ocorre apenas para retardar a comunicação do delito à autoridade policial, configurando mera extensão daquele crime.

- Impossível a aplicação da atenuante da confissão espontânea quando o agente, apesar de confirmar ter participado dos fatos narrados na denúncia, acrescenta fatos novos com o intuito de se esquivar de sua responsabilização criminal.

- É possível o reconhecimento da agravante da organização do crime quando há nos autos provas robustas de que o agente exercia liderança sobre os demais co-autores.

- Mesmo não figurando na denúncia, circunstâncias agravantes podem ser reconhecidas pelo juiz no momento da prolação da sentença em ação penal pública, notadamente quando o *Parquet*, em sede de alegações finais, a elas fez expressa menção.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0396.05.020802-6/001 - Comarca de Mantena - Apelantes: Wenderson Lopes, Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: os mesmos - Relatora: Des.ª JANE SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2007. - *Jane Silva* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Srª. Des.ª Jane Silva - Temos dois recursos. O primeiro foi interposto por Wenderson Lopes, que, inconformado com a sentença que o condenou a dez anos, dez meses e vinte dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de cento e dezesseis dias-multa, fixado o valor da unidade no mínimo legal, por tê-lo considerado incurso nas penas do art. 157, § 2º, I, II e V, c/c arts. 62, I, e 70 (por duas vezes), todos do Código Penal, requereu o decote da agravante reconhecida e a aplicação da atenuante da confissão espontânea.

Contra-razões ministeriais às f. 375/383-TJ pelo não-provimento do recurso.

O segundo foi interposto pelo Ministério Público, que, inconformado com a decisão que absolveu Wenderson Lopes da prática do delito descrito no art. 148, § 2º (por três vezes), do Código Penal, requereu sua condenação por tal crime.

Contra-razões da defesa às f. 332/339-TJ pelo não-provimento do recurso.

Quanto aos fatos, narram os autos que, no dia 29 de julho de 2005, por volta das 20h, na Rua Emiliano Ferreira, nº 96, Centro, Comarca de Mantena, Wenderson Lopes, Átila Galdino Gomes Pinheiro Júnior e um terceiro não identificado, agindo em comunhão de vontades e unidade de desígnios, subtraíram de Carlos Magno Garcia Orives, mediante grave ameaça, consistente na utilização de arma de fogo, cerca de R$1.000,00 em espécie, além de aproximadamente 800 gramas de ouro em anéis, pingentes, correntes e brincos, avaliados em R$32.000,00, bem como outros R$72,00 de Geraldo Lazário Moreira, para si. Consta, ainda, que, logo após o assalto, os agentes privaram a liberdade de Mônica Alves, Carlos Alexandre Garcia Orives e Carla Garcia Orives, esposa e filhos de Carlos Magno, a fim de assegurarem o proveito do roubo.

A denúncia foi recebida em 16 de setembro de 2005, e a sentença condenatória foi publicada em 28 de novembro de 2005.

O processo foi desmembrado em relação ao co-réu Átila Galdino Gomes Pinheiro Júnior, por se encontrar em local incerto e não sabido (f. 188-TJ).

O feito transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, tendo sido o réu dela pessoalmente intimado (f. 278-TJ).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não-provimento da apelação da defesa e pelo provimento do recurso da acusação.

É o relatório.

Conheço dos recursos, pois previstos em lei, cabíveis, adequados e presentes o interesse recursal e os demais requisitos de processamento.

Não foi argüida nenhuma nulidade, nem encontramos, quando do exame dos autos, qualquer delas que deva ser declarada de ofício.

Quanto ao mérito.

Quanto ao recurso de Wenderson Lopes.

Verifiquei cuidadosamente as razões apresentadas pela defesa e, ao compará-las com a decisão ora combatida e com as provas dos autos, não vejo como acolher sua pretensão.

A materialidade do delito está consubstanciada pelo auto de apreensão da *res* subtraída (f. 23-TJ).

A autoria também é certa, segundo as provas dos autos. Apesar de procurar esquivar-se de sua responsabilidade criminal no tocante ao crime de roubo, imputando à vítima a armação de um esquema para receber indenização de seguro patrimonial fraudulentamente, o agente confessou a prática dos atos descritos na exordial em todas as vezes em que foi ouvido (f. 16/18, 57/58, 110/114 e 185/188-TJ).

A prova testemunhal (f. 222, 223/224, 225/226 e 227/228-TJ) corroborou a tese acusatória, inexistindo quaisquer indícios que possam comprovar a alegação feita pelo acusado.

Tanto é que a defesa não se mostrou irresignada com tal condenação, mas tão-somente com a aplicação da agravante do art. 62, I, do Código Penal e com o não-reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Compulsando os autos, vejo que agiu com acerto o Juiz *a quo* ao aplicar a referida agravante, fundada no fato de que Wenderson era quem dirigia toda a empreitada delitiva.

Segundo as vítimas Carlos Magno Garcia Orives (f. 227/228-TJ) e Mônica Alves (f. 225/226-TJ), o apelante liderava os demais comparsas, dando ordens para todos.

Tal versão foi confirmada implicitamente pelo próprio Wenderson (f. 185/188-TJ), quando contou ter convidado os demais co-autores para a execução do crime, tendo sido a pessoa que guiou o carro em direção à joalheria da vítima para roubar seus pertences.

Assim, impossível o decote de tal agravante.

Pouco importa o fato de a denúncia não elencar tal circunstância em seu pedido, uma vez que o art. 385 do Código de Processo Penal permite seu reconhecimento de ofício pelo magistrado, em se tratando de ação penal pública.

Ademais, também não vislumbro qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa, uma vez que o Ministério Público fez expressa menção à aplicação de tal agravante em suas alegações finais (f. 242/243-TJ), de modo que a defesa teve a oportunidade de sobre ela manifestar-se.

No tocante à atenuante da confissão espontânea, vejo que o douto Magistrado sentenciante agiu com acerto ao deixar de aplicá-la.

Como já mencionado, Wenderson confessou a autoria dos fatos em todas as oportunidades em que foi ouvido.

Porém, ele disse perante a autoridade policial (f. 110/114-TJ) e em juízo (f. 185/188-TJ) que apenas agiu da forma mencionada na exordial por armação da própria vítima, que desejava receber indenização de seguro pelo suposto roubo em sua joalheria.

Tal versão, além de não restar comprovada segundo as provas dos autos, desautoriza a aplicação da referida atenuante.

Como sabido, caso a vítima houvesse se coadunado com a atitude do agente com o intuito de receber fraudulentamente indenização de seguro, não estaríamos diante do delito de roubo, uma vez que o consentimento do sujeito passivo na “subtração” de seus bens tornaria atípica a conduta, nem mesmo havendo como se falar em “subtração”.

Assim, mesmo procurando confessar a possível prática de outro delito, Wenderson procurou esquivar-se de sua responsabilidade criminal pela comprovada prática do roubo, de forma que a aplicação da aludida atenuante não merece prosperar.

Portanto, impossível o acolhimento das razões defensivas.

Quanto ao recurso do Ministério Público.

Verifiquei cuidadosamente as razões apresentadas pela acusação e, ao compará-las com a decisão ora combatida e com as provas dos autos, não vejo como acolher sua pretensão.

Inconformado com a absolvição de Wenderson pela prática do delito descrito no art. 148, § 2º, do Código Penal (por três vezes), o Ministério Público pleiteou sua condenação nos exatos termos da denúncia.

O acusado, sempre que ouvido, também confessou ter constrangido a esposa e os dois filhos de Carlos Magno, logo após o roubo, a irem com ele de carro até seu destino, com o intuito de impedir que as vítimas acionassem a Polícia nesse interstício.

A questão cinge-se à possibilidade de absorção ou não de tal delito pelo roubo.

A versão narrada na exordial, escorada pela farta prova dos autos, dispõe que Wenderson e seus demais comparsas foram até a casa de Carlos Magno, oportunidade em que lhe anunciaram o assalto. Geraldo Lázaro Moreira, pessoa que lá se encontrava, também foi roubada.

Em seguida, o agente foi com Carlos e sua filha até sua joalheria, local em que vários objetos de valor foram subtraídos. Enquanto isso, Mônica, esposa de Carlos, teve sobre seu corpo amarrada uma bomba falsa, mas tida como verdadeira, para que eles pudessem lograr êxito no assalto.

Retornando à residência de Carlos, os agentes o amarraram, assim como Geraldo, e foram embora levando consigo Mônica e seus dois filhos menores, com o claro objetivo, segundo mencionado por Wenderson (f. 185/188-TJ), de impedir que eles acionassem a Polícia nesse meio tempo.

Tão logo eles chegaram ao Município de Vila Velha/ES, as vítimas foram liberadas, tendo, inclusive, seu carro sido devolvido, bem como certa quantia em dinheiro para que elas pudessem pernoitar em algum local, como afirmado por Mônica (f. 64-TJ).

Assim, vejo que o único objetivo do bando era realmente o de privar as vítimas de acionar a autoridade policial enquanto fugiam do distrito da culpa, de forma que tal fato nada mais foi do que uma extensão do roubo, devendo ser por ele absorvido. Vejamos a jurisprudência:

> Não se configura o crime de seqüestro quando a vítima permanece em poder do agente apenas como meio para concretizar o roubo ou para retardar a comunicação do crime; a partir da vigência da Lei nº 9.426/96, tal circunstância foi incluída como causa de aumento no inciso V do § 2º do art. 157 do CP (TJSC, *JCAT* 90/463).

Portanto, impossível a condenação de Wenderson pela prática de tal delito.

Ressalte-se que Mônica e os dois filhos do casal também foram vítimas do delito de roubo, e não somente do seqüestro.

Assim, deveria o Magistrado *a quo* ter elevado ainda mais a pena do agente em razão da causa de aumento de pena contida no inciso V do § 2º do art. 157 do Código Penal, mas não em seu grau mínimo.

Porém, como o recurso da acusação não fez menção a tal hipótese, não há como proceder, no presente momento, a tal aumento da reprimenda aplicada, sob pena de *reformatio in pejus*.

Ante tais fundamentos, nego provimento aos recursos do Ministério Público e de Wenderson Lopes, mantendo *in totum* as disposições da sentença que o condenou a dez anos, dez meses e vinte dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de cento e dezesseis dias-multa, fixado o valor da unidade no patamar mínimo, por tê-lo considerado incurso nas penas do art. 157, § 2º, I, II e V, c/c arts. 62, I, e 70 (por duas vezes), todos do Código Penal.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Paulo Cézar Dias* e *Antônio Armando dos Anjos*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

-:::-

TORTURA - POLICIAL CIVIL - MATERIALIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - ÔNUS DA PROVA - ABSOLVIÇÃO

Ementa: Crime de tortura praticado por policial civil. Acusação sem lastro em qualquer prova dos autos. Ônus de que não se desincumbiu o Ministério Público. Absolvição que se impõe.

- Sendo a prova indireta, mas segura, formada por indícios concatenados, sem contra-indícios ou prova direta que os desautorize, possível é a condenação nela baseada, mormente se a materialidade do delito é inconteste, não porém quando os indícios foram contrariados pela própria vítima e não há prova legal da materialidade do crime imputado.

- Se o Ministério Público não dispõe de elementos probantes a sustentarem a acusação, não há nenhum desdouro em absolver-se o acusado, mesmo porque o poder de acusar supõe o dever estatal de provar licitamente a imputação penal.

Recurso improvido.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0024.00.068192-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Ronaldo de Almeida Cruz - Relator: Des. SÉRGIO BRAGA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2007. - *Sérgio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelado, o Dr. Valdeir Carlos Santana.

O Sr. Des. Sérgio Braga - Os Promotores de Justiça em exercício perante a Promotoria Especializada de Defesa dos Direitos Humanos, inconformados com a decisão de f. 366/370, que absolveu o apelado da imputação contida na denúncia, tipificada no art. 1º, II, §§3º, 4º e 5º, da Lei 9.455/97, com base no art. 386, inciso VI, do CPP, apelam amplamente (f. 373).

Nas razões de f. 388/391, transcrevem trechos de declarações e depoimentos colhidos em fase administrativa, tão-somente, enfatizando, a seguir, a importância e a suficiência de indícios para uma condenação, pedindo, ao final, a reforma da decisão e a conseqüente condenação do acusado.

Contra-razões do apelado às f. 398/405, negando a prática criminosa imputada, reiterando que, na data dos fatos, o acusado encontrava-se em férias regulamentares, que não há prova da conduta imputada, ratificando os fundamentos da decisão combatida, pugnando ao final pelo conhecimento e improvimento do recurso ministerial, com a manutenção do *decisum*.

Quanto aos fatos, extrai-se, da exordial ancorada nas peças informativas acostadas, que

> ... em uma sexta-feira do mês de setembro de 1999, na Delegacia de Furtos e Roubos, desta Comarca, o apelado, juntamente com outros policiais armados e encapuzados, retirou o preso Julinho Teotônio Ferreira da cela onde se encontrava recolhido, levou-o para a 28ª Delegacia Distrital de Contagem, local onde passou a torturá-lo com choques elétricos por todo o corpo, além de dependurá-lo nu e molhado no chamado 'pau-de-arara', quando, então, passou a agredi-lo com pauladas e 'cocotadas'. Em razão das

agressões, a vítima perdeu o movimento dos membros inferiores. ACD de f. 71/77.

O apelado foi processado regularmente, nos termos do relatório da sentença, que ora adoto por suficiente, restando absolvido.

A Procuradoria de Justiça, em manifestação de f. 410-TJ, da lavra do eminente Procurador de Justiça Cássio Murilo Soares de Carvalho, não fundamentou seu parecer, limitando-se a aderir às razões de primeiro grau, opinando pelo conhecimento do recurso e seu provimento, com a reforma da decisão e condenação do apelado.

Conheço do recurso, pois presentes os requisitos de admissibilidade e processamento.

Inexistem questões preliminares a serem abordadas, não foram argüidas nulidades, e nenhuma encontrei, quando do exame dos autos.

No mérito.

Os Promotores de Justiça em exercício perante a Promotoria Especializada de Defesa dos Direitos Humanos recorrem da sentença que absolveu Ronaldo de Almeida Cruz, policial civil, da imputação contida na denúncia, de prática de conduta que se amoldaria ao art. 1º, II, §§3º, 4º e 5º, da Lei 9.455/97, ou seja, prática de tortura.

A despeito de pesquisar exaustivamente os autos em busca de provas das verdadeiras atrocidades descritas na denúncia, que parece formulada por Dante, nada encontrei.

A denúncia e as alegações finais não indicam qualquer prova da materialidade, exigível na espécie, porque o que se narra na denúncia é que, em virtude da conduta delitiva imputada, a vítima teria perdido a capacidade de deambular, daí a tipificação também no parágrafo terceiro do art. 1º da lei própria.

O ACD mencionado nas razões de recurso como estando nas f. 71/77 não existe. Há de fato um ACD de f. 88/89, que menciona, no "Histórico", relato de espancamento por parte da vítima, com dificuldade de andar desde a época e sob tratamento fisioterápico. Contudo, no "Exame" nada se encontrou relativo a sinais de espancamento, e, nas "Respostas aos Quesitos", o ACD foi taxativo: 1º) "sem elementos para afirmar ou negar"; 2º) "aos demais, prejudicado".

Inexiste, portanto, prova da materialidade.

Quanto à autoria, o recurso transcreve as declarações da vítima (f. 16/17-v.), e de mais quatro testemunhas "por ouvir dizer": Eva Maria Apolinária Ferreira, mãe da vítima (f. 12/13), José Geraldo Ferreira, irmão da vítima (f. 14/15), e de dois elementos presos na mesma delegacia à época dos fatos, sendo Marco Antônio Gonçalves (f. 19/19-v.) e Marcos Roberto Gonçalves (f. 20/20-v.).

Tais testemunhas nada informam quanto a haverem presenciado qualquer espancamento contra a dita vítima. Somente a última, Marcos Roberto, fornece indício pobre quando diz que "ouvia os ruídos do espancamento e os gritos de "Barão", mas nada informou quanto a ter visto qualquer espancamento, e, ademais, o espancamento mencionado na denúncia teria sido praticado em outro local, para onde policiais teriam levado a vítima, segundo a própria, e não na própria Delegacia de Furtos, local indicado pela testemunha, o que contraria sua afirmativa e a joga por terra.

Também a própria vítima, Julinho Teotônio Ferreira, que em sede extrajudicial (f. 16/17-v.) relata haver ficado por horas dependurado no "pau-de-arara", sofrido choques elétricos pelo corpo, pauladas, "cocotadas" e coisas mais, em momento algum foi capaz de afirmar a prática de qualquer agressão contra sua pessoa pelo apelado. Sua intervenção teria sido somente no ato de retirar a vítima da cela e passá-la aos demais policiais, que a teriam conduzido ao 2º Distrito Policial de Contagem, onde os fatos teriam ocorrido.

Além disso, quando ouvido em juízo (f. 253/254), Julinho negou peremptoriamente haver sido espancado por policiais, quer na Delegacia de Furtos, quer em qualquer outro lugar. Suas seqüelas físicas atribuiu a uma briga entre presos, quando teria rolado na escada e não conseguiu mais andar.

Como se vê nas razões de recurso, elas se baseiam exclusivamente nas palavras da pretensa vítima, de sua mãe, de seu irmão e de dois presos que informam fatos ocorridos na Delegacia de Furtos, quando a própria vítima, em sede extrajudicial, informa que o espancamento que deixou seqüelas teria ocorrido no 2º Distrito de Contagem, o que gera insuperável contradição. Além disso, como se comentou, a vítima negou em juízo qualquer espancamento por parte de policiais.

Restaram, portanto, pálidos indícios calcados em declarações e depoimentos da fase acusatória, sem qualquer confirmação em juízo.

É fato que

> ... A prova indiciária é tão válida como qualquer outra, não tendo razão de ser o preconceito sobre sua virtude. Poder-se-ia objetar que não se trata de prova direta, mas simplesmente indiciária. Replicar-se-ia sustentando que indícios constituem meio de prova adotado pela sistemática de nosso processo penal, como está expresso no artigo 239 do Código, o que se harmoniza com o princípio do livre convencimento do juiz. Trata-se de prova tão válida como qualquer outra (Ap. 183.403, TACrimSP, Rel. Galvão Colho).

Todavia, os indícios coletados nos autos foram desmentidos em juízo pela própria vítima e nunca foram veementes, convergentes e concatenados, não constituindo, pois, qualquer prova.

Ora, se o Ministério Público não dispõe de elementos probantes a sustentarem a acusação, não há nenhum desdouro em absolver-se o acusado, mesmo porque o poder de acusar supõe o dever estatal de provar licitamente a imputação penal.

Nenhuma acusação penal se presume provada.

Não compete ao réu demonstrar a sua inocência.

Segundo nos ensina Mirabete em sua obra Código de Processo Penal Interpretado:

> ... ônus da prova (*onus probandi*) é a faculdade ou encargo que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal. Dispondo a respeito, determina o CPP que 'a prova da alegação incumbirá a quem a fizer' (art. 156, primeira parte). O princípio decorre não só de uma razão de oportunidade e na regra de experiência fundada no interesse à afirmação, mas na eqüidade, na paridade de tratamento das partes. Litigando estas é justo não impor a uma só o ônus da prova: do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito; do réu apenas aqueles em que se funda a defesa. Como já se tem observado, 'o emprego das regras de distribuição do ônus da prova, além de ensejar a resolução da lide nas hipóteses de questão de fato irredutivelmente incerta, informa-se por um critério racional e de eqüidade que a justifica'.
> No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou queixa, cabe ao acusador a prova do fato e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento de pena (qualificadoras, agravantes, etc.); ao acusado, cabe a prova das causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como das circunstâncias que indiquem diminuição de pena (atenuantes, causas privilegiadoras, etc.) ou concessão de benefícios penais. Cabe ao réu também a prova da 'inexistência do fato', se pretender a absolvição nos termos do art. 368, I, do CPP. Compete ao acusador também a prova dos elementos subjetivos do crime. Deve comprovar a forma de inobservância da cautela devida no crime culposo: imprudência, negligência ou imperícia, bem como o dolo, que, no mais das vezes, é presumido diante da experiência de que os atos praticados pelo homem são conscientes e voluntários, cabendo ao réu demonstrar o contrário. A este também cabe a prova de elementos subjetivos que o

possam beneficiar (violenta emoção, relevante valor moral ou social, etc.). Entretanto, com a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), conforme Decreto nº 678, de 06.11.92, vige no país a regra de que 'toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa' (art. 8º, 2, da Convenção). Dessa forma, atribuída à acusação o dever de provar a culpa do réu, impõe-se sua absolvição mesmo na hipótese de restar dúvida quanto à procedência das alegações da defesa (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 8. ed. rev. e atual., São Paulo:Atlas,1998, p. 263/264).

Resta, assim, a absolvição do recorrido, visto que a condenação não pode basear-se apenas em pálido indício colhido na fase extrajudicial, desmentido em juízo e não corroborado por nenhuma outra prova, colhida em juízo, sob o crivo do contraditório.

Para que o Estado se manifeste afirmativamente sobre a responsabilidade do réu e faça atuar o seu *jus puniendi*, é mister que as provas dos autos levem ao julgador a certeza de que existiu a infração penal e de que o acusado é o seu autor, mas nenhuma prova foi produzida em juízo para que possibilitasse produzir-nos tal certeza.

Vigora no nosso Direito Processual Penal o sistema da livre apreciação das provas, mas o convencimento do juiz deve ser motivado, com base em provas produzidas sob o crivo do contraditório, não bastando, por si só, a prova produzida na fase inquisitorial, sem que ela tenha sido confirmada em juízo, e, no caso, nenhuma outra prova restou.

A jurisprudência é remansosa:

Inquérito: Valor probatório insuficiente – STF. - Não se justifica decisão condenatória apoiada exclusivamente em inquérito policial, pois se viola o princípio constitucional do contraditório (RTJ 59/786 e 67/74). No mesmo sentido, TJSP: RT 666/274; RJTJERGS 152/150; TARS: JTAERGS 80/124 (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 2. ed., Atlas, p. 37).

O indício presente na prova inquisitorial não pode, por si só, determinar o livre convencimento do Sentenciante, pois não passou pelo contraditório, contrariando preceito constitucional. Como afirmou Carrara, "a prova, para condenar, deve ser certa como a lógica e exata como a matemática".

Ante tais fundamentos, nego provimento ao recurso da acusação, para manter íntegra a decisão de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Sem custas.

O Sr. Des. Edelberto Santiago - De acordo.

A Srª. Desª. Márcia Milanez - De acordo.

Súmula - À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

FURTO QUALIFICADO - DELAÇÃO - RETRATAÇÃO - VALORAÇÃO DA PROVA - PARTÍCIPE - ABSOLVIÇÃO - FRAUDE - CARACTERIZAÇÃO - FIXAÇÃO DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - USO DE DOCUMENTO FALSO - ATIPICIDADE

Ementa: Criminal. Furto qualificado. Co-denunciados. Ausência de prova da participação no delito. Delação do co-réu retratada e despida de qualquer corroboração. Absolvição. Primeiro apelante. Furto. Qualificadora da fraude. Manutenção. Pena. Circunstâncias judiciais favoráveis. *Quantum*. Modificação. Uso de documento falso. Posse do documento. Ausência de comprovação do uso. Conduta atípica. Absolvição.

- Não existindo prova da participação dos co-denunciados na infração criminal, devem eles ser absolvidos, porque em matéria criminal tudo deve ser preciso e certo.

- A delação do co-réu retratada na fase judicial não pode, por si só, legitimar um decreto condenatório, se não amparada em qualquer outro elemento de prova.

- Comprovado que o apelante se passou por agente do Ministério do Trabalho para ludibriar a vítima e assim facilitar a subtração dos objetos, caracterizada está a qualificadora constante do § 4º, II, do art. 155 do Código Penal.

- Ao fixar a pena, o aplicador da lei deve observar todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e, sendo estas favoráveis ao apelante, deve a pena ser fixada em seu mínimo legal.

- O crime de uso de documento falso não se configura quando o agente, apesar de ter a posse do documento adulterado, não chega a exibi-lo. Nesse caso a conduta é atípica.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0137.06.000001-5/001 - Comarca de Carlos Chagas - Apelantes: Valter Nascimento da Silva, primeiro, Cosme de Jesus, segundo, Valdívio Oliveira dos Santos, terceiro - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E PROVIMENTO AOS DEMAIS.

Belo Horizonte, 13 de março de 2007. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se dos recursos.

Pela sentença de f. 179/185, foram condenados:

a) Valter Nascimento da Silva, em concurso material, nas sanções dos arts. 155, § 4º, II e IV, e 304 do Código Penal, às penas de sete anos e seis meses de reclusão, em regime fechado, e 35 dias-multa;

b) Cosme de Jesus e Valdívio Oliveira, nas sanções do art. 155, § 4º, II e IV, do Código Penal, às penas de quatro anos e seis meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 15 dias-multa, fixado o dia-multa para todos os réus em 1/20 do salário-mínimo vigente à época dos fatos e corrigido até a data do efetivo pagamento;

Irresignados, interpõem os apelantes acima nominados o presente recurso.

Os réus Valdívio Oliveira dos Santos e Cosme de Jesus, às f. 198/202, sustentam, em síntese, que as declarações prestadas na fase policial que serviram de embasamento para a sentença, foram obtidas mediante violência física; que estavam na companhia do co-réu Valter sem conhecimento do seu propósito; que não tiveram nenhuma participação no crime, pleiteando as suas absolvições.

Requerem, alternativamente, a redução da pena aplicada, argumentando que esta fora aumentada em razão da existência de fraude e das conseqüências do crime, porém quem utilizou documento falso fora o acusado Valter, sendo cediço que as circunstâncias de caráter pessoal não se comunicam; que não houveram conseqüências para a vítima; que "a sentença se fez extra petita, na denúncia, (...) o MP reconhece em favor dos mesmos a aplicação do art. 29 do CPB, que, em seu § 1º, impõe a

diminuição da pena de um sexto a um terço, se a participação for de menor importância"; que a pluralidade de qualificadoras não autoriza o acréscimo além do mínimo, requerendo a diminuição da pena para o mínimo legal de dois anos, bem como a devolução dos objetos pessoais, do dinheiro apreendido, e os benefícios da justiça gratuita.

O réu Walter Nascimento da Silva, às f. 203/210, requer a sua absolvição quanto ao crime de uso de documento falso ante a atipicidade da conduta, por não restar comprovado que tenha feito uso do documento com ele encontrado; que o fato dele se apresentar como funcionário do Ministério do Trabalho sem utilizar documento para a comprovação da qualidade configura, "quando muito", uma mentira.

Em relação ao crime de furto, pleiteia o decote da qualificadora do inciso II, § 4º, do art. 155 do Código Penal, porque como já fora condenado pelo crime de uso de documento falso, restou punido duas vezes pelo mesmo fato; que não houve concurso de agentes, porque os demais denunciados não sabiam da sua intenção, sendo a confissão destes obtidas através de violência policial; que cometeu o delito de furto simples, requerendo a desclassificação para o tal delito, com aplicação da pena mínima, visto que não pesa contra sua pessoa sentença criminal transitada em julgado, requerendo também a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Narra a denúncia que Valter, co-denunciado, dirigiu-se até a residência da vítima Cassiano Ferraz Ledro, apresentando-se como funcionário do Ministério do Trabalho, enquanto os demais denunciados o aguardavam no carro; que Valter solicitou informações à vítima, pediu água; e, aproveitando-se da ausência desta, subtraiu-lhe os pertences apreendidos.

Ainda, segundo a denúncia, os demais denunciados receberiam 20% da quantia por ventura arrecadada.

Tal fato não restou demonstrado no processo, merecendo acolhida a pretensão do segundo e terceiro apelantes no que tange às absolvições.

A vítima, afirma com segurança, que somente o co-réu Valter adentrou em sua residência e procedeu-se ao furto; que "... não reconhece os demais porque estes não estiveram na casa..." (f. 134).

O apelante Cosme de Jesus, por sua vez, assevera a todo tempo, que não sabia da real intenção de Valter; e, embora Valdívio, no momento em que fora preso, tenha afirmado que aceitou "trabalhar com Valter para aplicar golpes", recebendo 20% do valor futuramente aferido, retratou-se em juízo.

Do mesmo modo, o co-réu Valter Nascimento afirmou que os demais acusados não tiveram qualquer participação no furto por ele cometido.

Não existe a certeza de que realmente os demais envolvidos sabiam da intenção de Valter ou liame subjetivo entre a conduta de Valter e dos demais denunciados.

Eis o entendimento deste Tribunal:

> Ementa: Apelação criminal - Furto qualificado - Prova exclusiva do inquérito policial - Contraditório - Condenação - Impossibilidade. - Se as provas sobre a culpabilidade do agente são colhidas apenas na fase do inquérito policial, sem renovação em juízo, não há como se condenar o acusado nas sanções respectivas, sob pena de mitigação do princípio constitucional do contraditório (TAMG. Ap. Crim. nº 409.535-2. Rel. Juiz Ediwal José de Morais, 15.10.2003).

> Ementa: Furto - Autoria por presunção - Prova insuficiente - Absolvição mantida - Recurso ministerial desprovido. - I. A autoria do delito deve estar suficientemente provada nos autos para que o agente possa ser condenado. Quaisquer resquícios de dúvidas sobre a prática do crime, deve o juiz absolvê-lo com esteio no art. 386, VI, CPP (TAMG. Ap. Crim. nº 425.487-1. Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, 11.05.2004).

Por outro lado, embora mereça credibilidade a declaração do policial condutor da prisão, que afirma que os réus sabiam da real intenção do outro acusado, referida declaração não se mostra suficiente para sustentar uma condenação, porque isolada.

Ressalte-se que, em poder dos acusados, nada foi encontrado, as condutas e os antecedentes não são desabonadores, levando à incerteza quanto à participação destes no delito.

A soma dos elementos aqui mencionados é insuficiente para a condenação; e, existindo dúvida sobre a participação no delito, há de se aplicar o princípio *in dúbio pro reo*.

Não se pode condenar uma pessoa com base em indícios, possibilidades e probabilidades, sendo certo que a condenação deve basear-se num cunho de certeza.

Eis as jurisprudências:

> Em matéria criminal, tudo deve ser preciso e certo, sem que ocorra possibilidade de desencontro na apreciação da prova. Desde que o elemento probante não se apresenta com cunho de certeza, a absolvição do réu se impõe (TJSP - AC - Rel. Hoeppner Dutra - *RJTSP* 10/5450).

> Indícios, ainda que relevantes, não bastam por si sós à prolação de decreto condenatório, sendo indispensável a tal desiderato a certeza da responsabilidade penal (TACRIM - SP - AC - Rel. Costa Mendes - *JUTACrim* 39/242).

Em relação à apelação interposta por Valter, a qualificadora do concurso de agentes deve ser decotada, em face da absolvição dos demais denunciados, mantida, entretanto, àquela prevista pelo § 4º, II, do art. 155 do Código Penal.

O acusado passou-se por agente do Ministério do Trabalho para ludibriar Cassiano e assim facilitar a subtração dos objetos.

A vítima foi categórica ao afirmar que Valter "... se apresentou como funcionário do Ministério do Trabalho..." (f. 11/12).

A pena aplicada quanto ao crime de furto deve ser diminuída, por apresentar-se exacerbada.

O apelante é primário e de bons antecedentes.

O entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência é no sentido de que, em casos tais, a pena deve tender para o seu mínimo legal, e, por isso, deve a pena ser reestruturada.

Passa-se a dosimetria da pena:

Atendendo-se ao disposto no art. 59 c/c o art. 68 do Código Penal, observa-se que a culpabilidade e reprovabilidade são próprias do crime; o acusado não registra antecedentes criminais, porquanto não há prova de condenação anterior; possui conduta social e personalidade adequadas ao seu meio; o motivo do crime foi o ganho fácil; as circunstâncias e conseqüências do crime não devem ser consideradas, porquanto inexistentes; a vítima em nada contribuiu para o crime, fixa-se a pena-base em dois anos de reclusão, e 20 dias-multa.

Não existem agravantes ou atenuantes as serem consideradas, bem como causa especial de aumento ou diminuição da pena, que se concretiza em dois anos de reclusão, em regime aberto, consoante disposto no art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal e 20 dias-multa, fixado o dia-multa em seu mínimo legal.

Deve-se-lhe ser concedido o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito consistentes na prestação de serviços à comunidade, e multa, consistente em 50 dias-multa, fixado o seu valor no mínimo legal, a ser revertido para uma entidade assistencial existente na comarca a escolha do Juiz, ficando também a cargo do Juiz da Execução fixar as condições de cumprimento da pena restritiva de direitos.

Por fim, quanto ao crime descrito pelo art. 304 do Código Penal, imperiosa se mostra a absolvição de Valter, pela ausência de provas

concretas de que tenha ele usado o documento falsificado que estava em seu poder no momento da prisão, o que torna a sua conduta atípica.

O crime de uso de documento falso, somente se aperfeiçoa, quando o agente faz o uso efetivo do documento falsificado, não bastando a mera alusão de sua existência, ou a simples posse.

O que se vê, é que, realmente, o apelante possuía o documento falsificado, entretanto a simples posse não constitui o delito, uma vez que não equivale isso a fazer uso dele.

O fato dele ter apresentado o documento falsificado para a vítima já foi considerado quando da aplicação da qualificadora, sendo certo que o documento falsificado, não fora apresentado no momento de sua abordagem pelos policiais.

Eis a jurisprudência:

> Uso de documento falso. Não-caracterização. Ato de portar que não se confunde com o de fazer uso. Absolvição decretada. Recurso provido (*JTJ* 168/312).
>
> Não se justifica a condenação pelo delito de uso de documento falso, se o agente, em face da sua prisão, não chegou a utilizá-lo (*RT* 488/333).

Por todo o exposto, dá-se provimento ao recurso interposto pelos réus Cosme de Jesus e Valdívio Oliveira dos Santos, para reformar a sentença e absolvê-los, da imputação que lhes foi feita, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Dê-se-lhes baixa na nota de culpa e nas anotações atinentes a este processo.

Determina-se a devolução do dinheiro e dos objetos pessoais apreendidos em poder dos apelados.

Expeça-se alvará de soltura se por al não estiverem presos.

Dá-se provimento parcial ao recurso do réu Valter Nascimento da Silva, para reformar parcialmente a sentença e decotar a qualificadora do concurso de agentes, diminuir a pena aplicada e absolvê-lo em relação ao delito descrito no art. 304 do Código Penal, dando-se-lhe baixa na nota de culpa e qualquer anotação atinente a esse delito.

Defere-se o pedido de justiça gratuita formulado pelo primeiro apelante.

Entretanto, ele não ficará isento do pagamento das custas processuais, ficando este sobrestado pelo prazo de cinco (05) anos, e após esse lapso de tempo, poderá ocorrer a prescrição da obrigação.

Fixada as condições de cumprimento da pena ao réu Valter Nascimento da Silva e realizada a audiência admonitória, expeça-se o alvará de soltura se por outro motivo não estiver preso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Paulo Cézar Dias* e *Antônio Armando dos Anjos*.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E PROVIMENTO AOS DEMAIS.

-:::-

APROPRIAÇÃO INDÉBITA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - CRIME DE BAGATELA - INTERPRETAÇÃO - ABSOLVIÇÃO - DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA - ATIPICIDADE - ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ementa: Processual penal. Sanidade mental. Existência de dúvida. Indeferimento da instauração do respectivo incidente. Cerceamento caracterizado. Nulidade não decretada. Solução de mérito favorecendo o apelante. Apropriação indébita. Coisa de valor insignificante. Aplicação

do princípio da bagatela. Denunciação caluniosa. Infração não caracterizada. Inexistência de falsa imputação. Investigação injustamente instaurada devido a equívoco de policiais militares. Absolvição.

- Existindo nos autos dúvida razoável quando à higidez mental do réu, a autorizar a instauração do incidente, o indeferimento de pedido nesse sentido cerceia a defesa do apelante.

- Se a pena também deve servir de justa retribuição ao mal causado, não se justifica apenar alguém - com suspeita de ser portador de deficiência mental -, por ter se apropriado de 80 picolés e utilizado o valor apurado com a venda "para fazer compras de produtos alimentícios".

- A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.

- Se a prova revela que o réu não imputou falsamente nenhum crime à vítima, tendo a investigação contra ela sido deflagrada devido ao conteúdo equivocado de um boletim de ocorrência, não se configura o delito de denunciação caluniosa.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0687.04.026697-9/001 - Comarca de Timóteo - Apelante: Evaldo Barbosa - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2007. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires - Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Examino preliminar de cerceamento de defesa, suscitada pelo apelante. A meu sentir, assiste-lhe razão.

De fato, não se mostrou correta a decisão que indeferiu o pedido de instauração de incidente de insanidade mental, formulado por ocasião da defesa prévia. Tal decisão, postada à f. 56, foi proferida por Magistrado que, anteriormente, não havia tido contato com o réu e que deixou de levar em conta a observação feita por seu antecessor, que interrogou o acusado. O mencionado Julgador fez constar do termo respectivo, ao revogar o decreto de prisão preventiva emitido contra o acusado, o seguinte: "trata-se de acusado com manifesta debilidade mental".

Antes disso, o boletim de ocorrência (f. 08) que motivou a instauração de inquérito policial, que resultou no presente feito, já noticiava a possível debilidade mental do réu.

Vê-se, portanto, que existe nos autos dúvida razoável quando à higidez mental do réu, a autorizar a instauração do incidente, tendo o Juiz, ao indeferi-lo, efetivamente cerceado a defesa do apelante.

Deixo, no entanto, de decretar a nulidade do processo, tendo em vista que a solução de mérito irá melhor atender ao interesse do apelante.

Segundo a denúncia, acolhida na sua integralidade pelo Juiz, o réu prestava serviços para a vítima, dona de uma distribuidora de

sorvetes, vendendo, como ambulante, picolés e vales-transporte. No último dia em que exercia tal atividade, recebeu, para revender, um carrinho contendo 80 picolés, mais 40 vales-transporte e não retornou para o acerto, abandonando o carrinho que utilizava - prontamente encontrado - no centro da cidade de Timóteo.

Ainda de acordo com a inicial acusatória, procurado pela vítima para o acerto, o acusado deixou em garantia seus documentos pessoais, tendo, no entanto, imputado falsamente àquela o furto dos mesmos, dando causa à instauração de investigação policial contra ela.

Demarcada, assim, a acusação, de início, registro que não existem provas no sentido de que o apelante também tenha recebido vales-transporte. É a própria vítima quem esclarece:

> Que, no último dia em que Evaldo trabalhou, o mesmo pegou o carrinho de sorvete contendo 80 picolés, e Geraldo saiu neste dia de posse da quantia de R$ 60,00 (sessenta reais) de vales- transporte. Que o depoente esclarece que, neste dia, Evaldo e Geraldo não retornaram mais para fazer acerto com o depoente, sendo que Evaldo e Geraldo não retornaram mais para fazer o acerto com o depoente... sendo que Evaldo abandonou o carrinho no Centro Norte, desta cidade (f. 10).

De outro lado, e considerando como provado que o réu se apropriou de apenas 80 picolés, tenho como justa a aplicação ao caso do chamado "princípio da bagatela".

Trata-se, a toda evidência, de mercadoria de irrisório valor, que não produziu qualquer repercussão negativa no patrimônio da vítima, tanto que ela não procurou as autoridades para sanar o seu prejuízo, tendo a ação penal se originado, a meu sentir, por equívoco e desatenção de policiais militares, como se demonstrará.

Se a pena também deve servir de justa retribuição ao mal causado, não se justifica apenar alguém - com suspeita de ser portador de deficiência mental - por ter-se apropriado de 80 picolés e que se utilizou do valor apurado com a venda "para fazer compras de produtos alimentícios" (f. 12).

Segundo o entendimento doutrinário de César Roberto Bittencourt, no livro *Manual de direito penal* - parte geral. 4. ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 45:

> A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.

Discorrendo sobre o tema, o mestre Francisco de Assis Toledo, em sua conceituada obra *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed., Saraiva, 1991, p. 132, assim esclarece:

> Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios, que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos defendendo. Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.

Confesso que tenho resistência em aplicar aludido princípio. Entretanto, em casos como o ora analisado, em que a condenação se traduziria em manifesta injustiça, impõe-se a sua incidência, como forma de interpretação corretiva da larga abrangência formal dos tipos penais, máxime tratando-se de réu sem qualquer mácula anterior em sua vida pregressa.

Diante do exposto, não resta dúvida de que o réu deve ser absolvido da acusação relativa ao delito de apropriação indébita.

No que diz respeito à infração prevista no art. 339 do Código Penal, também não a vejo configurada.

Com efeito, segundo se observa dos autos, o réu procurou a Polícia Militar e supostamente teria imputado o furto de seus documentos pessoais à vítima, dando origem a um boletim de ocorrência, do qual consta seguinte:

> ... a vítima aparenta ter problemas mentais, não tem pai nem mãe e teve relação de trabalho com a sorveteria Marão, localizada na Rua 1º de Janeiro, 102, C, Norte. A vítima teve seus documentos furtados pelo Sr. Eduardo, qualificado neste BO. O Sr. Eduardo é distribuidor desta fábrica. Segundo a irmã do Sr. Eduardo, a vítima deve à empresa R$100,00, por isso o Sr. Eduardo furtou os documentos da vítima (f. 8).

O referido documento foi encaminhado ao Promotor de Justiça da comarca, que, com base nele, requisitou da autoridade policial a instauração de investigação policial contra Eduardo de Freitas Dimas (dono da sorveteria), na qual ficou apurado que, na realidade, os documentos do réu lhe foram entregues voluntariamente, do que resultou a acusação de denunciação caluniosa contra o apelante.

Ocorre que, segundo os policiais militares que lavraram o boletim de ocorrência respectivo, ele não acusou a vítima de furto, mas apenas disse que ela havia retido os seus documentos. Nada mais. Vejamos:

> O depoente foi acionado certo dia por um colega de farda para tomar providência a respeito da retenção dos documentos de Evaldo Barbosa; o colega do depoente disse que Evaldo já tinha tentado resolver o problema e não tinha conseguido; chegando ao local, tomou conhecimento de que os documentos de Evaldo estavam retidos por Eduardo de Freitas, que os tinha pegado na casa de Evaldo; falando com Eduardo, este contou que estava realmente com os documentos, mas em decorrência de Evaldo ter pegado alguns sorvetes para vender e não ter repassado o produto da venda a ele Eduardo (depoimento de Geraldo Lopes de Paula - f. 66).
>
> ... o depoente lembra-se do caso narrado na denúncia; o depoente foi procurado por Evaldo que narrou que o dono da sorveteria estava retendo os seus documentos e não os queria devolver; procuraram a sorveteria e não encontraram o dono e falaram com a mulher dele; a mulher narrou que os documentos estavam presos porque Evaldo devia sorvetes (f. 72).

Como se vê, os próprios policiais subscritores do BO de f. 07/08 desmentem o seu histórico, inocentando Evaldo, que, na realidade, não imputou falsamente nenhum crime à vítima, tendo a investigação sido instaurada devido ao conteúdo equivocado do desastrado boletim de ocorrência.

Em tal contexto, não se pode falar em denunciação caluniosa, pois está claro que o apelante não quis dar causa à instauração de investigação policial contra quem quer que seja, mas apenas procurou os policiais militares para ajudarem a reaver seus documentos, retidos pela vítima.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso para, com base no art. 386, III, CPP, absolver o réu.

Custas, pelo Estado.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Herculano Rodrigues* e *José Antonino Baía Borges*.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

-:::-

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - DÉBITO TRIBUTÁRIO - PAGAMENTO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - DESCARACTERIZAÇÃO - DENÚNCIA - NOTIFICAÇÃO - DESNECESSIDADE - REDUÇÃO DE TRIBUTO - NOTA FISCAL - DECLARAÇÃO FALSA - MATERIALIDADE - VALORAÇÃO DA PROVA - PESSOA JURÍDICA - GERENTE - RESPONSABILIDADE PENAL - CONDENAÇÃO

Ementa: Crime contra a ordem tributária. Preliminar. Notificação para quitação dos débitos antes do recebimento da denúncia. Providência que pode ser tomada a qualquer tempo. Art. 9º da Lei nº 10.684/03. Ausência de previsão legal. Esgotamento da via administrativa. Rejeita-se. Réu sócio-gerente da empresa. Reexame de provas. Aproveitamento anterior de créditos oriundos de notas fiscais falsas. Caracterização do delito. Ausência de prova da licitude das operações. Autoria e materialidade comprovadas. Recurso desprovido.

- A Lei nº 10.684/03, em seu art. 9º, determina a extinção da punibilidade dos crimes tributários nos casos de pagamento do débito em qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

- Comprovada a materialidade dos delitos com base na documentação carreada pela Fazenda estadual e não logrando o apelante comprovar a licitude das operações representadas nas notas fiscais inidôneas, deve ser confirmada a condenação.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0433.03.098252-7/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Norberto Augusto dos Reis Ruas - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. HERCULANO RODRIGUES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 29 de março de 2007. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Na 1ª Vara Criminal da Comarca de Montes Claros, Norberto Augusto dos Reis Ruas, já qualificado, foi condenado incurso no art. 1º, IV, da Lei 8.137/90, apenado com 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo, tendo a pena privativa de liberdade substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, na forma especificada na sentença, tudo porque, conforme denúncia, na qualidade de sócio da empresa Cerealista Norte de Minas Ltda., recolheu ICMS a menor, em razão do aproveitamento indevido de créditos provenientes de notas fiscais emitidas e, posteriormente, declaradas inidôneas.

Na mesma decisão, foi absolvido o co-denunciado Ildo de Jesus Oliveira.

Irresignado, apela, articulando preliminares de nulidade por ofensa à ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de oferta de pagamento do débito antes do recebimento da denúncia e por inexistir nos autos prova de que tenha sido comunicado do lançamento do crédito tributário, não ocorrendo o esgotamento da via administrativa, e, ainda, de inépcia da exordial.

No mérito, pede sua absolvição, forte na tese de ausência de prova da autoria e da materialidade delitivas, bem como pelo fato de terem sido os créditos aproveitados antes do ato declaratório de inidoneidade das notas fiscais.

As contra-razões e o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça abraçam as conclusões da sentença.

No essencial, é o relatório.

Presentes os pressupostos condicionantes da admissibilidade, conheço do recurso.

Em relação à primeira preliminar argüida, cumpre tecer algumas considerações.

A Lei nº 10.684/03, que instituiu o Programa de Parcelamento Especial (PAES), também conhecido como REFIS II, em seu art. 9º, *caput* e § 2º, possibilitou a extinção da punibilidade dos crimes tributários para o caso de pagamento integral dos débitos oriundos de tributos ou contribuições sociais a qualquer momento, inclusive depois de transitada em julgado a decisão condenatória, hipótese em que a reparação dos danos fulmina a pretensão executória do Estado.

Saliente-se que, por se tratar de norma penal mais benéfica, aplica-se mesmo aos fatos ocorridos sob a égide de lei anterior, pelo princípio da retroatividade.

Confira-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em julgamento pontual da lavra do Ministro Cezar Peluzo:

> Ementa: Ação penal. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. *HC* concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei Federal nº 10.684/03, c/c o art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. - O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário (STF, *HC* 81.929/RJ, Rel. para o acórdão Min. Cezar Peluzo, j. em 16.12.2003, *DJ* de 27.02.2004).
>
> - A norma agora vigente introduziu, pois, nova disciplina geral, para os efeitos do pagamento e do parcelamento na esfera de punibilidade dos crimes tributários (cf. *HC* 81.929). Isso quer dizer que essa nova disciplina, a do art. 9º da Lei nº 10.684/03, se aplica, indistintamente, a todos os crimes tributários [...] (trecho do voto do Relator) (STF - *HC* 85273-MC/SC, Rel. Min. Cezar Peluzo, j. em 15.02.2005, *DJ* de 24.02.2005).

E, ainda, julgados dos Tribunais Superiores:

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal e processual penal. Trancamento da ação penal. Crime contra a ordem tributária. Lei nº 8.137/90, art. 1º, inciso IV. Pagamento integral do débito. Aplicação do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003. Extinção da punibilidade.
> - 1. O pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento dos tributos ou contribuições sociais, ainda que efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia - como é o caso dos autos -, extingue a punibilidade dos crimes tipificados nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, 168-A e 337-A do Código Penal, por força do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03, de eficácia retroativa, induvidosa por força do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Precedentes do STJ e do STF.
> - 2. Declaração de ofício da extinção da punibilidade (STJ - R*HC* 14.914/SP, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., j. em 02.02.2006, *DJ de* 20.03.2006, p. 303).
>
> Criminal. *HC*. Crimes contra a ordem tributária. Arts. 1º, inciso II, e 11, ambos da Lei nº 8.137/90. Trancamento da ação penal. Lei 10.684/03. Pagamento integral do débito. Comprovação. Extinção da punibilidade. Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Ordem concedida.
> - Hipótese na qual os pacientes foram denunciados pela suposta prática do crime previsto nos arts. 1º, inciso II, 11, ambos da Lei nº 8.137/90, c/c o art. 71 do Código Penal.
> - Comprovado o pagamento integral do débito tributário, incide, à hipótese dos autos, o § 2º do art. 9º da Lei nº 10.684/2003.
> - Tratando-se de norma penal mais benéfica, deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal.
> - Precedentes do STF e desta Corte.
> - Deve ser cassado o acórdão impugnado, determinando-se o trancamento da ação penal instaurada contra os pacientes, tendo em vista a extinção de suas punibilidades.
> - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (STJ - *HC* 48.137/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., julgado em 06.12.2005, *DJ* de 19.12.2005, p. 462).
>
> Criminal. *HC*. Crime contra a ordem tributária. Exclusão do débito na esfera administrativa. Ausência de provas. Condenação na esfera criminal. Ampla instrução probatória. Pagamento. Extinção da punibilidade. Ordem denegada.
> - Hipótese em que os pacientes foram condenados pela prática de crime contra a ordem tributária, não obstante a exclusão do débito por falta de provas na esfera administrativa.

- O acórdão impugnado, com base na extensa e minuciosa análise do conjunto fático-probatório, verificou a existência de provas e elementos suficientes a configurar a responsabilidade penal dos pacientes.
[...]
- O pagamento dos tributos devidos, a qualquer tempo, extingue a punibilidade, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003.
- Precedentes do STJ e do STF.
- Ordem denegada (STJ - *HC* 42.165/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. em 28.06.2005, *DJ* de 1º.08.2005, p. 496).

Ementa: Agravo em execução penal. Lei n° 10.684/03. Pagamento do débito. Compensação. Ausência de prova. Extinção da punibilidade após o trânsito em julgado. Possibilidade.
- 1. Não havendo prova do pagamento do débito, mas mera alegação de extinção dele por meio de compensação com créditos de terceiros, não há falar em extinção da punibilidade do recorrente com base na Lei n° 10.684/03.
- 2. A extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito com fundamento no § 2° do art. 9° da Lei n° 10.684/03, ao contrário da mera suspensão da pretensão punitiva prevista no *caput* do citado dispositivo, é passível de reconhecimento mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Hipótese, entretanto, na qual referido pagamento não restou demonstrado.
- 3. Agravo improvido (TRF4, AGEPN 2003.04.01.040612-9, 7ª T., Rel. José Luiz B. Germano da Silva, publ. em 28.04.2004).

Assim, não há falar na necessidade de intimação do devedor para quitação da dívida tributária antes do recebimento da denúncia, o que, ademais de constituir providência não prevista em lei, pode ser feito a qualquer tempo, não sendo caso de nulidade.

Rejeito a preliminar.

Ao contrário do que alega o recorrente, percebe-se do exame dos autos que houve o esgotamento da via administrativa, nos termos da documentação de f. 05/92, inclusive pela manifestação de f. 91, salientando-se que, na ocasião, foram os denunciados perfeitamente cientificados do teor do processo administrativo, conforme f. 72/82, possuído conhecimento, também, da fiscalização efetivada na empresa.

Rejeito a preliminar.

No tocante à alegada inépcia, da simples leitura da exordial, percebe-se que a mesma descreve de forma clara o delito tributário imputado aos réus, de recolhimento de ICMS a menor por meio de aproveitamento indevido de créditos provenientes de notas fiscais inidôneas, presentes, ademais, todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

A obrigação de individualizar a conduta de cada réu restou plenamente atendida, sendo certo que, no caso, atribuiu-se a ambos os denunciados a conduta descrita, inexistindo qualquer nulidade de que cuidar.

Rejeito a preliminar.

Os autos revelam a ocorrência de crime contra a ordem tributária praticado mediante o aproveitamento indevido de créditos de ICMS pela empresa Cerealista Norte de Minas Ltda., por meio da emissão de notas fiscais falsas, sem o estorno dos respectivos créditos.

A fiscalização da Receita Estadual apurou a ocorrência do delito a partir do exame da documentação de f. 05/92, formalizando a notícia-crime às f. 06/08 e comprovando a sonegação ocorrida a partir das operações noticiadas.

De fato, o ato declaratório de inidoneidade das notas fiscais foi publicado posteriormente ao aproveitamento dos créditos de ICMS, porém tal circunstância não afasta o crime praticado, já que foi justamente o exame da documentação fiscal que permitiu a constatação do ilícito praticado em momento pretérito.

Da mesma forma, o fato de as notas fiscais terem aparência de regularidade não elide essa conclusão, uma vez que, constatada a sonegação, nasce a possibilidade de responsabilização criminal daqueles que se aproveitaram indevidamente do crédito tributário.

A materialidade delituosa restou positivada pelo teor do processo administrativo anexo, que constatou a inexistência das empresas emitentes das notas fiscais inidôneas, o que restou confirmado em juízo pelo depoimento de f. 126/127, irrelevante a ausência de ACD.

Sua condição de sócio-gerente da empresa é confirmada pelo próprio recorrente e exsurge da prova documental, provada a autoria delituosa, uma vez que, nessa condição, tinha conhecimento e poder de comando sobre toda e qualquer operação praticada pela empresa, sendo certo que o aproveitamento de créditos tributários indevidos a partir de notas fiscais falsas caracteriza a intenção criminosa de fraudar o Fisco, restando evidenciado, ainda, o dolo específico, independentemente de ter agido de mão própria ou por via de preposto.

Induvidoso, portanto, que o proprietário-gerente, com efetiva participação nas deliberações e nos negócios da empresa, responde pelo ilícito penal, sendo inadmissível a alegação de desconhecimento de irregularidades ocorridas dentro de seu próprio estabelecimento, sobretudo se delas se beneficiou.

Ademais, na qualidade de sócio-gerente, tinha o apelante a obrigação de fiscalizar a administração e gerência da empresa e zelar por sua regularidade, sob o risco de responder por eventuais atos ilícitos que viessem a ser cometidos.

Assim, seu alegado desconhecimento em relação às condutas praticadas, além de não ser crível, constitui descumprimento do dever de cuidado e vigilância exigidos na hipótese, acarretando sua responsabilidade penal.

No entanto, do exame da documentação juntada aos autos, nota-se que não demonstrou o apelante a existência das empresas emitentes das notas fiscais, tampouco comprovou que as operações nelas representadas efetivamente ocorreram, restando perfeitamente comprovadas a autoria e a materialidade dos delitos.

Aliás, já se manifestou esta Corte nesse sentido:

> Crime contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. Deixar de escriturar notas fiscais referentes a compra de cimento e, em conseqüência, não emitir notas fiscais das vendas desse produto, com o fim de sonegar o pagamento de tributos. Delito configurado. Responsabilidade do proprietário-gerente da empresa.
> - Comprovadas a fraude tendente a dificultar a fiscalização tributária, a inserção de elementos inexatos, ou a ocultação de operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigidos pela lei fiscal, e a não-emissão de notas fiscais de venda de mercadorias, deve o agente responder pelo delito de sonegação fiscal, previsto no art. 1º, incisos II e V, da Lei 8.137/90, pois trata-se de crime de mera conduta, consubstanciando sempre uma falsidade.
> - O proprietário-gerente, com efetiva participação nas deliberações e nos negócios sociais da empresa, responde pelo ilícito penal, sendo inadmissível a alegação de desconhecimento de irregularidades ocorridas dentro de sua própria empresa, sobretudo se delas se beneficiou.
> Recurso conhecido e improvido (TJMG - Ap. Crim. nº 1.0687.01.007842-0/001, Rel. Des. Gudesteu Biber, 1º Câmara Criminal, j. em 26.10.2004, publ. em 29.10.2004).

Assim, alternativa não há senão subscrever os termos da bem-lançada sentença, merecendo subsistir a condenação, tal como proferida.

Da dosimetria da pena, observo que a pena restou concretizada no mínimo legal, nada havendo a reparar, inclusive em relação à substituição da pena.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, de lei.

Votaram de acordo com o Relator os *Desembargadores José Antonino Baía Borges* e *Hyparco Immesi*.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ROUBO QUALIFICADO - ARMA DE FOGO - CONCURSO DE PESSOAS - FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - CO-AUTORIA - DIVISÃO DE TAREFAS - GRAVE AMEAÇA - CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA - COMUNICABILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - IMPOSSIBILIDADE - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - COAÇÃO IRRESISTÍVEL - OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA - EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE - CONDENAÇÃO - *RES FURTIVA* - POSSE - CRIME CONSUMADO - DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA - INOCORRÊNCIA

Ementa: Apelação. Roubo majorado. Absolvição da ré por inexigibilidade de conduta diversa. Impossibilidade. Desistência voluntária. Não-configuração. Participação de menor importância. Inocorrência. Reconhecimento da tentativa. Impossibilidade. Absorção do crime do art. 309 do CTB pelo roubo. Imperatividade.

- Impossível acolher o pedido absolutório fulcrado na tese de inexigibilidade de conduta diversa se não restou demonstrada nos autos a ocorrência de coação moral irresistível ou de obediência hierárquica, sustentando a defesa simplesmente que a ré passava por grave situação financeira, o que a levou ao desatino de cometer o delito de roubo, fato, todavia, que não pode ser aceito para isentá-la de culpabilidade.

- Não se pode cogitar da figura da desistência voluntária se os agentes chegaram a consumar o delito, sendo impedidos apenas de exauri-lo por terem colidido o veículo que usavam para fuga com outro carro, viabilizando, assim, que a polícia os capturasse.

- Não há que se falar em participação de menor importância se, pela análise da dinâmica dos fatos, constata-se que a conduta da apelante foi essencial para o sucesso da empreitada delituosa, tendo agido previamente ajustada com seus comparsas, em plena divisão de tarefas, ficando com a incumbência de ser "olheira" e de dar fuga aos co-réus após a implementação do roubo, detendo, assim, o domínio final do fato.

- Tem-se delito de roubo consumado quando os agentes subtraem bem da vítima mediante grave ameaça, evadindo-se em seguida do local, não se podendo admitir que a eficiência da polícia em persegui-los e capturá-los, recuperando a *res*, caracterize a figura da tentativa.

- O delito de direção inabilitada (art. 309 do CTB) deve ser absorvido pelo crime de roubo, por constituir fase normal de sua execução, impondo-se a aplicação do Princípio da Consunção.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0024.05.848418-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Joice dos Santos Mangabeira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. VIEIRA DE BRITO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL E, DE OFÍCIO, REFORMAR A SENTENÇA EM RELAÇÃO AO CO-RÉU DOUGLAS SIQUEIRA SILVA.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2007 - *Vieira de Brito* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Vieira de Brito - Joice dos Santos Mangabeira, Douglas Siqueira Silva e Álvaro Martins foram denunciados como incursos nas sanções do art. 157, incisos I e II,

sendo a primeira ré também denunciada como incursa no art. 309 da Lei 9.503/97.

Narra a denúncia (f. 3/7) que no dia 28.09.05, por volta das 11h20, na Av. Antônio Carlos, nas proximidades da agência do Banco Bradesco, nesta Capital, os acusados supramencionados, atuando em comunhão de propósitos e ideais, subtraíram coisa alheia móvel, mediante grave ameaça através do uso de arma de fogo, da vítima Waldir Rodrigues da Cruz. Segundo a exordial, os denunciados, valendo-se do veículo GM/Vectra, placa GOL-6543, dirigiram-se até a agência do Bradesco, sendo que os réus Douglas e Álvaro permaneceram no carro, enquanto que a acusada Joice ingressou no banco, portando os documentos do veículo e simulando efetuar pagamento de algum tributo.

Segue narrando que Joice passou a reparar nos demais clientes ali presentes, especialmente na movimentação financeira que os mesmos realizavam, oportunidade em que viu a vítima Waldir realizar saque de grande valor. Descreve que, então, Joice dirigiu-se para fora do banco, apontando aos co-réus a pessoa de Waldir. Sustenta que, assim, valendo-se os agentes do citado veículo, seguiram a vítima, que embarcara em um carro GM/Corsa, percebendo quando a mesma parou na Av. Antônio Carlos, próximo à trincheira e a outra agência bancária.

Relata que os réus combinaram, então, que Joice os aguardaria em uma rua atrás daquele banco, tendo Douglas e Álvaro saído do Vectra, dirigindo-se até o veículo do ofendido. Narra que, ao aproximarem-se das janelas do referido carro, o denunciado Douglas, valendo-se de um revólver, marca “Taurus”, calibre 38, apontou a arma para Waldir, anunciando o assalto e gritando para que ele lhe entregasse o dinheiro que sacara e saísse do automóvel, no que foi prontamente atendido.

Segue narrando que, neste momento, o acusado Álvaro foi para o lado do motorista, assumindo a direção do veículo. Assevera que, de posse da importância sacada pela vítima, R$4.900,00 (quatro mil e novecentos reais), bem como do carro GM/Corsa, os agentes Douglas e Álvaro empreenderam fuga, dirigindo-se para o local onde estava Joice, aguardando ambos a referida ré. Relata que Douglas e Álvaro abandonaram o carro do ofendido, embarcando no Vectra e retirando-se do local. Sustenta que, todavia, passava pelo local uma viatura da polícia civil, que foi abordada pela vítima, que noticiou o roubo que sofrera, fornecendo aos milicianos as características físicas dos agentes.

Descreve que, iniciado o rastreamento, os policiais localizaram o veículo da vítima, sendo informado que os denunciados entraram no Vectra que os aguardava e tomaram rumo da Pampulha. Segue narrando que os detetives saíram em rastreamento, deparando-se com o Vectra conduzido pelos acusados, tendo, então, acionado a sirene da viatura para realizarem a abordagem dos agentes, momento em que Joice, que dirigia o referido automóvel, passou a empreender alta velocidade no automotor, visando escapar do cerco policial. Relata que, após cerca de 5 minutos da fuga em velocidade excessiva, já na entrada do Bairro Guarani, Joice veio a perder o controle do carro, ingressando na contramão, vindo a chocar-se com um Fiat Uno que ali transitava.

Sustenta que, em virtude do choque entre os veículos, a fuga dos acusados restou interrompida, sendo todos abordados pela polícia. Ressalta que, durante a abordagem, os policiais lograram apreender em poder de Álvaro o revólver já citado, municiado com seis cartuchos intactos, bem como o dinheiro subtraído da vítima. Assevera que os denunciados acabaram por confessar a autoria do roubo com riqueza de detalhes. Salienta, por fim, que a ré Joice conduziu o veículo GM/Vectra por vias públicas de forma arriscada, fugindo da polícia, em velocidade excessiva, gerando perigo concreto de dano, sem possuir a necessária carteira de habilitação.

Processados, foram os acusados Joice dos Santos Mangabeira, Douglas Siqueira Silva e Álvaro Martins condenados como incursos no

art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, sendo que a primeira ré também foi condenada pelo crime previsto no art. 309 do CTB, na forma do art. 69 do CP. Por ocasião da sentença (f. 364/375), foi aplicada à acusada Joice pena total de 6 (seis) anos de reclusão e 6 (seis) meses de detenção, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, fixado o regime prisional semi-aberto; ao réu Douglas foi imposta pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, em regime semi-aberto; e ao acusado Álvaro foi aplicada pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, em regime semi-aberto.

Ressaltou o douto Magistrado *a quo* que negava aos sentenciados os benefícios da substituição de pena e do *sursis* em razão do *quantum* de pena aplicado e pelo fato de se tratar de crime praticado mediante violência contra a pessoa.

Inconformada, apela a defesa da ré Joice (f. 223/226), pleiteando a absolvição sob a tese de inexigibilidade de conduta diversa. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da figura da desistência voluntária ou ainda da participação de menor importância. Pede também a desclassificação do delito para furto tentado, o decote da majorante referente ao emprego de arma, bem como a atenuação da pena em face da primariedade da recorrente. Por fim, pugna pela absorção do delito previsto no art. 309 do CTB pelo delito de roubo.

Contra-razões apresentadas às f. 466/485, em que, rechaçando as alegações defensivas, pugna o órgão ministerial pelo conhecimento e improvimento do apelo.

Instada a manifestar-se, pronunciou-se a douta Procuradoria de Justiça, por meio de parecer do Dr. José Alberto Sartório de Souza, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso (f. 498/505).

Em síntese, é o relatório.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Não tendo sido argüidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

A defesa, reiterando os argumentos ventilados nas alegações finais, pleiteia a absolvição da ré Joice sob a tese de inexigibilidade de conduta diversa.

Sustenta que a acusada se envolveu nos fatos delituosos, porquanto passava por grave dificuldade financeira, estando em vias de ser despejada de sua moradia por atraso nos aluguéis, encontrando-se os seus filhos famintos e passando por diversas privações, o que a levou ao desespero. Alega que, diante disso, não se poderia exigir dela comportamento diverso, impondo-se, pois, o acolhimento da excludente de culpabilidade.

Não obstante o insistente esforço do nobre defensor da apelante, tenho que a tese em comento não pode ser acolhida.

Primeiramente, é de se constatar que nem mesmo a ré alegou com tanta veemência o apontado estado de desespero em face da sua difícil situação econômica, ficando claro que tal alegação é mera estratégia da defesa, a qual, inclusive, não se preocupou em comprovar a alegada premente situação financeira da sua cliente que a levasse a tamanho desatino a ponto de cometer um delito da gravidade do que ora está em apuração. Aliás, basta notar que, se fosse tão pobre e se estivesse em tão grave situação, certamente não teria a recorrente condição de contratar os serviços de um advogado particular como o que ora subscreve a laboriosa peça recursal.

De toda feita, ainda que se pudesse acolher tal linha de argumentação, a circunstância apontada pela defesa não teria o condão de autorizar a acusada a ofender o patrimônio de outrem sob a escusa da inexigibilidade de conduta diversa.

Certo é que o acolhimento de tal excludente proporcionaria a instalação da desordem social, pois estaríamos admitindo que pessoas

pobres ou em crise financeira - o que é o caso de milhares de brasileiros - se arvorassem a atacar o patrimônio alheio em busca de solução para seus problemas econômicos, o que é absurdo.

Como é cediço, as dificuldades financeiras por que passam milhares de brasileiros, apesar de representarem um drama concreto e lastimável para a sociedade, não servem de escusa para a prática criminosa, muito embora saibamos que não raras vezes são uma de suas principais causas, mas que não podem, de forma alguma, se transformar em excludente da responsabilidade penal, a não ser que se trate de um caso extremo e aflitivo de necessidade premente, ou seja, quando o indivíduo se dispõe a investir contra o patrimônio alheio por se encontrar numa situação de total miserabilidade a ponto de configurar a excludente de ilicitude prevista no art. 24 do CP relativa ao estado de necessidade.

Importante ressaltar que tal causa justificadora se restringe a casos excepcionalíssimos, em que o indivíduo age de forma contrária à ordem jurídica por se encontrar em absoluto estado de penúria a ponto de lhe impingir a necessidade de sacrificar o bem alheio em prol da sua própria subsistência.

In casu, tal excludente também não restou delineada nas provas dos autos, já que a dificuldade financeira é um problema freqüente nos dias de hoje, atingindo milhares de pessoas, que, nem por isso, optam por cometer crimes para solucionar a situação precária em que vivem.

Em verdade, da ré se poderia e se deveria exigir comportamento diferente, como, aliás, se exige de todos os brasileiros que, mesmo vivendo em situação de penúria, trabalham árdua e honestamente para sobreviver com um mínimo e às vezes nem com isso, portando-se de acordo com o ordenamento jurídico.

Ademais, como bem observou o douto Magistrado singular, as duas situações previstas pelo nosso Código Penal que excluem a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa são a coação irresistível e a obediência hierárquica, hipóteses que em momento algum foram retratadas ou comprovadas nos autos.

Enfim, não há mesmo como acolher tal tese defensiva, por absoluta falta de respaldo fático-probatório, bem como jurídico.

Subsidiariamente, pugna a defesa pelo reconhecimento da figura da desistência voluntária.

Melhor sorte não socorre o aguerrido causídico da ré, uma vez que tal instituto se perfaz quando, tendo o agente iniciado a execução do delito, não a leva adiante, ou seja, mesmo podendo prosseguir, desiste da realização típica.

In casu, verifica-se que em momento algum a apelante e seus comparsas desistiram de prosseguir na prática ilícita; ao revés, consumaram o delito, arrebatando mediante grave ameaça a *res* da vítima e empreendendo fuga, sendo, posteriormente, rastreados pela polícia, que os perseguiu e logrou prendê-los, isto em razão de ter a ré Joice perdido o controle do veículo que conduzia em fuga, vindo a colidir com outro veículo que transitava na contramão direcional.

Com efeito, a fuga dos réus só teve fim quando houve o embate entre o veículo que os transportava e um outro que trafegava no mesmo local, ocasionando o acidente que possibilitou aos milicianos capturá-los, apreendendo em poder deles a arma utilizada no delito e o numerário subtraído da vítima.

Portanto, não foi hipótese de os agentes mudarem de propósito, recuando no intento ilícito, mas sim caso em que os mesmos já haviam consumado o crime, simplesmente sendo capturados na fase de exaurimento da empreitada delituosa.

Assim, impossível reconhecer a figura da desistência voluntária, até porque esta somente é cabível na tentativa imperfeita, ou seja, quando o sujeito ativo não consegue praticar todos os atos necessários à consumação em virtude de interferência externa.

Também não prospera a alegada tese de desistência espontânea, ao argumento defensivo de que, não obstante tenham os denunciados empreendido fuga, os mesmos se entregaram posteriormente, "desistindo voluntariamente da consumação do delito, evitando danos e prejuízos maiores à vítima".

Ora, é óbvio que os agentes não se entregaram, mas sim tiveram o êxito da fuga impedido em virtude da colisão do veículo que ocupavam com outro que trafegava na contramão direcional. O fato de não terem trocado tiro com a polícia ou tentado evadir a pé, mesmo após a colisão dos carros, em nada lhes favorece, só demonstrando que, depois do embate dos veículos, foram imediatamente abordados pela polícia, não tendo chance de agirem ou reagirem nos moldes propostos pela defesa.

De todo jeito, como já se disse anteriormente, nesta fase, já se encontrava o crime totalmente consumado, não havendo que se falar em desistência espontânea.

Outra tese que parece ter sido proposta pelo douto causídico da ré Joice é a de que a conduta desta foi de menor importância.

Examinando detidamente os autos, tenho que tal tese não merece prosperar, uma vez que a seqüência fático-probatória demonstrou que a apelante agiu previamente ajustada com os demais agentes, dirigindo-se todos no veículo dela até a agência bancária, ficando a mesma com a incumbência de identificar uma vítima para ser alvo do roubo que pretendiam realizar, bem como de dar fuga para os mesmos após a execução do crime. Evidente, portanto, que a acusada participou ativamente da execução do roubo, sendo a sua conduta essencial para o êxito do ilícito.

Sustenta a defesa que Joice aceitou participar do delito, porque lhe foi dito pelos co-réus que seria uma ação simples e sem violência e que a tarefa da mesma se restringiria a ser "olheira", porém o que ocorreu foi algo diferente do prometido por eles, que realizaram uma ação truculenta e descabida.

Ora, não se pode crer nesta afirmação, uma vez que a acusada foi clara em dizer na fase policial que ajustou a prática ilícita com os co-réus Douglas e Álvaro, sabendo, inclusive, que seria usada uma arma de fogo pertencente ao segundo.

Portanto, não se pode crer na ingenuidade da apelante, que, em verdade, participou concretamente do roubo, cabendo-lhe a tarefa de encontrar uma vítima em potencial e de viabilizar a evasão dos comparsas após a realização do delito.

E nem se diga que tais funções sejam de somenos importância, pois sem elas seria impossível a consecução do desiderato ilícito. Com efeito, a conduta da ré foi imprescindível para o desenvolvimento do plano delituoso e para o alcance da meta *optata*. Detinha ela o domínio final do fato, o que a colocou na condição de co-autora e não de mera partícipe.

Se não fosse a ação de Joice de apontar a pessoa da vítima, a qual tinha sido vista por aquela retirando grande soma em dinheiro, como saberiam os co-acusados quem abordar no intuito de efetuarem o roubo? E, por outro lado, se não tivesse a apelante aguardado nas imediações a ação dos comparsas para lhes dar fuga, como eles sairiam do local com eficiência e rapidez, livrando-se de uma eventual abordagem policial?

Ora, tais indagações só reforçam a conclusão de que a participação da recorrente foi mesmo fundamental para o sucesso da ação criminosa, não havendo como menosprezá-la, para fins de absolvê-la ou mesmo de reduzir-lhe a pena com amparo no art. 29, § 1º, do CP.

Em verdade, a sentenciada agiu em conjunto com os co-réus, tendo todos envidado esforços comuns para o alcance do objetivo ilícito, em plena divisão de tarefas, de modo que a conduta de uns integrou-se à dos demais, em nível de igualdade, caracterizando a co-autoria.

Destarte, entendendo não ter sido a conduta da recorrente secundária, acessória, irrelevante para a realização do roubo, havendo,

pois, co-autoria, incabível o reconhecimento da participação de menor importância.

Pleiteia também a defesa a desclassificação do delito para furto, argumentando que a ré não participou efetivamente do roubo, na medida em que não contribuiu ou colocou a vítima sob grave ameaça, não sabendo da existência de arma de fogo.

A tese desclassificatória, assim como as demais, não encontra abrigo no caderno probatório.

Extrai-se claramente dos autos que Joice combinou previamente o roubo com os co-réus, sabendo efetivamente que um deles, Álvaro, portava uma arma de fogo, donde se conclui que a mesma se propusera sim a participar do delito pelo qual restou condenada.

Neste sentido, confiram-se as suas declarações:

> ... que a declarante acredita ainda que não foi disparado qualquer tiro de arma de fogo, embora saliente para o fato de que Álvaro portava durante todo o delito revólver, salvo engano, calibre 38 de sua propriedade, única arma utilizada naquela empreitada delituosa; (...) que neste ato, sendo-lhe apresentado revólver calibre 38 da marca Taurus, número de série 678039, reconhece e aponta como sendo a arma de propriedade de Álvaro, utilizada no delito aqui reportado... (f. 18).

Aliás, os co-réus Douglas e Álvaro confirmam que todos eles tinham ciência da utilização de uma arma de fogo na ação criminosa, se não vejamos:

> ... que ficou combinado que Joice pegaria o veículo Vectra e sairiam os três, estando Álvaro armado com revólver calibre 38, marca Taurus, municiado, sendo este de sua propriedade... (declarações de Douglas - f. 19).

> ... que para tanto convidaram o declarante a participar da empreitada delituosa, tendo em vista a necessidade de uma arma de fogo a ser utilizada, e que o declarante possui; que face à negativa do declarante em participar, solicitaram o seu revólver emprestado, o que também foi negado em razão de temer que perdessem a arma em questão (...); que devido à insistência de Douglas e Joice, resolveu participar da prática delituosa nesta data... (declarações de Álvaro - f. 22/23).

O fato de não ter a apelante participado diretamente da abordagem da vítima e, portanto, do emprego da grave ameaça, não viabiliza a desclassificação do delito para furto em relação a ela, uma vez que a mesma sabia que seria realizada uma subtração mediante o uso de arma de fogo e, ao engajar-se na execução do plano delituoso, aderiu à conduta dos seus asseclas de efetuarem um roubo.

De todo modo, é cediço que, em se tratando de concurso de pessoas, o uso de arma por um dos réus para efetuar a subtração autoriza a condenação de todos pelo crime de roubo, já que se trata de circunstância objetiva que se comunica a todos os agentes, nos termos do art. 30 do CP.

A circunstância de Joice ter ficado com a função de “olheira”, a fim de indicar a potencial vítima para seus comparsas, e de ter sido incumbida de dar fuga a eles após a execução do delito, em nada colabora para o êxito da tese desclassificatória. Isto porque restou fartamente comprovado nos autos que ela tinha ciência de que seria realizado um assalto e que, para tanto, coube-lhe as referidas tarefas, para a consecução do desiderato ilícito.

Diante de tal contexto, considero correta a condenação da apelante pelo delito de roubo, pelo que afasto o pedido de desclassificação formulado pela defesa.

Na seqüência, requer a defesa a exclusão da majorante referente ao emprego de arma, ao argumento de que não há prova da apreensão dos cartuchos supostamente contidos no revólver, bem como da potencialidade lesiva deles.

Mais uma vez razão não assiste ao incansável defensor da apelante. Isto porque a apreensão da arma e dos cartuchos foi devida-

mente materializada no auto de apreensão acostado à f. 56, não havendo razão para se desconfiar da legitimidade da atuação policial, até porque nada foi comprovado no sentido de ter sido forjada a arrecadação de tais objetos.

Noutro vértice, como bem observou o douto Juiz singular, o laudo pericial constante de f. 225 confirmou o poder ofensivo da arma usada pelos agentes, sendo irrelevante o suposto fato de os cartuchos não terem sido periciados, uma vez que o auto de apreensão atestou que o revólver possuía seis cartuchos intactos e não deflagrados, sendo óbvia a presunção de que funcionavam para os fins a que se propunham.

Logo, é incabível o pretenso decote da majorante em debate.

Aduz também a defesa que deve ser reconhecida a figura da tentativa, já que os agentes não tiveram a posse tranqüila do bem subtraído, por ter a perseguição da polícia ocorrido em ato contínuo ao ilícito.

Razão falece ao douto causídico do apelante, uma vez que ficou estreme de dúvidas a consumação do delito em apuração.

Isto porque é cediço que o crime de roubo se consuma quando a *res* sai da esfera da disponibilidade da vítima e o agente obtém sua posse, ainda que por breve lapso temporal, sendo dispensável que tal detenção se dê de forma mansa e pacífica.

Aliás, as Colendas Cortes Superiores vêm consolidando o entendimento de que para a consumação do roubo sequer se exige que o agente tenha a posse tranqüila da *res*, bastando que a vítima seja despojada de seus pertences, perdendo o controle de disposição dos mesmos; senão vejamos:

> Recurso Especial. Penal e processo penal. Roubo. Consumação. Posse tranqüila da *res furtiva*. Desnecessidade. Pena. Reincidência. Agravante. Art. 61, I, do Código Penal. *Bis in idem*. Inocorrência. - Assentada jurisprudência desta Corte e do Colendo STF no sentido de que o crime de roubo se consuma com a mera posse, ainda que por curto período de tempo, da coisa alheia móvel subtraída mediante violência ou grave ameaça. Não se exige, para a consumação do delito, a posse tranqüila da *res furtiva* (Resp 579.254/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 25.02.2004, p. 220).

À luz de tais considerações, verifico que, pela dinâmica dos fatos noticiados na denúncia, restou consumado o crime de roubo, já que os réus lograram inverter a posse da *res*, a qual somente foi recuperada após o êxito da diligência policial, que, em rastreamento, localizou os agentes, perseguindo-os e capturando-os.

Logo, tendo os acusados conseguido despojar a *res* mediante emprego de grave ameaça, evadindo-se em seguida do local, perdendo a vítima, ainda que por breve lapso temporal, o controle de disposição de seu bem, não restam dúvidas de que o delito se consumou, não se podendo admitir que a ação da polícia em persegui-los e capturá-los e, assim, reaver os bens subtraídos, caracterize a figura da *conatus*.

Pugna, ainda, a defesa pela atenuação da pena da recorrente, em face da sua confissão espontânea e da sua primariedade.

Quanto à confissão espontânea, nada há a prover, uma vez que o douto Sentenciante, por ocasião da dosimetria de pena, reconheceu em favor da ré a referida circunstância.

No que tange à primariedade da acusada, tenho que o pedido defensivo não pode ser acolhido, já que tal condição não constitui circunstância atenuante de pena, tratando-se, em verdade, de circunstância judicial (art. 59 do CP) que deve ser analisada e valorada por ocasião da fixação da pena-base. E, no presente caso, a primariedade de Joice foi efetivamente apreciada pelo douto Sentenciante, que a considerou como fator favorável à mesma.

Logo, nada há a prover também neste sentido, observando-se que a pena-base foi fixada com parcimônia, sendo concretizada no importe de 5 (cinco) anos de reclusão e, posteriormente, reduzida pela atenuante da confis-

são espontânea, atingindo o patamar de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, o qual foi exasperado em 1/3 (um terço) em face da majorante referente ao emprego de arma, restando concretizada em 6 (seis) anos de reclusão, *quantum* que considero suficiente e necessário à prevenção e reprovação do delito.

Pugna, ainda, a defesa pela exclusão do delito previsto no art. 309 do CTB, argumentando que o mesmo deve ser absorvido pelo crime de roubo.

Quanto à referida postulação, penso que deve ser atendida, uma vez que o crime de direção inabilitada foi fase normal de execução do delito de roubo, devendo, assim, ocorrer a absorção do primeiro pelo segundo com amparo no princípio da consunção.

Com efeito, o crime de direção inabilitada somente foi cometido para que fosse viabilizado o roubo ajustado entre a apelante e os co-réus, devendo a conduta violadora da norma de trânsito ser englobada pelo crime-fim, que foi o roubo.

De fato, a apelante Joice se arvorou a conduzir o veículo sem habilitação com o intuito exclusivo de realizar o assalto com seus comparsas, levando-os ao local do crime e dando-lhes fuga após a sua execução, daí por que se deve compreender que a direção inabilitada consistiu em meio necessário ao sucesso do roubo, fim último visado pelos agentes.

Firme nestas considerações, é que hei por bem acolher a tese defensiva de modo a afastar a condenação da recorrente pelo delito previsto no art. 309 do CTB, ficando, pois, decotada a pena de detenção imposta na sentença.

Por derradeiro, verifico, de ofício, que a sentença deve ser reformada quanto ao co-réu não apelante Douglas Siqueira Silva, no que tange à atenuante da confissão espontânea que, a meu ver, equivocadamente, não foi aplicada.

Isto porque se verifica dos autos que o mesmo confessou a prática ilícita na fase inquisitorial (f. 18/21), tendo, em juízo (f. 141/143), confirmado a participação nos fatos delituosos, apenas eximindo a co-ré Joice de responsabilidade.

A meu ver, a conduta de Douglas no sentido de inocentar a acusada Joice, embora não seja louvável, não pode ter o condão de lhe retirar o direito à atenuante da confissão, vez que admitiu a própria atuação ilícita nas duas fases da persecução penal, conferindo ao Julgador a certeza quanto à sua responsabilidade pelo crime.

Portanto, entendo que o mesmo faz jus à debatida atenuante, vez que contribuiu para formar o juízo condenatório, não podendo ser desprezada para fins de beneficiá-lo por ocasião da dosimetria de pena.

Firme neste entendimento, hei por bem reestruturar a reprimenda imposta na sentença.

E, neste mister, mantenho a pena-base fixada na sentença no importe de 5 (cinco) anos de reclusão, eis que em consonância com os critérios da necessidade e suficiência previstos no art. 59 do CP. Na segunda fase, reconheço em favor de Douglas a atenuante da confissão espontânea, reduzindo-lhe a pena em 6 (seis) meses, concretizando-a em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Na terceira fase, exaspero a referida reprimenda em 1/3 (um terço) pela incidência da majorante do emprego de arma, tornando-a definitiva em 6 (seis) anos de reclusão.

Na seqüência, altero a pena de multa por entender que a mesma foi fixada em patamar excessivo, devendo guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

Destarte, observando os mesmos critérios usados para a dosagem da reprimenda corporal, fixo a pena de multa, na primeira fase, em 13 (treze) dias-multa, reduzindo-a, em seguida, em 1 (um) dia-multa pela incidência da atenuante da confissão espontânea, concretizando-a em 12 (doze) dias-multa. Na terceira fase, exaspero a referida pena em 1/3 (um terço) pela majorante do emprego de arma, tor-

nando-a definitiva em 16 (dezesseis) dias-multa, no patamar unitário mínimo.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso aviado em favor da apelante Joice dos Santos Mangabeira, apenas para decotar da sentença a condenação pelo delito previsto no art. 309 do CTB, mantendo, no mais, a r. sentença singular.

Por outro lado, de ofício, reformo a sentença em relação ao co-réu não apelante Douglas Siqueira Silva, a fim de reconhecer em favor dele a atenuante da confissão espontânea, concretizando-lhe a pena em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no patamar unitário mínimo.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Pedro Vergara* e *Alexandre Victor de Carvalho*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL E, DE OFÍCIO, REFORMARAM A SENTENÇA EM RELAÇÃO AO CO-RÉU DOUGLAS SIQUEIRA SILVA.

-:::-

ROUBO QUALIFICADO - CONCURSO DE PESSOAS - *RES FURTIVA* - POSSE - CRIME CONSUMADO - TENTATIVA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - IMPOSSIBILIDADE - FIXAÇÃO DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - REGIME SEMI-ABERTO - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - REQUISITOS - *SURSIS* - INAPLICABILIDADE - DIREITO DE DEFESA - FALSA IDENTIDADE - DOLO ESPECÍFICO - AUSÊNCIA - ATIPICIDADE - ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ementa: Penal. Roubo qualificado pelo concurso de agentes. Falsa identidade. Condenação. Irresignação defensiva. Preliminar de inépcia da denúncia. Rejeitada. Absolvição do delito de falsa identidade. Autodefesa. Possibilidade. Reconhecimento da tentativa para o delito de roubo. Inviabilidade. *Res furtiva* não restituída em sua totalidade à vítima. Consumação que se impõe. Redução da pena-base. Ausência de razões a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Correção. Substituição da pena. Delito cometido mediante ameaça. Impossibilidade. *Sursis*. Requisito objetivo não preenchido. De ofício reconhecer a atenuante da menoridade em favor do co-réu não apelante. Recurso conhecido. Rejeitada a preliminar e, no mérito, parcial provimento.

- Não incorre no crime previsto no art. 307 do Código Penal o agente que atribui falsa identidade a si mesmo perante a autoridade policial, visando, apenas, exercitar sua autodefesa, porque o tipo penal em exame exige, para sua caracterização, a presença do dolo específico, voltado para a obtenção de vantagem ilícita.

- Considera-se consumado o delito de roubo quando o agente, ainda que por breve tempo, tem a posse mansa e pacífica do objeto subtraído e, principalmente, pelo fato de não restituí-lo, em sua totalidade, à vítima.

- Se as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são favoráveis em sua maioria ao agente, deve a pena-base ser fixada no seu mínimo legal.

- O regime de cumprimento da pena para o agente não reincidente com pena superior a quatro anos e que não exceda a oito é o semi-aberto, conforme o art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

- Não faz jus o agente à substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos se o delito foi cometido mediante grave ameaça; se a pena corporal for superior àquela prevista no art. 77 do Código Penal, qual seja dois anos, não faz jus o agente ao benefício ali elencado.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0024.02.650015-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Jefferson Martins de Souza - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. PEDRO VERGARA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR, DAR PROVIMENTO PARCIAL E, DE OFÍCIO, RECONHECER AO CO-RÉU ALBERT PAULO DA SILVA A ATENUANTE DA MENORIDADE.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2007. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Pedro Vergara - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra Albert Paulo da Silva e Jefferson Martins de Souza, como incursos nas sanções do art. 157 (roubo), § 2º (qualificado), inciso II (concurso de pessoas) c/c art. 163 (dano), parágrafo único (qualificado), inciso I (violência ou grave ameaça), todos do Código Penal e, ainda, o segundo também nas sanções do art. 307 (falsa identidade), também do Códex.

Narra a denúncia que os acusados, Albert Paulo da Silva e Jefferson Martins de Souza, em concurso com o menor T.S. e outros autores não identificados, no dia 4 de fevereiro de 2002, por volta das 10h30min, no local denominado Rua João Paulo II, nº 200, no Bairro Aglomerado Ventosa, nesta Capital, agindo em concurso e comunhão de desígnios e, mediante violência e grave ameaça exercida através de pedras e pedaços de madeira, subtraíram para si um fogão Brastemp Deville Bewsoc, um refrigerador Eletrolux RC322941BR110 e um televisor Sanyo de 29", que se encontravam no interior do caminhão de propriedade da vítima Ponto Frio, tudo conforme consta do anexo inquérito policial (f. 01/03).

Consta, ainda, da exordial, que o caminhão do Ponto Frio, após efetuar a entrega de mercadorias no logradouro acima especificado, foi cercado pelos denunciados e seus comparsas, que anunciaram o assalto para o motorista e para os passageiros, Ely Carlos Rodrigues dos Santos e João Paulo Silva, ameaçando-os com pedras e pedaços de madeira. Na oportunidade, o acusado Jefferson Martins de Souza, na ânsia de esconder seu passado desabonador, atribuiu-se falsa identidade, fornecendo o nome de Jefferson do Nascimento de Souza, alegando, ainda, ser menor de idade (*idem*).

Recebida a denúncia, foram os acusados Jefferson Martins de Souza e Albert Paulo da Silva requisitados, citados e interrogados, apresentando seus defensores as alegações preliminares (f. 56; 72; 83-84; 75-76; 85-86; 77 e 87).

Durante a instrução, ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, nada requereram estas em diligência (f. 186; 222; 238 e 239).

Nas alegações finais, pede o Órgão Ministerial a condenação dos acusados; por outro lado, roga a defesa de Jefferson Martins de Souza, preliminarmente, a inépcia da inicial, alegando, para tanto, que não houve individualização das condutas, e, no mérito, pugna pelo reconhecimento da modalidade tentada para o delito de roubo; a absolvição referente ao delito de dano, por entender que o delito de roubo absorve do delito de dano; a absolvição do delito de falsa identidade, porquanto se atribuiu falso nome em autodefesa; e, alternativamente, pretende a fixação da pena em seu mínimo legal; o reconhecimento da circunstância

atenuante da menoridade e da confissão espontânea; pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos prevista no art. 44 do Código Penal e, finalmente, pela concessão da isenção das custas processuais. Por sua vez, pretende a defesa do acusado Albert Paulo da Silva a absolvição no delito de roubo qualificado, nos termos do art. 386, IV e VI; o reconhecimento da tentativa no delito de roubo; a absolvição do delito de falsa identidade, por ausência de dolo específico; a absolvição referente ao delito de dano, por entender que o delito de roubo absorve o delito de dano; e, finalmente, a isenção do pagamento das custas processuais (f. 241-247; 249-253 e 258-263).

Proferida a sentença, foram os réus Albert Paulo da Silva e Jefferson Martins de Souza absolvidos do delito previsto no art. 163, parágrafo único, inciso I, do Código Penal com fulcro no art. 386, inciso III, também do CPP, e condenados nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, sendo que Jefferson foi, ainda, condenado nas sanções do art. 307 do Códex, respectivamente nas penas de 6 (seis) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, no regime semi-aberto, e à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, 5 (cinco) meses de detenção, a serem cumpridos inicialmente no regime semi-aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (f. 267-275).

Inconformado com a decisão, recorreu apenas o sentenciado Jefferson Martins de Souza, pretendendo, preliminarmente, que seja declarada inepta a denúncia, uma vez que não houve individualização das condutas de cada acusado. No mérito, requer a absolvição do delito de falsa identidade, porquanto se atribuiu falso nome em autodefesa; pela redução da pena-base do delito de roubo em seu patamar mínimo, por entender que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis em sua maioria; o reconhecimento do delito de roubo em sua modalidade tentada e, finalmente, pela concessão do *sursis* (f. 300/313).

Por sua vez, suplica o *Parquet* o improvimento, mantendo-se, na íntegra, o édito fustigado (f. 315/331).

Manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça, opinou esta de igual forma (f. 351/366).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade. - Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para sua admissão.

II - Das preliminares. - A*b initio*, submeto à apreciação da Turma Julgadora a preliminar de inépcia da denúncia suscitada pela douta defesa.

Data venia, sem razão o apelante, uma vez que, de uma atenta leitura da exordial (f. 01/03), verifica-se que os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal foram obedecidos.

Constata-se que o fato delituoso imputado aos denunciados foram descritos com todas as suas circunstâncias, tendo sido apresentada a qualificação de cada um, bem como o rol de testemunhas, possibilitando-lhes o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Ressalte-se, ainda, que não é necessário, nos crimes de autoria conjunta ou coletiva, que conste na denúncia, de maneira pormenorizada e individualizada, a participação de cada um dos acusados.

A propósito:

> Nos crimes de autoria coletiva, não é imprescindível que se descreva com todos os detalhes a conduta individual de cada acusado. Serve uma descrição genérica de modo a que cada um saiba do que deve se defender. Isso é forma de garantia do direito à ampla defesa (*HC* nº 3.246-2/MT, 5ª Turma, Rel. Min. Édson Vidigal, j. em 29.03.95, *DJU* de 29.05.95, p. 15.528).

> Não é inepta a denúncia que, nos denominados 'crimes de autoria coletiva', descreve, ainda que sem pormenores, a atividade dos infratores. A nova ordem constitucional, preocupada com a 'grande criminalidade', oferece

> ao juiz elementos exegéticos para uma melhor inteligência do art. 41 do CPP (*RT* 719/515).

Não bastasse isso, entendo que, existindo sentença penal condenatória, não há mais falar em inépcia da denúncia, *in verbis*:

> Quando existe condenação penal motivada por denúncia apresentada pelo Ministério Público, eventual inépcia da peça acusatória já não mais poderá ser alegada. Em tal situação, impõe-se questionar, se for o caso, a própria decisão condenatória, e não mais a denúncia que a motivou (STF, em *JSTF* 170/368).

Por esses motivos, rejeito a preliminar.

III - Do mérito. - Cuida-se de delito de roubo, na modalidade qualificada, mediante concurso de pessoas, na forma consumada, consistindo a conduta típica em subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 157, § 2º, inciso II, e no delito de atribuir-se falsa identidade com o objetivo de obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, com previsão legal no art. 307 do Código Penal.

Com efeito, resume-se a questão à análise da possibilidade de absolvição do apelante do delito de falsa identidade, a redução da pena-base em seu patamar mínimo para o delito de roubo qualificado, o reconhecimento do delito de roubo em sua modalidade tentada e, finalmente, a concessão do *sursis*.

A materialidade encontra-se consubstanciada através do APFD (f. 05/11); pelo boletim de ocorrência (f. 12-14 e 22/24), auto de apreensão (f. 19 e 25) e termo de restituição (f. 20).

Portanto, *quantum satis*, não se insurge o apelante contra a condenação pelo delito de roubo; sendo assim, incontroversa é a autoria.

No que concerne ao pedido de absolvição do delito de falsa identidade, estou que razão assiste ao apelante.

Entendo, *data venia*, que, para a configuração do delito previsto no art. 307 do Código Penal, é necessário que o agente objetive a vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou cause dano a outrem.

Neste particular, leciona Cezar Roberto Bitencourt, senão vejamos:

> A 'vantagem' pretendida pelo agente, como caracterizadora do crime, é um *plus* que se acrescenta, ou se pretende acrescentar, ao patrimônio deste ou de outrem, e não a simples manutenção do *status libertatis*. O crime de falsa identidade, entre outros requisitos, tem de ser feito de modo idôneo a enganar e criar ensejo à obtenção de indevida vantagem (para si ou outrem) ou causar dano a outrem (*Tratado de direito penal*. Parte Especial, v. 4, Editora Saraiva; p. 359).

No caso *sub examine*, vê-se que o apelante, ao ser preso em flagrante delito (f. 22 - 04.02.2002), apresentou-se como Jefferson do Nascimento de Souza, f. 26, no exercício da autodefesa; todavia, ainda na Delegacia, restou apurado que se tratava, em verdade, da pessoa de Jefferson Martins de Souza.

Sobre o assunto, leciona Celso Delmanto:

> O acusado que mente sobre sua identidade não comete o crime do art. 307 do CP, por duas razões: a) São constitucionalmente garantidos o direito ao silêncio (CR/88, art. 5º, LXIII e § 2º) e o de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se (PIDCP, art. 14, 3, *g*) ou a declarar-se culpado (CADH, art. 8º, 2, *g*) ... b) Conforme já decidido pelo TACrimSP, em acórdão unânime da lavra do Juiz, hoje Desembargador, Gentil Leite (Ap. 172.207, j. em 07.03.78, cuja ementa foi publicada na *RT* 511/402), embora a expressão vantagem, mencionada neste art. 307 inclua tanto a patrimonial como a moral, não abrange 'o simples propósito de o delinqüente procurar esconder o passado criminal, declinando nome fictício ou de terceiro (real), perante autoridade pública ... ou particular', isto porque, 'quem assim age visa a obter vantagem de natureza processual, comportamento que, a constituir delito, deveria estar previsto no Capítulo II do Título XI do CP, referente aos crimes praticados por particulares contra a Administração Pública, ou no

> Capítulo III, que prevê infrações contra a administração da justiça'. Não haveria, portanto, o dolo específico exigido pelo tipo (DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 6. ed. Editora Renovar, 2002, p. 611).

Sob tal enfoque, não reunindo a espécie os elementos do injusto, inexistindo inclusive qualquer dano a outrem, não cometeu o apelante ilícito algum, porque íntegra permaneceu a fé pública, objeto da *crimina falsi*.

Quanto ao pedido de reconhecimento da tentativa, melhor sorte não assiste ao apelante.

Nos dizeres de Cezar Roberto Bitencourt, consuma-se o delito de roubo:

> ... no momento em que o agente se apodera da *res* subtraída mediante grave ameaça ou violência. Para consumar-se, é desnecessário que saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, sendo suficiente que cesse a clandestinidade ou a violência. É igualmente irrelevante a ausência de prejuízo decorrente da restituição do bem, bastando que este seja retirado da esfera de disponibilidade da vítima, ficando na posse tranqüila, ainda que passageira, do delinqüente. O entendimento jurisprudencial que vem predominando, inclusive no Pretório Excelso, tem como consumado o roubo tão-só pela subtração dos bens da vítima, mediante violência ou grave ameaça, ainda que, ato contínuo, o próprio ofendido detenha o agente e recupere a *res* (*Tratado de direito penal*. Parte Especial 3. 2. ed. Editora Saraiva, p. 106).

Na mesma esteira é a lição do renomado Júlio Fabbrini Mirabete:

> O crime de roubo somente se consuma, como no furto, com a inversão da posse, ou seja, nos termos da jurisprudência francamente predominante, se o agente tem a posse mais ou menos tranqüila da coisa, ainda que por breve momento, fora da esfera de vigilância da vítima (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 951).

No caso *sub examine*, sustentou o acusado, em juízo e sob o crivo do contraditório:

> (...) que é verdadeira em parte a imputação que lhe é feita; que realmente no dia, hora e local dos fatos descritos na denúncia participou de um assalto a um caminhão baú do 'Ponto Frio'; (...); que do baú foram subtraídos uma TV, uma geladeira e um fogão; que a intenção era vender os objetos e dividir o produto do crime entre todos os autores (f. 76).

De igual modo, perante a douta autoridade policial, afirmou Ely Carlos Rodrigues dos Santos, funcionário da Transportadora Transmarina, empresa que presta serviços para a vítima, Ponto Frio, senão vejamos:

> (...) que, após efetuarem a entrega de refrigerador, na residência número 224 da Rua João Paulo II, no referido aglomerado; que, ao saírem, observaram que tinha um pessoal que estava tentando abrir o baú com o caminhão em movimento; que, na curva, foi preciso fazer uma manobra, sendo que, ao caminhão parar, dois rapazes entraram na cabine do caminhão e outro jogou uma pedra no pára-brisa e pediram para abrirem o baú; que, devido aos autores estarem com a mão sob a blusa fazendo menção de estarem armados e serem mais de dez autores o João Paulo, abriu o baú, de onde foi retirado um televisor 29 polegadas, marca Sanyo Veja; 01 (um) refrigerador Eletrolux e um fogão Brastemp; que os mesmos ordenaram que fechassem o baú e saíram correndo com os objetos (Ely Carlos Rodrigues dos Santos, f. 07).

Corroborando todo o alegado, há as declarações do funcionário João Paulo Silva à f. 08.

Data venia, entendo que teve o acusado a posse mansa e pacífica da *res subtracta*, ainda que por pequeno lapso de tempo, porquanto esteve a mesma fora da esfera de vigilância da vítima, consumando-se, em conseqüência, o crime de roubo.

A propósito:

> Não há falar em desclassificação de roubo consumado para tentado se, após uso de violência, o agente teve breve posse da coisa, até o flagrante. Precedentes do STF (STF, *RT* 674/359).

Amparando a tese, já decidiu esta Corte:

> Roubo. Tentativa. Inocorrência. Hipótese de delito consumado. - Irrelevante o fato de o acusado não ter tido a posse tranqüila da *res furtiva* obtida mediante violência, por ter sido preso pouco tempo depois com a mesma. O delito de roubo se considera consumado quando o agente, embora por pequeno lapso de tempo, tem a posse tranqüila da coisa, sendo irrelevante que tenha sido preso alguns momentos depois do assalto, com a conseqüente devolução ao lesado dos bens subtraídos (Apelação Criminal nº 1.0079.03.113973-0/001, Relator Des. Paulo Cezar Dias, 3ª Câmara Criminal, j. em 29.03.2005).

> Apelação. Roubo. Absolvição. Impossibilidade. Tentativa. Inocorrência. - Não há que se falar em absolvição se o conjunto probatório carreado aos autos enseja a certeza autorizativa para o juízo condenatório, mormente em virtude da confissão dos acusados em ambas as fases e a prisão dos mesmos ainda na posse da *res furtiva*. Tem-se delito de roubo consumado quando os acusados subtraem os bens da vítima mediante violência física, evadindo-se em seguida do local, não se podendo admitir que a eficiência da polícia em rastreá-los e prendê-los na posse da *res*, restituindo-a ao seu proprietário, caracterize a figura da tentativa (Apelação Criminal nº 1.0027.05.058386-6/001, *DJ* de 14.07.2006., Rel. Des. Vieira de Brito).

Atente-se, ainda, para o entendimento firmado pelo eg. Supremo Tribunal Federal, a respeito da *quaestio* em voga:

> Esta Corte já firmou jurisprudência, por ambas as suas turmas, no sentido de que, consumada a subtração da coisa móvel alheia mediante violência ou grave ameaça, a prisão algum tempo após, ainda que breve, não permitindo que o agente se locuplete com o objeto subtraído, não desclassifica o fato de crime consumado para o crime tentado. Nesse sentido, a título de exemplo, os RE 90.426, 93.133 e 95.040 (STF, RE, Min. Moreira Alves, *RT* 599/449).

De mais a mais, percebe-se que o crime de roubo, na verdade, se consumou, porquanto a *res furtiva* não foi restituída em sua integralidade à vítima, uma vez que a televisão de 29 polegadas, marca Sanyo, não foi recuperada, conforme se constata da certidão de f. 31.

Neste sentido, é a jurisprudência:

> Penal. Roubo. Desclassificação para furto. Impossibilidade. Simulação de uso de arma. Intimidação da vítima. Grave ameaça caracterizada. Apossamento da coisa. Ausência de apreensão da totalidade da *res furtiva.* Delito consumado. - Se o agente anuncia o assalto, simulando o emprego de arma de fogo, causando temor, resta inviabilizado o pleito de se desclassificar o delito para furto, uma vez que a ação foi suficiente para produzir a grave ameaça exigida pelo tipo penal do roubo, pois tal conduta foi apta para causar a intimidação da vítima. O delito de roubo exaure-se com o simples apossamento da coisa subtraída, mediante grave ameaça, pouco importando que o agente tenha tido ou não a posse mansa e pacífica da *res*, bastando, apenas, que a vítima tenha sido privada do seu controle e disposição, ainda que por breve lapso temporal. A não-apreensão da *res furtiva* mostra-se irrelevante para a configuração da materialidade delitiva, quando esta resultar comprovada por outros elementos do acervo probatório. Recurso parcialmente provido (Apelação Criminal nº 448.088-6, Segunda Câmara Mista do TJMG, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, unanimidade, j. em 19.10.2004).

Por outro lado, no tocante à aplicação da pena privativa de liberdade em seu grau mínimo, assiste razão ao apelante, uma vez que não vislumbro razões que justifiquem a fixação da pena-base em proporções distantes do mínimo legal.

Nesse sentido, importa esclarecer que considerou o douto Juízo *a quo*, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, que a conduta social do apelante é reprovável, “uma vez que possui condenação, em definitivo, por fato posterior a este” (f. 273).

Todavia, ressalte-se que, de acordo com as informações dos autos, não constam registros afeitos à conduta social do apelante.

Nesse sentido, registre-se que configuraria maus antecedentes a existência de condenação definitiva por crime anterior ao ora em

análise, com trânsito em julgado anteriormente à sentença prolatada nos presentes autos.

Dessa forma, as condenações (02402740924-2 e 02404278432-2) constantes da certidão de f. 265-266 não são suficientes para a configuração de maus antecedentes ou reincidência.

Ressaltem-se, sobre o tema, os ensinamentos de Túlio Lima Vianna:

> Os maus antecedentes, por outro lado, não podem ser meras acusações contra o réu (como inquéritos ou processos em andamento), pois o art. 5º, LVII, da CF consagrou o princípio da presunção de não-culpabilidade ao afirmar que: 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'.
> Ora, se meras acusações não podem ser considerados maus antecedentes e a sentença transitada em julgado gera a reincidência, então o que seriam os maus antecedentes?
> Ocorre que, muitas vezes, a sentença condenatória transitada em julgado é posterior ao segundo crime, ainda que anterior a seu julgamento. Assim, na data de julgamento do segundo crime, já há uma sentença penal condenatória transitada em julgado contra o réu, porém não se trata de reincidência, pois o segundo crime foi praticado antes do trânsito em julgado. Neste caso - e somente neste - poder-se-á falar em maus antecedentes.
> De uma forma esquemática poderíamos dizer que, sendo C1 o primeiro crime, C2 o segundo, J1 o primeiro julgamento com trânsito em julgado e J21 o segundo:
> C1 —— J1 —— C2 —— J2 - REINCIDÊNCIA
> C1 —— C2 —— J1 —— J2 - MAUS ANTECEDENTES
> Em J2, o agente será considerado reincidente no primeiro caso, porém tecnicamente primário e de bons antecedentes no segundo (Júlio Lima Vianna, artigo publicado na *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, nº 19, p. 54, abr./mai 2003).

Assim, mister se faz a redução da pena-base.

Diante dessas considerações, absolvo o apelante, Jefferson Martins de Souza, do delito previsto no art. 307 do Código Penal e, comprovado à saciedade que agiu em concurso com Albert Paulo da Silva, condeno-o nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Passo, portanto, à fixação da pena:

Na primeira fase, atendendo à culpabilidade normal do apelante, aos seus antecedentes, que não podem ser tidos como desfavoráveis, como se constata da certidão de f. 265/266, à sua conduta social, que, ao contrário do que consignou o Juiz *a quo*, não foi apurada nos autos, à sua personalidade, bem como aos motivos e às circunstâncias inerentes ao tipo penal e às conseqüências que, por sua vez, devem ser consideradas desfavoráveis, uma vez que a vítima não recuperou a televisão de 29 polegadas e, finalmente, ao comportamento da vítima, que não concorreu para o delito, fixo a pena-base em quatro anos de reclusão e no pagamento de 10 dias-multa.

Na segunda fase, observo a presença de duas atenuantes, menoridade e confissão espontânea, todavia, não obstante o fato de se tratarem de atenuantes de primeira grandeza, tal reconhecimento não poderá permitir a redução da pena aquém do mínimo legal, porquanto, segundo o enunciado da Súmula nº 42 deste eg. TJMG, "nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado". Inexistindo, por conseguinte, agravantes, torno-a provisória no patamar acima indicado.

Na terceira fase, verifico a presença da causa de aumento relativa ao concurso de agente e, nesse particular, mantenho o aumento procedido de 1/3 (um terço), porquanto se trata de fração mínima prevista, convolando-a definitiva em cinco anos e quatro meses de reclusão e no pagamento de 13 dias-multa, sobre 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, atualizando-se, na forma da lei.

Fixo, outrossim, o regime semi-aberto para o cumprimento da pena, conforme dis-

posição do artigo 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

Nego ao apelante a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que praticado o delito mediante grave ameaça.

De igual modo, nego ao recorrente o benefício previsto no art. 77 do Código Penal (*sursis*), uma vez que a sua pena restou concretizada em cinco anos e quatro meses de reclusão, portanto não preencheu o apelante o requisito objetivo elencado no citado artigo.

Todavia, diante do princípio *tantum devolutum, quantum apellatum,* de ofício, reconheço em favor do co-réu Albert Paulo da Silva, não-apelante.

Como se depreende dos autos, o co-réu Albert Paulo da Silva, nascido aos 06.02.1982, contava com 20 anos à época dos fatos (04.02.2002).

Importa esclarecer que considerou o douto Juízo *a quo*, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, que a conduta social do não-apelante é reprovável, "uma vez que possui condenação, em definitivo, por fato posterior a este" (f. 273).

De igual modo, verifico que não constam registros afeitos à conduta social do co-réu e, portanto, reporto-me às razões supra por questão de economia processual.

Passo, por conseguinte, a reestruturar-lhe a pena:

Na primeira fase, atendendo à culpabilidade normal do não-apelante, aos seus antecedentes, que não podem ser tidos como desfavoráveis como se constata da certidão de f. 232/233, à sua conduta social, que, ao contrário do que consignou o Juiz *a quo*, não foi apurada nos autos, à sua personalidade, bem como aos motivos e às circunstâncias, inerentes ao tipo penal e às conseqüências, que, por sua vez, devem ser consideradas desfavoráveis, uma vez que a vítima não recuperou a televisão de 29 polegadas, e, finalmente, ao comportamento da vítima, que não concorreu para o delito, fixo a pena-base em quatro anos de reclusão e no pagamento de 10 dias-multa.

Na segunda fase, observo a presença da atenuante da menoridade; todavia, não obstante o fato de se tratar de atenuante de primeira grandeza, tal reconhecimento não poderá permitir a redução da pena aquém do mínimo legal, porquanto, segundo o enunciado da Súmula nº 42 deste eg. TJMG, "nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado". Inexistindo, por conseguinte, agravantes, torno-a provisória no patamar acima indicado.

Na terceira fase, verifico a presença da causa de aumento relativa ao concurso de agente e, nesse particular, mantenho o aumento procedido de 1/3 (um terço), porquanto se trata de fração mínima prevista, convolando-a definitiva em cinco anos e quatro meses de reclusão e no pagamento de 13 dias-multa, sobre 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, atualizando-se, na forma da lei.

Fixo, outrossim, o regime semi-aberto para o cumprimento da pena, conforme disposição do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

Nego ao co-réu a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que praticado o delito mediante grave ameaça.

De igual modo, nego ao não-apelante o benefício previsto no art. 77 do Código Penal (*sursis*), uma vez que a sua pena restou concretizada em cinco anos e quatro meses de reclusão, portanto não preencheu o requisito objetivo elencado no citado artigo.

Nesses termos, dou parcial provimento ao recurso, para rejeitar a preliminar de inépcia da denúncia e, no mérito, absolver o apelante, Jefferson Martins de Souza, do delito de falsa

identidade (art. 307 do Código Penal) e condená-lo nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, no regime semi-aberto, e ao pagamento de 13 dias-multa, sendo o valor de cada dia-multa equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. De ofício, reconheço em favor do co-réu não apelante, Albert Paulo da Silva, a atenuante da menoridade, fixando-lhe, por conseguinte, a pena corporal em cinco anos e quatro meses de reclusão, no regime semi-aberto, e no pagamento de 13 dias-multa, sendo o valor de cada dia- multa equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Maria Celeste Porto* e *Vieira de Brito*.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO PARCIAL E, DE OFÍCIO, RECONHECERAM AO CO-RÉU ALBERT PAULO DA SILVA A ATENUANTE DA MENORIDADE.

-:::-

FURTO QUALIFICADO - CHAVE FALSA - CONCURSO DE PESSOAS - DELAÇÃO - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - ISENÇÃO DE CUSTAS - REQUISITOS - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - INADMISSIBILIDADE

Ementa: Penal. Crime contra o patrimônio. Furto qualificado pelo emprego de chave falsa e concurso de pessoas. Absolvição. Impossibilidade. Amplo conjunto probatório. Inequívoca participação dos apelantes. Delação de co-réus. Reconhecimento efetuado por testemunha ocular. Condenação mantida. Nova dosimetria das reprimendas. Redução da pena-base ao mínimo legal. Justiça gratuita. Réu assistido por defensor constituído. Ausência de atestado de pobreza.

- A delação de co-réu que, sem negar sua responsabilidade, incrimina também o outro acusado no delito merece credibilidade.

- O princípio da isonomia (igualdade) é o princípio constitucional informador da concessão pelo Estado do benefício da justiça gratuita, permitindo a todos, pobres ou ricos, o acesso ao Poder Judiciário. O Estado de Minas Gerais, nesse tocante, editou a Lei 14.939/03, que em seu art. 10 isenta do pagamento de custa somente os que provarem insuficiência de recursos e os que forem beneficiários da assistência judiciária.

APELAÇÃO CRIMINAL n° 1.0248.05.001153-0/001 - Comarca de Estrela do Sul - Apelante: 1º) Eduardo José Fonseca, 2º) David Eduardo Honório Filho, 3º) Alã Cleuton da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.ª MARIA CELESTE PORTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 23 de janeiro de 2007. - *Maria Celeste Porto* - Relatora.

Notas taquigráficas

A Sr.ª Des.ª Maria Celeste Porto - Trata-se de apelações interpostas por Eduardo José Fonseca (f. 217), David Eduardo Honório Filho (f. 236) e Alã Cleuton da Silva (f. 241) contra sentença oriunda da Secretaria do Juízo da Comarca de Estrela do Sul, f. 203/211, que os condenou nas sanções do art. 155, §§ 2º e 4º, incisos III e IV, do Código Penal brasileiro,

porque, no dia 2 de março de 2003, por volta das 2h40, em concurso de vontades e utilizando-se de uma chave "mixa" e de um pedaço de arame, destravaram a porta do veículo de José Elízio Alves e subtraíram para si a frente do aparelho de som automotivo e 29 CDs.

Em razão disso, Alã e David foram condenados às penas privativas de liberdade de um ano e quatro meses de reclusão, regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, no mínimo legal, cada um, e Eduardo condenado à pena privativa de liberdade de um ano e oito meses de reclusão, regime inicial aberto, e ao pagamento de 40 dias-multa, no mínimo legal, sendo suas penas corporais substituídas por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pagamento de R$520,00 a entidade carente.

Inconformadas, suas defesas apresentaram, respectivamente, as razões de f. 218/233, 237/240 e 255/259, nas quais pugnam por suas absolvições, alegando insuficiência de provas.

Contra-arrazoando os recursos, f. 261/264, sustenta o ilustre representante do Ministério Público o improvimento dos apelos e manutenção do *decisum*.

Instada a manifestar-se, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da zelosa Procuradora Erli Alves de Oliveira, opinou pelo provimento parcial do apelo de Eduardo e improvimento dos demais (f. 269/272-TJ).

É o sucinto relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço dos recursos.

Não foram argüidas preliminares e tampouco vislumbro qualquer nulidade a ser declarada de ofício, motivo pelo qual passo ao imediato exame dos méritos recursais, para refutar os pleitos absolutórios de Eduardo José Fonseca, David Eduardo Honório Filho e Alã Cleuton da Silva, ora apelantes, que negam a autoria do delito que lhes foi irrogado.

Contudo, ao contrário do alegado, vejo que as provas colhidas são uníssonas em apontá-los como co-autores, afastando a possibilidade de absolvição.

Ora, tanto o acusado Alã (f. 08/09 e 81/82) quanto o acusado David (f. 09/10 e 83/84), tanto na fase extrajudicial quanto em juízo, confessaram suas participações, delatando, inclusive, o co-réu Eduardo, deixando bem claro o planejamento prévio do crime, em conjunto, a comunhão de vontades entre eles, bem como a divisão de tarefas, esmiuçando o papel de cada um.

E referidas provas, a meu ver já suficientes, ainda foram corroboradas pelo depoimento da testemunha ocular Amauri Mendes Vieira (f. 122), que, embora não tenha sido ouvida na Delegacia, o foi em Juízo, em observância ao contraditório, sendo dada ampla oportunidade aos defensores do réu durante seu depoimento. Na ocasião, confirmou ter visto Alã e David abrirem o veículo de propriedade do seu conhecido José Elízio Alves, ora vítima, que, inclusive, somente ficou sabendo do ocorrido após ser acionado pelo filho da mencionada testemunha (f. 06/07 e 123).

Fato é que diante do quadro probatório, dúvida não há de que as confissões e delações dos co-réus se revestem de especial importância para a manutenção do decreto condenatório, já que estão em harmonia com os demais elementos do processo, restando a versão absolutória de Eduardo completamente isolada nos autos, sem qualquer base probatória.

Inclusive, o depoimento da namorada de Alã (f. 163-164), exaltado pela defesa como comprovador de sua inocência, não traz qualquer prova real e concreta de que não fora ele um dos autores do crime, mas tão-somente confirma sua presença no dia e local dos fatos.

Certamente a lição de Júlio Fabbrini Mirabete, ob. cit., p. 277, se mostra muito pertinente:

> Na confissão pode ocorrer também a delação, ou seja, na afirmativa feita pelo acusado, ao ser interrogado em juízo ou na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato

> criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa. Trata-se de prova anômala, admissível, sem qualquer previsão ou regulamentação legal. Segundo se entendeu nas 'Mesas de Processo Penal' da Faculdade de Direito da USP, coordenadas pela profª. Ada Pellegrini Grinover, 'o interrogatório de co-réu, incriminando outro, tem, com relação a este, natureza de depoimento testemunhal, devendo, por isso, se admitirem reperguntas' (Súmula 65). Não há dúvida, porém, que a delação é de grande valor probatório, podendo servir de suporte para a condenação, principalmente quando harmoniosa e coerente, encontrando apoio na prova circunstancial.

E a jurisprudência de nossos Tribunais não discrepa:

> As declarações de co-réus têm valia probatória, máxime se eles também confessaram estar envolvidos no crime, não procurando eximir-se das suas responsabilidades (*RT* 681/376).

Confira:

> A chamada do co-réu, isto é, a confissão do acusado envolvendo também outro personagem do crime constitui valioso elemento probatório, ensejando a condenação da pessoa referida se com apoio em outros elementos do processo (*RT* 479/381).

Portanto é farto o conjunto probatório, descabendo as absolvições almejadas, restando inconteste o acerto da decisão objurgada, que corretamente analisou as provas e concluiu pela condenação dos recorrentes no delito de furto qualificado pelo uso de chave falsa e concurso de pessoas.

Para elidir qualquer dúvida, vale aqui destacar que, revelada suficientemente a abertura do veículo com o emprego de chave falsa e um arame, configuradora da chave falsa, é de se reconhecer aquela qualificadora.

Veja:

> Considera-se chave falsa todo e qualquer instrumento, com ou sem forma de chave, capaz de abrir fechadura ou dispositivo análogo, cujo reconhecimento prescinde de prova técnica, por tratar-se de conduta que não deixa vestígios (TAMG, 2ª Câmara, Ap. Crim. nº 371.881-6, Rel. Juiz Antônio Armando dos Anjos, v.u., j. em 24.09.2002).

> Emprego de chave falsa. Utilização de clipes para abrir cadeado de corrente a fim de subtrair bicicleta. - "Chave falsa é todo o instrumento, com ou sem forma de chave, de que se utiliza o ladrão para fazer funcionar, em lugar da chave verdadeira, o mecanismo de uma fechadura ou dispositivo análogo, possibilitando ou facilitando, assim, a execução do furto (TACrimSP, AC, Rel. Juiz Rubens Gonçalves, *RJD* 6/95).

> No crime de furto cometido com o uso de chave falsa, não é necessário o laudo técnico, pois o seu uso pode ser demonstrado por demais provas dos autos, mormente quando em poder do acusado foram encontradas as chaves falsas (TAMG, 2ª Câmara, Ap. Crim. nº 387.254-6, Rel. Juiz Sidney Alves Affonso, v.u., j. em 18.02.2003).

Ora, majoritariamente, doutrina e jurisprudência posicionam-se no sentido da prescindibilidade de laudo pericial direto, para a comprovação do emprego de chave falsa, bastando que a prova oral, corroborada pela confissão do acusado, não deixe dúvidas acerca do seu emprego.

Tal circunstância, como é cediço, não deixa vestígio, razão pela qual sua demonstração pode ocorrer por qualquer meio, prescindível a realização de perícia.

No mais, vejo a necessidade de reduzir a reprimenda aplicada não só ao apenado Eduardo José Fonseca, como também as reprimendas de David Eduardo Honório Filho e Alã Cleuton da Silva, pois mostram-se desproporcionais à análise favorável das balizas judiciais procedida na instância *a quo*.

Sabe-se que o Direito Penal moderno tem por princípio fundamental a individualização da pena, com a motivação pormenorizada na sentença dos critérios insertos nos arts. 59 e 68 do Código Penal, assegurando ao sentenciado uma pena justa, na medida de sua culpabilidade.

Materialmente, significa que a sanção imposta deve corresponder a todas as circunstâncias do delito, mormente quanto às características do fato, do agente e da vítima, para que seja realizado um direito justo na aplicação da pena *in abstrato* ao caso concreto.

Diante disso, a meu sentir, as penas-base fixadas na r. sentença hostilizada não se encontram em consonância com a técnica acima descrita, pois ali fora reconhecido explicitamente que as circunstâncias do art. 59 do CP são, quase que na sua totalidade, favoráveis aos agentes, sendo incoerente suas fixações acima do mínimo legal.

Diante disso, passo a reestruturar as reprimendas:

Para o acusado Alã Cleuton da Silva reduzo a pena-base para dois anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, unitariamente no mínimo legal.

Presente a atenuante da confissão espontânea, porém, deixo de aplicá-la por não se admitir a redução da pena aquém daquele patamar.

Inexistem agravantes.

Pela causa especial de diminuição, consubstanciada no privilégio do § 2º do art. 155 do Código Penal, reduzo-a em um terço, para torná-la concreta e definitiva em um ano e quatro meses de reclusão e pagamento de sete dias-multa.

Mantenho o seu regime carcerário aberto, bem como as penas alternativas impostas.

Para o acusado David Eduardo Honório Filho também reduzo a pena-base para dois anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, unitariamente no mínimo legal.

Presente a atenuante da confissão espontânea, porém, deixo de aplicá-la por não admitir a redução da pena aquém daquele patamar.

Inexistem agravantes.

Pela causa especial de diminuição, consubstanciada no privilégio do § 2º do art. 155 do Código Penal, reduzo-a em um terço, para torná-la concreta e definitiva em um ano e quatro meses de reclusão e pagamento de sete dias-multa.

Mantenho o seu regime carcerário aberto, bem como as penas alternativas impostas.

Para o acusado Eduardo José Fonseca, igualmente reduzo a pena-base para dois anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, unitariamente no mínimo legal.

Inexistem atenuantes e agravantes.

Pela causa especial de diminuição, consubstanciada no privilégio do § 2º do art. 155 do Código Penal, reduzo-a em um terço, para torná-la concreta e definitiva em um ano e quatro meses de reclusão e pagamento de sete dias-multa.

Mantenho o seu regime carcerário aberto, bem como as penas alternativas impostas.

Finalizando com o pedido de concessão da justiça gratuita, vejo que o art. 805 do Código de Processo Penal dispõe que as custas serão cobradas de acordo com os regulamentos expedidos pela União e pelos Estados.

O Estado de Minas Gerais, nesse tocante, já editou a Lei 14.939/03, que em seu art. 10 dispõe:

> São isentos do pagamento de custas:
> I - (...)
> II - os que provarem insuficiência de recursos e os que forem beneficiários da assistência judiciária.

O apelante, visto que não está sendo assistido por Defensor Público nem tendo tampouco firmado atestado de pobreza, não faz jus aos benefícios da citada lei.

Ante tais fundamentos, dou provimento parcial aos apelos, tão-somente para reduzir a pena-base dos apelantes, perfazendo, por con-

seguinte, uma nova dosimetria de suas reprimendas.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores *Vieira de Brito* e *Pedro Vergara*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS.

-:::-

APROPRIAÇÃO INDÉBITA - DOLO - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - INDEFERIMENTO - FUNDAMENTAÇÃO - AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - *SURSIS* - INAPLICABILIDADE - ART. 77, III, DO CÓDIGO PENAL

Ementa: Penal. Apelação criminal. Apropriação indébita. Cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada. Palavra da vítima. Dolo configurado. Condenação mantida. Substituição das penas. Requisitos preenchidos. Necessidade.

- O indeferimento liminar da exceção de suspeição, quando devidamente fundamentado, não constitui cerceamento de defesa.

- Configura-se o dolo de apropriar-se, quando o agente recebe o numerário e dele dispõe como se lhe pertencesse.

- O art. 77, III, do CP determina ser inaplicável o *sursis,* quando indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0447.06.500021-1/001 - Comarca de Nova Era - Apelante: Amália Nasser Lopes Pais - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, assistente do Ministério Público - Relator: Des. ELI LUCAS DE MENDONÇA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 21 de março de 2007. - *Eli Lucas de Mendonça* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Eli Lucas de Mendonça - Apelação interposta por Amália Nasser Lopes Pais, inconformada com r. sentença de f. 144/150 que a condenou como incursa no art. 168, § 1º, III, do CP, às penas de 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e 13 dias-multa, no valor unitário mínimo, concedido o *sursis*.

Narra a denúncia que, no dia 5 de abril de 2005, no horário comercial, na Rua Governador Valadares, Bairro Centro, em Nova Era-MG, a apelante apropriou-se indevidamente de valores recebidos pela Apene, destinados a serem repassados à Unimed, revertendo a posse com utilização de meio fraudulento.

Consta ainda que a apelante trabalhava na Apene e exercia a função de secretária, sendo certo que lhe era atribuída a mais alta confiança.

Intimações regulares, f. 153-v.

Pleiteia a apelante, f. 157/159, preliminarmente, a nulidade do processo por cerceamento de defesa, já que foi indeferida liminarmente a

exceção de suspeição. No mérito, pugna pela absolvição, por ausência de dolo, ou pela aplicação do princípio da insignificância. Alternativamente, pede o reconhecimento da atenuante prevista no art. 16 ou do privilégio previsto no art. 155, § 2º, ambos do CP, bem como a substituição das penas impostas por restritivas de direitos.

Apelo contra-arrazoado, f. 160/170, pelo seu parcial provimento, para conceder à apelante os benefícios do art. 44 do CP.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 175/176, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ab initio, analiso a preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa em face do indeferimento liminar do processamento da exceção de suspeição, para rejeitá-la, *data venia*.

É que restou infundada a alegação feita pela apelante, apenas em sede de alegações finais. Grave a referência, haveria que se lastrear num mínimo de prova, o que não ocorreu, tendo o infeliz argumento ficado no vazio.

Ademais, a decisão que julgou improcedente a exceção se encontra devidamente fundamentada, f. 141/143.

Lado outro, o que se percebe é a imparcialidade do operoso e honrado Magistrado ao analisar o universo da prova, que se submeteu ao crivo do contraditório. A conclusão, conquanto contrária aos interesses da apelante, está plenamente justificada por suas razões e fundamentos, como é corolário do livre convencimento motivado.

Assim, repilo a prefacial suscitada.

No mérito, falar em insuficiência de provas é inconcebível.

Materialidade positivada pelo documento de f. 08, bem como pela prova oral colhida.

A autoria também é certa e induvidosa, não obstante as evasivas da apelante (f. 10 e 67/69), imputando o crime à Juliane Rodrigues Sette.

Ora, a própria apelante confessou que depositou a importância de R$11.140,00 na conta da Apene para pagamento da Unimed. Se não se tivesse apropriado de qualquer valor, por que efetuaria o pagamento da quantia desviada?

Ademais, o representante legal da empresa-vítima relatou o proceder criminoso, com riqueza de detalhes, constituindo prova hábil a autorizar o decreto condenatório, uma vez que amparada pelo acervo probatório produzido.

Com efeito, asseverou o ofendido:

> ... que, no mês de março do corrente ano, a Unimed chamou o declarante para comparecer ao escritório dela em João Monlevade, onde o declarante foi comunicado que a Apene estava com um débito de R$23.140,00 (vinte e três mil, cento e quarenta reais) em relação à Unimed, que o declarante alegou que todos os meses a Amália fazia reuniões com a Unimed, a Edvirdes e com a Ana, porque somente naquele momento é que o declarante estava sendo comunicado de tal dívida; que o representante da Unimed respondeu que já haviam encaminhado quatro correspondências em nome da Apene para o declarante comunicando tal dívida; que o declarante nunca havia recebido tais correspondências; que, diante de tais fatos, o declarante fez uma reunião com a Amália e comunicou a ela o que lhe foi passado pela Unimed; que a Amália disse que a Apene não devia tanto à Unimed (...) que decidiu o mesmo fazer o depósito de valores em dinheiro da Apene e da Unimed na Caixa Econômica Federal; que, chegando à Agência da Caixa, o declarante foi informado pelo funcionário Ângelo que, naquela mesma data, constatava uma transferência para a conta da Apene no valor de 11.140 (onze mil, cento e quarenta reais) que foi feita às 11h47. (...) segundo Ângelo, funcionário da Caixa, foram a Amália e a Antônia que fizeram a transferência dos onze mil, cento e quarenta reais para a conta da Apene naquela data, fato este registrado na filmagem da Caixa; que, diante

> de tal situação, o declarante juntamente com a Ana Augusta conversaram com a Amália e ela confessou que tinha feito o citado depósito de onze mil cento e quarenta reais na conta da Apene, porque ela tinha usado indevidamente tal valor em dinheiro que era da Unimed... (f. 32/33).

No mesmo sentido, o depoimento da testemunha Astolpho de Araújo Santiago:

> ... que a denunciada confessou para o depoente que havia apanhado o dinheiro da Apene (...) que o depoente percebeu que não se tratava apenas de R$11.140,00, mas de quantia maior (...) que o total apropriado foi de R$22.000,00, mas a denunciada devolveu R$11.140,00 (...) que a apropriação consistia em receber o dinheiro dos associados e não repassar à Unimed... (f. 92/93).

Não vejo como não emprestar credibilidade a essa versão, já que foi corroborada pelos depoimentos das testemunhas Edewirges Feliciana de Sá (f. 34/35 e 89), Juliane Rodrigues Sette (f. 37/38 e 90) e Ana Augusta Martins Quintão (f. 39/40 e 95).

Ora, de tais declarações - coadjuvadas pelo restante do caderno probatório -, percebe-se, com clareza, que a apelante, não obstante estar autorizada a receber tais valores na condição de funcionária da empresa, apropriou-se da quantia que recebia a título de mensalidade para ser repassada à Unimed e dispôs do numerário dela originado, embora a isso não autorizada.

Não é só. Nada produziu a d. defesa da apelante em demérito à credibilidade da palavra das testemunhas ouvidas. Ao contrário, as versões destas encontram seguro agasalho na prova colhida.

O dolo é evidente, *data venia*, pois configurado perfeitamente na conduta da apelante, já que recebeu o numerário e dele dispôs, como se lhe pertencesse.

> A figura de apropriação indébita pressupõe o dolo específico, ou seja, tomar para si a coisa de que tem posse, com a vontade de não restituí-la, ou desviá-la da finalidade para a qual a recebeu (STJ - R*HC* - Cid Fláquer Scartezzini - *RT* 737/563).

A acusada reteve para si o numerário recebido dos associados da Apene, não repassando à Unimed a parte devida, abusando da confiança nela depositada, comportando-se como se fosse sua proprietária. Portanto, demonstrado que fez própria a coisa alheia, resta configurado o delito previsto no art. 168 do CP: “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção”.

Efetivamente:

> Na apropriação indébita, o agente recebe a coisa de modo lícito (justa posse), sem clandestinidade, violência ou fraude e, ao depois, *motu proprio* se intitula dono, em seu benefício ou de outrem. Na verdade, o que a lei pune é a desautorizada inversão da posse: o agente cessa de possuir *alieno domine* e passa a se comportar com relação à coisa como se fora o proprietário (TACrimSP - AC - Rel. Silva Pinto - *JUTACrim* 91/247).

Logo, resta evidente o dolo ao receber o numerário da vítima e dar-lhe a destinação indevida, dele apropriando-se como se seu fosse.

Quanto à majorante prevista no § 1º, III, do art. 168 do CP, tenho que foi comprovada, pois a apelante era profissional de confiança da vítima (confiança esta existente em razão de seu cargo).

Logo, a apelante abusou da confiança depositada em razão de seu ofício, o que é suficiente para a caracterização da majorante.

Portanto, a prova é mais que suficiente a garantir a certeza da autoria do fato criminoso atribuído à apelante, não podendo prosperar a pretendida absolvição, seja por negativa de autoria ou inexistência de dolo.

A aplicação do princípio da insignificância, com a conseqüente absolvição da apelante, também não me convence, visto que me filio ao entendimento doutrinário que não admite sua

utilização pelo Judiciário, pois este é um critério que deve ser adotado pelo Poder Legislativo ao tipificar as condutas como de maior ou menor potencial ofensivo, sob pena de violação dos princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes.

Nesse norte:

> A seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem função do Poder Legislativo, sendo vedada aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder Institucional. Agir diferentemente constituirá violação dos sagrados princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes. O fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de menor potencial ofensivo não quer dizer que tal conduta configure, por si só, o princípio da insignificância. (...) Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valoradas pelo legislador. As ações que lesarem tais bens, embora menos importantes se comparados a outros bens como a vida e a liberdade sexual, são social e penalmente relevantes (BITENCOURT, César Roberto. *Manual de direito penal,* Editora Saraiva, Parte Geral, v. 1, p. 19).

A jurisprudência, no mesmo diapasão, orienta:

> Furto - Conjunto probatório suficiente à condenação - Insignificância - Impossibilidade. - Induvidosas materialidade e autoria, entende-se haver suficientes razões para que o decreto condenatório seja mantido. O princípio da insignificância não possui previsão no nosso ordenamento jurídico penal. Apelação desprovida (TJMG, 4ª Câmara Criminal, Ap. 1.0223.04.141038-0/001, Rel. Des. Ediwal José de Morais, j. em 21.06.2006, p. 19.07.2006).

No mesmo norte, incabível o privilégio (art. 170 c/c o art. 155, § 2º, ambos do CP), uma vez que o valor apropriado - aproximadamente R$22.000,00 - não é irrisório, superando em muito o salário mínimo, confirmando a impossibilidade de concessão do benefício.

Também não merece acolhida a pretensão da defesa, de reconhecimento da atenuante prevista no art. 16 do CP, pois, para sua caracterização, é necessário o ressarcimento integral antes do recebimento da denúncia.

In casu, a apelante apropriou-se de mais de R$22.000,00, tendo ressarcido a empresa vítima em apenas R$11.140,00, razão pela qual não há como conceder a benesse pretendida.

Noutro giro, o ressarcimento de parte do valor apropriado não tem o condão de, por si só, elidir o decreto condenatório.

Nesse diapasão: “STF: O pagamento da quantia indebitamente apropriada não extingue a ação penal” (*RT* 475/369).

De resto, as penas aplicadas apresentam-se condizentes com a conduta incriminada, assim como o regime de seu cumprimento - aberto.

Todavia, no tocante à pretendida concessão da substituição das penas por restritivas de direitos, com razão a d. defesa.

É que o art. 77, III, do CP determina ser inaplicável o *sursis* quando indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

A apelante preenche os requisitos objetivos e subjetivos necessários à substituição da pena, motivo pelo qual o d. Magistrado não poderia optar pela fixação do *sursis* por expressa vedação legal.

Nesse sentido, já se decidiu:

> Só se admite a concessão do *sursis* quando incabível a substituição da pena privativa de liberdade por uma das penas restritivas de direito, conforme preceitua o art. 77, inciso III, do CP (STJ - *RSTJ* 92/388).

> Apelação criminal - Furto qualificado tentado - Suspensão condicional da pena - Requisitos da substituição atendidos - Questão que precede ao *sursis.* - Atendidos os requisitos

legais para a substituição da pena privativa de liberdade, tem o instituto preferência sobre o *sursis*, por expressa disposição legal (art. 77, III, CP) (TAMG - AP 470.896-5, Comarca de Uberlândia, Rel. Ediwal José de Morais, j. em 09.03.2005).

Ademais, a meu ver, as penas restritivas de direitos são mais benéficas que o *sursis*, porque não exigem período de prova, não ficando o condenado vinculado à sentença por longo período, podendo, em algumas espécies de penas restritivas, como a de multa e a de prestação pecuniária, imediatamente cumprir a restrição imposta.

Logo, a apelante preenche os requisitos subjetivos e objetivos previstos no art. 44 do CP, razão pela qual substituo as suas reprimendas por duas restritivas de direitos, consistente, a primeira, em prestação pecuniária, no valor de 3 salários mínimos, a serem destinados à entidade designada pelo Juízo da Execução; e a segunda, em prestação de serviços à comunidade, à razão de 1 hora por dia de condenação, em instituição definida pelo Juízo da Execução.

Ante o exposto, rejeito a preliminar eriçada e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso, para substituir a pena privativa de liberdade imposta por duas restritivas de direitos, mantendo, no mais, íntegra a r. sentença prolatada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *William Silvestrini* e *Ediwal José de Morais*.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

LICITAÇÃO - INEXIGIBILIDADE - DISPENSA FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI - CAPACITAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL - NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO - CONTRATO ADMINISTRATIVO - AUSÊNCIA DE DOLO - ATIPICIDADE - ABSOLVIÇÃO - ARTS. 13, 25 E 89 DA LEI 8.666/93 - ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Ementa: Penal. Crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93. Inexigibilidade de procedimento licitatório. Empresa que presta serviço singular e ostenta notória especialização. Tipo criminoso não configurado. Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0071.02.009491-9/001 - Comarca de Boa Esperança - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Ludwig Von Klaus Dovik Gischewski - Relator: Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 22 de março de 2007. - *Reynaldo Ximenes Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Doutor José Carlos de Araújo Cunha.

O Sr. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro - Sr. Presidente. Ouvi, atentamente, as palavras do ilustre orador, tenho voto escrito, a matéria é recorrente, e a sentença, da lavra do Juiz Carlos Eduardo Vieira Gonçalves, foi muito bem posta, aliás, como de hábito, em se tratando do ilustre, jovem e culto Magistrado.

Da sentença de f. 233//28 que absolveu Ludwig Von Klaus Dovik Gischewski da imputação que lhe fez o Ministério Público de prática do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, que teria sido praticado na sua gestão de prefeito no período de 1997 a 2000, de contratação da empresa ATA - Assessoria Técnico-Administrativo Ltda., para prestar serviços especializados de consultoria jurídica à Municipalidade, apela o Ministério Público, sustentando que exige procedimento licitatório a contratação de profissionais para prestar serviços jurídicos; que não basta o serviço técnico enumerado no art. 13 da Lei; é indispensável que seja de natureza singular ou que o profissional seja de notória especialização; que nem todo serviço jurídico se inclui entre aqueles que dispensam a licitação; que não existe a notória especialização, como consta das próprias razões finais que o Órgão Ministerial apresentou, pelo que pediu que fosse provido o recurso e condenado o réu - f. 240/243.

Em resposta, o denunciado pede que seja desprovido o recurso - f. 244/254-TJ.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso - f. 257/259-TJ.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A matéria relacionada com o recurso não é nova e, a respeito, tenho ponto de vista coincidente com o da r. sentença da lavra do culto e operoso Juiz Carlos Eduardo Vieira Gonçalves.

Com efeito, os serviços jurídicos são de natureza singular, e a notória especialização da empresa está demonstrada por sua presença no contexto do serviço público de todos os níveis, prestando assessoramento sobretudo às prefeituras municipais, intuindo a existência da notória especialização.

Em caso análogo, precisamente no Processo-Crime de Competência Originária nº 1.0000.04.408229-5/000, Comarca de Campestre, de que fui Relator, no acórdão unânime, tive ensejo de salientar:

> Antes, hei de concluir que o feito, que por ora aporta na fase do art. 6º da Lei 8.038/90 c/c o art. 366 do RITJMG, não carece de elementos outros para que se dê por improcedente a acusação.
> O Ministério Público arregimentou papéis suficientes para a elucidação do feito; requereu oitiva de testemunhas; e mais algumas certidões de cunho criminal. Estas últimas já advieram aos autos, e a prova testemunhal nada acrescerá ao deslinde, pois a prova eminentemente documental vem firmar pá de cal na questão, que assim prescinde de dilação probatória.
> Donde perde o relevo a discussão primeira suscitada na Defesa Preliminar sobre a correta capitulação a ser atribuída aos pretensos delitos - art. 89 da Lei 8.666/93 ou art. 1º, inciso XI, do Dec.-lei 201/67 - especialmente quando se recorda que o agente se defende não da tipificação - que é provisória, a rigor do art. 383 c/c o art. 617 do CPP -, mas da ação supostamente criminosa registrada na inicial acusatória.

Dissertando sobre o tema, esclarece o preclaro Professor Marcelo Leonardo:

> A Lei das Licitações (Lei 8.666/93), ao dispor por inteiro, sobre os crimes nas licitações e nos contratos da Administração Pública, inclusive na municipal, revogou o inciso XI do art. 1º do Decreto-lei nº 201, de 27.02.67, que previa ser crime de responsabilidade do Prefeito Municipal 'adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei'.
> Como a pena prevista no Decreto-lei nº 201 para aquele inciso XI (três meses a três anos de detenção) é menor que a prevista no art. 89 (três a cinco anos), ele continuará a ser aplicado, como lei anterior mais benigna, para os fatos praticados antes da vigência da nova Lei de Licitações.
> Porém, para os fatos verificados após a vigência da nova Lei de Licitações, caso haja participação do Prefeito Municipal na ação incriminadora, o tipo penal aplicável será o do art. 89 (*Crimes de responsabilidade fiscal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001).

Nessa vertente, a conduta típica imputada à requerida, na qualidade de Prefeita Municipal de Bandeira do Sul, fora "inexigir licitação fora das hipóteses previstas na Lei

8.666/93, por oito vezes, em continuidade delitiva" nos contratos que firmara com advogados e/ou firmas de advogados, para prestação de serviços de advocacia e consultoria jurídica.

A denúncia revela que as contratações diretas se fizeram com supedâneo no art. 13, incisos II e IV, c/c o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93, mas olvidou-se a requerida de prestigiar os requisitos legais incontornáveis a possibilitar à Administração Pública a inexigibilidade da licitação pertinente, quais sejam: inviabilidade de competição; serviços de natureza técnica; singularidade do serviço; e notória especialização do contratado.

Ao contrário do que verbera a inicial, porém, a Administradora Municipal contratou obediente aos preceitos legais, à luz do demonstrativo objetivo que os autos amealharam.

A defesa escrita, como de resto os autos todos, são fecundos das doutrinas mais abalizadas e da jurisprudência mais eloqüente relativamente à matéria, que, em verdade, desperta imaginações sadias e provoca meditações fascinantes num e noutro sentidos, embora em idêntica direção, porquanto a essência é sempre a salvaguarda da Administração Pública, e, em última análise, de todo o cidadão.

Essa duplicidade de sentidos, no entanto, está a exigir uma resposta mordaz que resolva a contenda e que repousa na regra mais primordial de hermenêutica, que diz que a lei não detém palavras inúteis.

Nessa ótica, cabe ao operador do Direito traduzir a vontade do legislador, nem além nem aquém, porquanto a lei encerra sua própria essência.

O excesso ou a precipitação de interpretação pode dar brecha ao desvio da intenção primitiva sistematizada na norma, o que é temerário, porquanto a solução deve estar dentro da lei e fora das paixões.

Máxime quando a legislação aplicável à espécie já é exata e plena em seu significado, e prescinde de quaisquer outras divagações que venham a afastar-se progressivamente do âmago da questão.

Ora. A Prefeita Municipal está a defender-se do fazimento de contratações diretas da Administração com terceiros, ditas ilegítimas, por ter inexigido licitação fora dos permissivos legais.

Com o fito de arredar a tipicidade das condutas, a requerida valeu-se da Lei 8.666/93 - que invocou expressamente em todos os contratos -, mas principalmente socorreu-se dos seguintes dispositivos legais: art. 13, incisos III e IV, e 25, inciso II, § 1º.

O art. 13 da Lei 8.666/93 é claro ao explicitar que assessorias ou consultorias técnicas (inciso III) e patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (inciso V) consideram-se serviços técnico-profissionais especializados. Dispensam-se outras explicações.

Tais foram os serviços técnicos contratados sem licitação, de cunho eminentemente jurídico, e não se desafie a singularidade deste trabalho, não somente técnico - o que o tornaria comum -, mas altamente intelectual e assim personalíssimo, equiparado mesmo a uma criação artística.

Já o debate conceitual alusivo a profissional de "notória especialização", expressão de forte carga semântica, deságua no § 1º do art. 25 da lei em comento, óbvio por demais:

> Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades permita inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Não se perca de perspectiva que tal definição, a par dos aspectos objetivos - estes, diga-se, preenchidos à saciedade, à vista dos

extensos currículos acadêmicos e profissionais dos contratados -, também detém aspectos outros meramente subjetivos, e aí tem lugar a discricionariedade guiada pela oportunidade e conveniência indeclináveis do agente público, ao qual incumbiu optar, dentre os congêneres, pelo melhor profissional a bem da Administração, segundo seus conceitos próprios, cultura, sensibilidade e intuição, mas o maior deles: a confiança.

Daí que a Alcaidessa, exercitando seu poder discricionário sem abuso de poder, contratou a prestação de serviços jurídicos reiteradamente, geralmente por prazo determinado, com advogados e/ou escritórios de advocacia (como sói acontecer), que reputou adequados e bastante conceituados no âmbito de sua atuação, não sem antes prévio processo de inexigibilidade de licitação, dando as razões e o amparo legal de seus atos, por um preço compatível com a relevância do trabalho.

Nem se olvide que o serviço objeto das contratações fora de fato prestado, em prol da municipalidade, em prestígio aos valores por ela contraprestacionados.

Haja vista os trabalhos jurídicos arregimentados às f. 671/758-TJ.

O caso concreto, pois, subsume-se perfeitamente ao direito posto, inexistindo qualquer ilicitude nas ações da Prefeita Municipal.

E, porque a acusação imputa à chefe do Executivo Municipal a conduta de ilicitamente inexigir licitação, é sumamente importante ponderar que as contratações diretas da Administração Pública, ou seja, as que se celebram sem licitação, têm previsão legal expressa e classificam-se em:

- licitações dispensadas: art. 17, incisos I e II e alíneas, da Lei 8.666/93;

- licitações dispensáveis: art. 24 da Lei 8.666/93; e

- licitações inexigíveis: art. 25 da Lei 8.666/93.

Com efeito, a exordial reporta-se a oito contratos, e, analisando a prova documental, verificam-se hipóteses legítimas de inexigibilidade, e mesmo dispensabilidade de licitação:

I - Contrato Administrativo, f. 53/56-TJ e 666/669-TJ; Processo Licitatório Modalidade Inexigibilidade nº 001/97, f. 23/26-TJ; Ato de Ratificação, f. 24-TJ; Justificativa, f. 26-TJ; Parecer favorável da Comissão Permanente de Licitação, f. 52-TJ; Currículos e títulos dos profissionais, f. 36/48-TJ e 50/51-TJ - Inexigibilidade (art. 13, incisos III e IV, e 25, inciso II, § 1º, da Lei 8.666/93);

II - Contrato Administrativo, f. 59/61-TJ e 663/665-TJ; Processo Licitatório Modalidade Inexigibilidade nº 001/98, f. 57/58-TJ e 64/65-TJ; Justificativa, f. 58-TJ; *Curriculum* do profissional, f. 66/68-TJ - Inexigibilidade (art. 13, incisos III e IV, e 25, inciso II, § 1º, da Lei 8.666/93);

III - Contrato Administrativo, f. 91/93-TJ e 660/662-TJ; Processo Licitatório de Inexigibilidade nº 001/99, f. 90-TJ, 94/95-TJ e 116/117-TJ; Justificativa, f. 94-TJ; Parecer favorável da Comissão Permanente de Licitação, f. 116-TJ; Currículos dos profissionais, f. 96/101-TJ - Inexigibilidade (art. 13, incisos III e IV, e 25, inciso II, § 1º, da Lei 8.666/93);

IV - Contrato Administrativo, f. 127/129-TJ e 657/659-TJ; Processo Licitatório de Inexigibilidade nº 001/2000, f. 118/120-TJ; Justificativa, f. 119-TJ; Currículos e títulos dos profissionais, f. 121/126-TJ - Inexigibilidade (art. 13, incisos III e IV, e 25, inciso II, § 1º, da Lei 8.666/93);

V - Contrato Administrativo, f. 138/140-TJ e 650/653-TJ; Processo de Inexigibilidade nº 001/2001, f. 132/137-TJ; Justificativa, f. 135-TJ; Currículos dos profissionais, f. 142/147-TJ - Inexigibilidade (art. 13, incisos III e IV, e 25, inciso II, § 1º, da Lei 8.666/93);

VI - Contrato Administrativo, f. 153/155-TJ e 647/649-TJ; Processo de Inexigibilidade nº

001/2.002, f. 150/152-TJ e 156/157-TJ; e Justificativa, f. 156-TJ - Inexigibilidade (art. 13, incisos III e IV, e 25, inciso II, § 1º, da Lei 8.666/93);

VII - Contrato Administrativo, f. 167/169-TJ e 640/642-TJ; Processo de Inexigibilidade nº 001/2.003, f. 159/161-TJ e 165/166-TJ; Justificativa, f. 161-TJ; Currículo do profissional, f. 162/164-TJ - Inexigibilidade (art. 13, incisos III e IV, e 25, inciso II, § 1º, da Lei 8.666/93);

VIII - Contrato Administrativo, f. 15/18-TJ e 636/639-TJ - Dispensabilidade (art. 6º, inciso II, c/c os arts. 22, inciso III, § 3º; 23, inciso II, alínea *a*; 24, inciso II - estes dois dispositivos com redação dada pela Lei 9.648, de 27.5.98, e 26 da Lei 8.666/93).

Abro um parêntese para ressaltar que os documentos todos são tomados por bons, não obstante serem reproduções simples, porque em nenhum momento se contestou sua veracidade.

Em verdade, de I a VII, todos os contratos encontram-se dentro dos padrões e rigores legais, dada a inexigibilidade da licitação decorrente do art. 25, inciso II, § 1º c/c o art. 13, III e V, da Lei 8.666/93, pois precedidos do processo de inexigibilidade correspondente, com a imprescindível "justificativa" - que compreende os motivos e fundamentação legal - a teor do art. 26 da lei citada.

Comentando tal preceito, Rui Stoco assinala com incontestável autoridade:

> Note-se, portanto, que são condições de validade e eficácia do ato de dispensa ou inexigência, independentemente de sua higidez extrínseca, a fundamentação e a justificação (*Leis Penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7 ed. v. 2, São Paulo: RT, 2001).

Já o contrato retratado no item VIII se enquadra na hipótese de dispensabilidade de licitação prévia pelo valor da contratação (art. 6º, inciso II, c/c arts. 22, inciso III, § 3º; 23, inciso II, alínea *a*; 24, inciso II; e 26 da Lei 8.666/93), por tratar-se de serviço (trabalho técnico-profissional - art. 6º, inciso II), que, em tese, faria pressupor a licitação na modalidade "convite" (art. 22, inciso III, § 3º), em razão de seu valor (art. 23, inciso II, alínea *a*); mas que é dispensável também devido à pequenez do valor (art. 24, inciso II), e não necessita de processo de dispensa ou justificativa, restritos estes ao elenco taxativo do art. 26 da Lei 8.666/93.

Observa-se do instrumento de contrato de f. que seu valor global importa em R$2.000,00 (dois mil reais), vale dizer, bem abaixo dos R$8.000,00 (oito mil reais) a que aludem os artigos 24, inciso II; e 23, inciso II, alínea *a*, da Lei 8.666/93.

Ainda assim, nunca será demais ponderar sobre a inexistência do dolo, essencial para caracterizar os crimes da Lei 8.666/93, tanto quanto aqueles insculpidos no vetusto Dec.-lei 201/67.

Ora, tais delitos não são punidos a título de culpa, à falta de previsão legal, por força do princípio da legalidade ou reserva legal, preconizado na Constituição da República (art. 5º, inciso XXXIX), e igualmente no art. 1º do Código Penal, em cotejo com o parágrafo único do art. 18 do CP, que prevê, *ipsis litteris*: "Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente".

A própria dicção ministerial retrata que, para cada um dos contratos realizados - exceção feita ao último - há o correspondente processo de inexigibilidade, de que trata o art. 26 da Lei 8.666/93, que, de resto, não enseja, como dito, grandes rigores e formalismos para sua efetivação.

Não há exteriorização de qualquer intenção prejudicial ao erário na conduta da Prefeita, senão o resguardo dos interesses legais do Município na contratação de profissionais de escol que cumpriram suas missões, por valor adequado efetivamente pago, às expensas dos cofres públicos,

Donde evidente a boa-fé da Administradora.

À ausência do elemento volitivo, não há subsistir o crime.

Rogando a permissão dos veneráveis Pares, sem temer a repetição, trago à balha voto de minha lavra, síntese irredutível da *quaestio sub judice*:

> O Ministério Público ofereceu denúncia contra Ernani Campos Porto, Prefeito Municipal da Cidade de Caratinga, sob o fundamento de que este teria contratado, no dia 01.03.01, o advogado Manoel Almeida Lopes, para trabalhar na Prefeitura Municipal de Caratinga, na prestação de serviços de assessoria e consultoria técnico-jurídica, descumprindo a exigência de proceder à licitação prévia, pois que o objeto do contrato não se subsumiria a uma das hipóteses de inexigibilidade daquele procedimento, por não se tratar de serviço caracterizado pela singularidade, pedindo, assim, fosse o denunciado condenado como incurso nas sanções do art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93.
> A denúncia foi instruída com os documentos de f. 06/92-TJ.
> Após devidamente notificado, o denunciado apresentou defesa preliminar às f. 119/132-TJ, ocasião em que sustentou, em suma, que não teria praticado qualquer crime, já que a hipótese de contratação de advogado estaria elencada dentre aquelas em que não se exige a licitação, argumentando ter sido, inclusive, instaurado o competente processo de inexigibilidade e, ainda que tal procedimento não fosse o correto, não teria havido dolo em sua conduta, por inexistir a intenção de prejudicar o erário, pelo que jamais poderia ser responsabilizado criminalmente, resumindo a sua responsabilidade, quando muito, na seara cível.
> Asseverou, outrossim, que a hipótese de contratação de advogado torna inviável a competitividade visada pela licitação, ante a necessidade de notória especialização do causídico para a prestação de serviços técnico-profissionais, cabendo, assim, à própria Administração a escolha do profissional mais capacitado à prestação do serviço, tudo a impor a rejeição da peça acusatória.
> A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a manifestar-se, pronunciou-se pelo recebimento da denúncia (f. 152/157-TJ).
> Com efeito, conquanto a peça exordial preencha os requisitos necessários ao seu recebimento, que vêm estampados no art. 41 do CPP, estou a entender que a conduta praticada pelo denunciado se ateve aos limites da legalidade, não se subsumindo, pois, à hipótese criminógena versada no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, na medida em que a contratação de advogado pelo Município, para a prestação de serviços técnico-profissionais afetos à sua área de atuação, aí se incluindo o patrocínio de causas judiciais, como também a confecção de pareceres jurídicos e consultorias, possui, insofismavelmente, uma característica particular que o torna singular, revestindo-se de caráter excepcional, cuja prestação há que ser realizada por profissional de notória especialização, a ser escolhido pelo próprio representante do ente estatal beneficiário dos serviços.
> Na esteira do que argumentou a defesa do denunciado, não se revela viável, de fato, a instauração de procedimento licitatório para escolha de um profissional do Direito que represente o Município, judicial ou extrajudicialmente, ou que, ainda, realize serviços de consultoria jurídica, porquanto é inegável que as atribuições a serem desenvolvidas requerem do aludido profissional notória especialização, cujo conceito vem estampado no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que se transcreve *in verbis*: 'Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudo, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'.
> Conjugando-se o teor do referido dispositivo com o disposto no art. 13, II, do referido diploma legal, extrai-se, com facilidade, a licitude da conduta encetada pelo denunciado, prevendo a última norma três hipóteses de inexigibilidade de licitação, as quais se adequam perfeitamente ao objeto do contrato realizado entre a Prefeitura e o advogado.
> O art. 13 da Lei nº 8.666/93 dispõe que:
> 'Para os fins desta lei, consideram-se serviços profissionais especializados os trabalhos relativos a:
> I - *omissis*;
> II - pareceres, perícias e avaliação em geral;
> III - *omissis*;
> IV - *omissis*;
> V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;'
> Nesta linha de raciocínio, revela-se claro que quaisquer serviços a serem prestados por um

profissional do Direito ao município exigem certa e específica qualificação do advogado a ser contratado, não sendo suficiente tão-somente o diploma de bacharel em Direito, devendo a sua contratação obedecer, assim, aos critérios eleitos pelo próprio Administrador Público.

Não se descura, por outro lado, que o conceito de "notória especialização" é bastante subjetivo, inserindo-se na categoria do que a doutrina convencionou denominar "conceitos fluidos", donde se infere ser impossível categorizá-los segundo um padrão universal, levando-se em consideração não só o grau do intelecto dos contratados, mas também as próprias peculiaridades do ente estatal contratante, o que reforça o entendimento de que a sua escolha deve estar a cargo do Administrador, que deve usar de seu poder discricionário neste mister.

No mesmo sentido, já teve oportunidade de decidir o Excelso Pretório:

'Penal - Processual penal - Ação penal: trancamento. Advogado: contratação: dispensa de licitação.

I - Contratação de advogado para defesa de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado. Inocorrência, no caso, de dolo de apropriação do patrimônio público.

II - Concessão de *habeas corpus* de ofício para o fim de ser trancada a ação penal.' (STF - 2ª Turma - RO*HC* nº 72.830-8-RO - Rel. Min.Carlos Velloso, *DJU* de 16.10.95).

Impõe-se assinalar, por oportuno, que a despeito da licitude da conduta realizada pelo denunciado, já que se adere ao entendimento de que a contratação de serviços profissionais de advogado se inclui dentre as hipóteses de inexigibilidade de licitação, verifica-se, em relação ao caso dos autos, que o prefeito em questão se encontrava amparado pela instauração de prévio processo de inexigibilidade de licitação, extraindo-se de seu proceder, por conseguinte, a total ausência de dolo, com o que restará afastada, de plano, a sua responsabilização no âmbito penal.

Por todo exposto, por entender que a conduta realizada pelo denunciado não se revelou ilícita, inexistindo, outrossim, o elemento subjetivo do ilícito, não recebo a denúncia. (Voto exarado em 20.06.2002, no Processo-crime de Competência Originária de nº 1.0000.00.251542-7/000(1), que tramitou perante este e. TJMG, publicado em 1º.08.2002).

Posto isso, julgo improcedente a denúncia para absolver a requerida Marlene Bastos da Costa, Prefeita Municipal de Bandeira do Sul, das imputações que lhe foram irrogadas. Assim o faço com fulcro no art. 386, inciso III, do CPP.

Os autos noticiam contratação de empresa que oferece e disponibiliza serviços jurídicos de consultoria, serviços singulares e prestados por quem tem notória especialização, tanto que outras prefeituras e outros órgãos se valem da empresa para as atividades que lhe são inerentes.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

O Sr. Des. Herculano Rodrigues - Acompanho o longo e judicioso voto do eminente Relator, que, inclusive, invoca a doutrina sempre lúcida do Professor Marcelo Leonardo, aqui presente, em sua conhecida obra *Crimes de Responsabilidade Fiscal*, para também ancorar os fundamentos do seu voto.

O Sr. Des. José Antonino Baía Borges - Sr. Presidente. Endosso, *in totum*, o voto do eminente Relator, que fez uma apreciação devida do caso e endosso, também, as referências que Sua Excelência faz ao MM. Juiz sentenciante, meu velho amigo particular, ele e sua esposa; e, ainda que estivéssemos aqui, possivelmente, a reformar-lhe uma sentença, isso não viria em desdouro do jovem Juiz que se vem havendo muito bem na Magistratura, que, hoje, é uma realidade e não mais uma promessa. Está desempenhando um trabalho muito bom na Comarca de Boa Esperança, como já desempenhara na Comarca de Itaúna, onde, durante tempos, atuou. Meus cumprimentos ao jovem e prezado amigo, e, quanto ao mérito, como já havia dito, nada tenho a acrescentar ao voto do eminente Relator, que acompanho na íntegra.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO - EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA EM DESACORDO COM A PRESCRIÇÃO LEGAL - CRIME FORMAL - PERIGO ABSTRATO - ESTABELECIMENTO COMERCIAL - REPRESENTANTE - CONDENAÇÃO - PENA ALTERNATIVA - PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA - PENA DE MULTA - APLICABILIDADE

Ementa: Penal. Crime contra as relações de consumo. Produto impróprio. Crime formal. Representante legal.

- Sendo o delito previsto no inciso IX do art. 7º da Lei 8.137/90, formal e de perigo abstrato, responde o representante legal do estabelecimento que tem em depósito, para venda, produto impróprio para consumo, pois este tem o dever de fiscalizar a qualidade dos produtos que fabrica ou que coloca à venda.

- Prevendo as condutas tipificadas no art. 7º da Lei 8.137/90, pena alternativa de detenção ou multa, possuindo o agente reconhecidamente circunstâncias judiciais favoráveis, atento ao princípio da intervenção mínima, por ser mais favorável, aplica-se somente a pena pecuniária.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0433.02.059881-2/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Domingos Sávio Amaral - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2007. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio Armando dos Anjos - Perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Montes Claros, Domingos Sávio Amaral, alhures qualificado, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90.

Segundo a denúncia de f. 02/04, no dia 08.11.00, na Rua Ovídio de Abreu, nº 466, na cidade de Montes Claros, o denunciado tinha em depósito, para venda, o produto denominado "pão de queijo tradicional", fabricado pela empresa Trem da Terra Indústria e Comércio Ltda., da qual o denunciado é representante legal, que, submetido a análise pela Fundação Ezequiel Dias, foi considerado como "produto inaceitável para consumo".

Regularmente processado, ao final, sobreveio a r. sentença de f. 199/202, julgando procedente a pretensão punitiva estatal, para condenar Domingos Sávio Amaral como incurso nas sanções do art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, à pena de dois anos de reclusão a ser cumprida em regime aberto, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por duas restritivas de direito.

Inconformado, a tempo e modo, interpôs o réu regular recurso de apelação (f. 203). Em suas razões recursais (f. 216-217), sustenta o apelante que não ficou cabalmente provada a sua responsabilidade já que, no produto objeto do processo, é aceitável a presença mínima de bactérias, sem que isso implique reprovação para o consumo, conforme depoimento da testemunha Chefe da Divisão da Vigilância Sanitária da Secretaria de Saúde Municipal de Montes Claros. Alega, ainda, que a sentença foi

baseada apenas no laudo elaborado pela Fundação Ezequiel Dias.

Em contra-razões de apelação (f. 218-222), o órgão de execução do Ministério Público sustentou o acerto da decisão guerreada, pugnando pela sua manutenção, o que foi endossado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Cássio Murilo Soares de Carvalho (f. 227/228).

No essencial, é o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso apresentado.

Não foram argüidas preliminares ou nulidades e, não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito da apelação.

Como visto alhures, busca o apelante a sua absolvição por insuficiência de provas, sustentando que não ficou cabalmente provada a sua responsabilidade, já que, no produto objeto do processo, é aceitável a presença mínima de bactérias, sem que isso implique reprovação para o consumo, conforme depoimento da testemunha Chefe da Divisão da Vigilância Sanitária da Secretaria de Saúde Municipal de Montes Claros. Alega, também, que a deterioração do produto foi oriunda do transporte inadequado do mesmo pela Vigilância Sanitária. Por derradeiro, alega que a sentença baseou-se apenas no laudo elaborado pela Fundação Ezequiel Dias.

Em que pese o zelo e acuidade da douta defesa, com a devida vênia, tenho para mim que, além da prova da responsabilidade do apelante, restou também demonstrado nos autos que o mesmo tinha em depósito, para venda, produto impróprio para o consumo.

Registre-se, inicialmente, que a materialidade está comprovada através do laudo de análise laboratorial de f. 07, laudo da Fundação Ezequiel Dias - Funed de f. 65 e termo de apreensão de amostras de f. 74/77.

A autoria encontra-se evidente na confissão do próprio apelante e nas demais provas trazidas aos autos. Senão vejamos.

O acusado ao ser ouvido em juízo (f. 98-99) afirmou:

> (...) que realmente era sócio da empresa Trem da Terra, que fabricava e vendia pão de queijo; que o pessoal da vigilância sanitária apreendeu algumas amostras, no final do ano 2000 e mandou analisar em Belo Horizonte; que chegou a ver o laudo do laboratório da Fundação Ezequiel Dias e nele constava que tais produtos eram inaceitáveis para consumo; que os produtos estavam em uma câmara refrigerada, quando foram apreendidos e foram coletados pelo pessoal da Vigilância Sanitária para uma caixa de isopor, não sabendo o interrogando como eles foram transportados até Belo Horizonte, onde a análise só foi feita dois dias depois; que a caixa de isopor não era suficiente para mantê-los na temperatura exigida para evitar deterioração, ou seja, no máximo dezesseis graus negativos; que é possível que os produtos tenham se deteriorado na viagem; (...).

Logo, não resta dúvida de que o apelante fabricava e vendia pão de queijo, produto este que foi recolhido pela Vigilância Sanitária e enviado para o laboratório da Fundação Ezequiel Dias para análise de qualidade, que o considerou impróprio para o consumo.

O delito imputado ao apelante - art. 7º, inciso IX, da Lei 8.137/90 - tem a seguinte redação:

> Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: (...)
> IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.
> Pena - detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

A infração em exame é daquelas que afetam as relações de consumo, incidindo nas condutas dos fornecedores que expõem à venda produtos impróprios para o consumo. Trata o referido art. 7º, inciso IX, de crime de perigo

presumido ou abstrato, ou seja, aquele que é presumido *jure et de jure*, resultando da própria ação ou omissão do sujeito, bastando, pois, tão-só a possibilidade de ocorrência do dano.

No caso em exame, o apelante tinha em depósito para venda o produto denominado "pão de queijo tradicional", fabricado pela empresa Trem da Terra Indústria e Comércio Ltda., em condições impróprias ao consumo, conforme laudo pericial realizado pela Fundação Ezequiel Dias.

Logo, o fato subsume-se, perfeitamente, ao tipo do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/80, que trata de crime formal, bastando, para sua concretização, tão-somente que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria.

De outra parte, não há que se falar na inadequação da coleta e transporte do produto arrecadado pela vigilância sanitária, pois, de acordo com o ofício advindo da Fundação Ezequiel Dias - Funed,

> A amostra chegou ao laboratório em perfeitas condições de análise, lacrada, em sua embalagem original, inviolada e congelada. Nesta temperatura, os coliformes fecais que pertencem à classe dos mesófilos não crescem. A temperatura ótima de crescimento para esses microorganismos varia entre 20º a 45ºC (f. 148).

Ora, ainda que seja aceitável a presença de bactérias nos produtos alimentícios, conforme sustenta a douta defesa, o laudo pericial de f. 148 constatou, por meio da amostra colhida, um número muito superior ao permitido, concluindo que o produto era impróprio ao consumo. A propósito, sobre o assunto, decidiu o colendo STJ:

> Criminal. REsp. Venda de mercadoria com prazo de validade expirado. Crime contra a relação de consumo. Pena de multa substitutiva de pena de reclusão. Prescrição. Não-ocorrência. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Desnecessidade de laudo pericial para a constatação da impropriedade da mercadoria. Delito de perigo abstrato. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.
> I. Às penas restritivas de direito - como a pena de multa aplicada em substituição à de detenção - aplicam-se os mesmos prazos previstos para as penas privativas de liberdade.
> II. Impõe-se, para demonstração da divergência jurisprudencial, a demonstração da identidade entre os acórdãos confrontados e aquele recorrido, a teor do que determina o art. 255, § 2º, do RISTJ.
> III. O tipo do inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/80 trata de crime formal, bastando, para sua concretização, que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria.
> IV. Cuidando-se de crime de perigo abstrato, desnecessária se faz a constatação, via laudo pericial, da impropriedade do produto para consumo. Precedentes.
> V. Recurso conhecido pela alínea *a* e desprovido (STJ, 5ª Turma, REsp nº 307415/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 03.10.2002; p. no *DJU* de 11.11.2002, p. 246).

> Penal. Crime contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Condenação. Recurso especial.
> 1. O crime previsto na Lei 8.137/90, art. 7º, IX, é formal e de perigo abstrato, aperfeiçoando-se com a mera transgressão da norma incriminadora. Desnecessária, assim, a efetiva comprovação da imprestabilidade material ou real do produto.
> 2. Recurso conhecido e provido. Pena aplicada em seu grau mínimo (CP, arts. 59 e 33, § 2º, *c*), com concessão de *sursis* (CP, art. 77) (STJ, 5ª Turma, REsp nº 204.284/PR, Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 13.06.2000; p. no *DJU* de 1º.08.2000, p. 295).

Lado outro, ao contrário do alegado pela douta defesa, analisando a r. sentença, percebe-se facilmente que o douto Magistrado se valeu de todo o acervo probatório para embasar a condenação, e não apenas do laudo pericial realizado pela Fundação Ezequiel Dias.

Entretanto, ainda que assim não fosse, vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o Juiz forma a sua convicção pela livre apreciação da prova, significando que o juiz é soberano na análise das provas produzidas durante o processo, tendo a faculdade de formar livre-

mente a sua convicção acerca dos fatos e do direito, atribuindo valor às provas, e, ao final, decidir de acordo com seu convencimento.

Ademais, o apelante não fez prova inconteste das escusas apresentadas. A propósito, sobre o ônus da prova, ensina o Prof. Julio Fabbrini Mirabete:

> Ônus da prova (*onus probandi*) é a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes. No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou queixa, cabe ao acusador a prova do fato típico (incluindo dolo e culpa) e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento da pena (qualificadoras, agravantes etc.); ao acusado cabe a prova das causas que excluem a antijuricidade, culpabilidade e punibilidade, bem como circunstâncias que impliquem diminuição da pena (atenuantes, causas de diminuição da pena etc.), ou benefícios penais (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 412).

Logo, não tendo o apelante se desincumbido daquilo que lhe competia, qual seja, comprovar as escusas apresentadas, impõe-se a manutenção do édito condenatório, pois, ao contrário do que foi alegado, há provas mais do que suficientes para embasar a condenação que lhe foi imposta.

Assim, diante das provas colhidas nos autos, restou provado que as mercadorias coletadas pela Vigilância Sanitária apresentaram contaminação por coliformes fecais que as tornaram impróprias para o consumo, não havendo, contudo, prova de que o procedimento de coleta e transporte do produto arrecadado no comércio do apelante estivesse viciado a ponto de comprometer a validade da perícia realizada pela Fundação Ezequiel Dias.

Destarte, malgrado a irresignação da defesa, as provas amealhadas aos autos conferem incontestável certeza de que o produto denominado "´pão de queijo tradicional", da empresa Trem da Terra Indústria e Comércio Ltda., da qual o apelante era o representante legal, era impróprio para consumo.

Contudo, ainda assim, penso que a r. sentença merece um pequeno ajuste, pois o delito em questão prevê pena alternativa de detenção ou multa, enquanto na v. sentença constou a pena de reclusão.

Assim, prevendo as condutas tipificadas no art. 7º da Lei 8137/90 pena alternativa de detenção ou multa, possuindo o agente reconhecidamente circunstâncias judiciais favoráveis, atento ao princípio da intervenção mínima, por ser mais favorável, aplica-se somente a pena pecuniária.

Portanto, com arrimo no princípio da intervenção mínima, de ofício, altera-se a pena de reclusão para detenção, a qual se substitui pela pena de multa fixada na r. sentença.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se dar parcial provimento ao recurso, para alterar a pena de reclusão por pena de detenção, a qual se substitui pela pena de multa fixada na r. sentença, decotando-se, com arrimo no princípio da intervenção mínima, a pena restritiva de limitações de fins de semana, mantendo-se, no mais, íntegra a r. sentença vergastada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Sérgio Resende* e *Antônio Carlos Cruvinel*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

-:::-

FURTO - TIPICIDADE - PORTE DE ARMA - ATO PREPARATÓRIO - ATO DE EXECUÇÃO - DOLO - AUSÊNCIA DE GRAVE AMEAÇA - ROUBO - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - POSSIBILIDADE - *RES FURTIVA* - PEQUENO VALOR - CRIME DE BAGATELA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - FURTO PRIVILEGIADO - CRIME CONSUMADO - CARACTERIZAÇÃO - FIXAÇÃO DA PENA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - CULPABILIDADE

Ementa: Penal. Furto. Grave ameaça. Inocorrência. Agente que ingressa armado em casa habitada. Ausência de contato com a vítima. Princípio da insignificância. Não-aplicação. *Res* avaliada em mais da metade do salário-mínimo. Privilégio. Reconhecimento. Consumação. Ocorrência. Retirada do bem da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima. Redução da pena. Impossibilidade. Culpabilidade elevada. Recurso provido em parte.

- Ocorre furto, e não roubo, se o agente ingressa armado em casa habitada, mas não chega a ameaçar a vítima, porque esta, percebendo sua presença, se esconde antes de ser concretamente intimidada.

- O princípio da insignificância, inadequado à realidade brasileira, não admite, sequer onde galga foros de legitimidade, que se considere irrisório o valor que ultrapassa metade do salário-mínimo, embora tal *quantum* seja suficiente para satisfazer o requisito objetivo para a concessão do privilégio.

- O crime de furto consuma-se com a retirada do bem, ainda que momentaneamente, da esfera de disponibilidade e vigilância da vítima.

- É manifesta a elevada culpabilidade de quem se mune de arma para praticar, a qualquer custo, crime patrimonial, de forma que a pena imposta deve ser sensivelmente maior do que a pena mínima, porque a hipótese, que revela descaso com outros bens jurídicos alheios, a par do patrimônio, afasta-se do âmbito de normalidade dos crimes de furto.

Recurso provido em parte.

APELAÇÃO CRIMINAL n° 1.0024.05.890071-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - primeiro, Edimar Pereira da Silva - segundo - Apelados: os mesmos - Relator: Des. HÉLCIO VALENTIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2007. - *Hélcio Valentim* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Hélcio Valentim - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da 9ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, contra Edimar Pereira da Silva, imputando-lhe a prática de fato tipificado como roubo majorado pelo emprego de arma, nos termos do art. 157, § 2º, I, do Código Penal brasileiro.

Narra a denúncia que, no dia 2 de dezembro de 2005, o denunciado invadiu a residência onde trabalha a vítima Sônia Maria Kosanke e, mediante grave ameaça, exercida com o emprego de um facão, subtraiu para si um relógio e uma máquina fotográfica de propriedade da vítima.

A inicial acusatória veio acompanhada de inquérito policial, instaurado por APFD (f. 5/26).

Recebida a denúncia (f. 43), o acusado foi regularmente citado (f. 57/60) e interrogado, ocasião em que assumiu ter invadido a casa portando um facão e subtraído os bens, afirmando, porém, que sequer viu a vítima (f. 61).

Defesa prévia às f. 62.

Durante a instrução, foram ouvidas duas testemunhas (f. 74/76).

Na fase do art. 499 do CPP, nada foi requerido.

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação, nos exatos termos da denúncia. A defesa, a seu turno, pediu a absolvição, com base no princípio da insignificância. Alternativamente, pediu a desclassificação para furto, o reconhecimento de atenuantes e da minorante da tentativa.

Sentença às f. 100/105, restando o réu condenado, como incurso nas iras do art. 155 do CP, a um ano e seis meses de reclusão, em regime aberto, e 30 dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo. A pena corporal foi substituída por restritivas de direitos.

Inconformadas, apelaram as partes.

O Ministério Público afirma que houve porte ostensivo do facão e que, portanto, restou caracterizada a grave ameaça e configurado o crime de roubo. A Defesa, por sua vez, insiste no pedido de aplicação do princípio da insignificância. Pede, com base no princípio da eventualidade, a redução da pena e o reconhecimento do privilégio, além da desclassificação do fato para a forma tentada do delito imputado.

Contra-razões regularmente apresentadas.

Em parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso ministerial e pelo improvimento do recurso defensivo.

Eis, do que importa, o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço dos recursos, porque presentes os pressupostos para a sua admissão.

Preliminares.

Não há preliminares a serem analisadas, nem nulidades a serem decretadas de ofício.

Mérito.

Recurso ministerial.

No que toca ao recurso interposto pelo Ministério Público, penso que ele não está a merecer provimento.

Com efeito, não há dúvidas de que o porte ostensivo de arma configura grave ameaça implícita, caracterizando, com freqüência, o delito de roubo.

Para tanto, porém, é preciso que o dolo do agente - é dizer: a sua consciência e vontade - abarque tal elementar, ou seja, é indispensável, por óbvio, que o autor do fato saiba que está ameaçando alguém.

In casu, tenho como inequívoco que o agente invadiu a casa disposto a praticar a subtração a qualquer custo, talvez até assumindo o risco de produzir a morte de eventual vítima que se interpusesse em seu caminho, já que adentrou a residência de forma violenta e com a arma em punho. É o que se colhe de seu próprio interrogatório. Confira-se:

> Que é verdadeira a denúncia; que realmente entrou dentro da casa da vítima, portando um facão; que não chegou a ver a vítima; que o relógio e a máquina estavam dentro do quarto da mesma; que então se evadiu e foi perseguido pelo dono da casa; que conseguiu se desvencilhar dele; que depois de 20 minutos foi preso por militares, ainda em posse dos objetos (f. 61).

Por outro lado, não tenho dúvidas de que a vítima se sentiu ameaçada com a conduta do agente e, exatamente por isso, escondeu-se

apavorada, não oferecendo resistência ao franco acesso do réu à residência, senão veja-se:

> ... a declarante estava sozinha em casa, quando ouviu o barulho do interfone, que a declarante chegou até o quintal onde percebeu que o conduzido pulou a grade da frente e o autor estava com um facão em uma das mãos, que a declarante ficou bastante assustada, tendo corrido para o interior da casa se trancando (f. 8).

No mesmo sentido, o depoimento da testemunha João Dias da Silva, a saber: "que a vítima disse ter visto o facão na mão do acusado e por este motivo se escondeu dele" (f. 74).

Mas, pelos depoimentos transcritos, vê-se que, finalmente, o agente não teve sequer oportunidade de ameaçar a vítima, de forma que não chegou a dirigir a sua atuação para a efetivação da grave ameaça (ainda que implícita), cuja ocorrência, no plano objetivo, sequer notou.

Pairam dúvidas, inclusive, se o acusado sabia da presença de pessoas na residência no momento da subtração.

Por tudo isso, é impossível, a meu ver, condená-lo pelo delito de roubo.

Em síntese, e por mais que possa parecer paradoxal, o pavor incutido na vítima pela invasão da casa por um homem armado não foi suficiente, *in casu*, para caracterizar o roubo, desde que, ao fato de a vítima se sentir ameaçada pelo porte do facão pelo réu, não correspondeu o dolo deste de ameaçá-la.

Com efeito, não houve, no exato momento da conduta penalmente relevante, o intuito de intimidar, ainda que o agente se tivesse munido da arma exatamente para esse fim, o que, em relação ao crime de roubo, representa a preparação, não a execução.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ministerial.

Recurso defensivo.

O recurso defensivo, a seu turno, merece parcial provimento.

O pleito absolutório, com base no princípio da insignificância, é totalmente descabido.

Sem adentrar a discussão sobre a legitimidade do princípio, que tenho como inadequado à realidade brasileira, o valor da *res*, avaliada em R$ 180,00, não pode ser considerado irrelevante para fins penais.

O privilégio, contudo, deve ser reconhecido. Embora o valor não seja irrisório, é de se reconhecê-lo pequeno, para fins penais, desde que a jurisprudência criou o seguro e objetivo critério de vincular o furto privilegiado à subtração de bens cujo valor não ultrapasse um salário-mínimo. Nesse sentido: "É admissível, em princípio, a adoção do salário-mínimo como parâmetro de referência, considerado, no entanto, aquele vigente à época do delito" (*JUTACrim* 76/340).

In casu, o valor da *res* passa um pouco da metade do teto firmado pela jurisprudência e, diante disso, é de rigor o reconhecimento do privilégio, em face da primariedade do réu.

O crime consumou-se, *data venia*. Como se extrai do próprio depoimento do acusado, ele conseguiu desvencilhar-se de seus perseguidores iniciais, só vindo a ser preso pela polícia cerca de vinte minutos após os fatos. Assim é que retirou a *res*, com sucesso, da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima. Vale destacar que a jurisprudência tem firmado que:

> Considera-se consumado o furto a partir do momento em que a coisa subtraída sai da esfera do domínio de seu dono, ainda que o agente não obtenha o benefício patrimonial almejado (*RT* 610/394).

> Desde que a coisa furtada escapa da esfera de vigilância de seu dono, o furto considerar-se-á consumado e não apenas tentado (*RT* 458/420).

No que toca à pena-base, porém, tenho-a, em relação à pena privativa de liberdade, por bem dosada.

Ora, a individualização da pena consiste em diferenciar um crime de outro, com base, sobretudo nas circunstâncias judiciais, que podem autorizar, inclusive, a fixação da pena máxima cominada, que não deve ser tida como letra morta.

E, na análise das circunstâncias judiciais, o Sentenciante constatou duas extremamente desfavoráveis ao réu, que afastam o presente caso de um certo grau de normalidade.

Realmente, a culpabilidade, como juízo de censura pessoal, é elevadíssima. É muito mais reprovável a conduta de quem se mune de arma para a prática de crime patrimonial, do que a de quem busca realizar a subtração com sutileza e furtividade.

Não importa que o réu não tenha logrado êxito na efetivação da grave ameaça (porque, se o tivesse, o tipo em que ele seria dado como incurso seria outro e o patamar mínimo da pena já muito maior) para que se constate seu desprezo pela liberdade, integridade física e até vida alheias.

Inegável que o fato em julgamento se aproxima, em alguma medida, do crime de roubo e, por isso, não pode ser apenado como um furto simples com pena mínima ou próxima do mínimo. O modo como agiu o réu evidencia, finalmente, que outros bens jurídicos foram postos em perigo e que ele merece pena maior, a fim de reprovar a sua ação e prevenir novos delitos.

No mais, as circunstâncias também são destacadas em desfavor do réu, que, como assinalou o Sentenciante, pouco se importou com as conseqüências de seus atos - que, por sorte, não foram maiores - e invadiu residência alheia em plena luz do dia, denotando descaso, desrespeito e ousadia fora da média.

Por tudo isso, tenho que a pena-base foi bem dosada, sendo de se ressaltar, ainda, que as circunstâncias atenuantes foram consideradas em *quantum* elevado, em favor do acusado.

A pena pecuniária, porém, fugiu um pouco na necessária proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. Diante de tal fato e da necessidade de se reconhecer, em favor do réu, o privilégio, passo a reestruturar as penas.

Bem analisadas as circunstâncias judiciais pelo Sentenciante, mantenho a pena-base em dois anos e seis meses de reclusão, reduzindo a pena de multa para 25 dias-multa.

Em razão das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, reduzo a pena para um ano e seis meses de reclusão e 15 dias-multa.

Reconhecido o privilégio, mas não se postando em favor do réu as circunstâncias em que está envolto o delito, reduzo a pena apenas em 1/3 (um terço), concretizando-a em um ano de reclusão e 10 dias-multa.

Mantenho o regime aberto para a pena corporal e o valor unitário do dia-multa no mínimo legal.

Como a pena privativa de liberdade foi reduzida a um ano, fica decotada a pena substitutiva de limitação de fim de semana, subsistindo a pena de prestação de serviços à comunidade, a ser cumprida na forma do art. 46 do CP, em condições e em entidade a serem estabelecidas no juízo da execução.

Tudo considerado, nego provimento ao recurso ministerial e dou parcial provimento ao recurso defensivo, para reconhecer o privilégio, reduzindo as penas, que ficam concretizadas em um ano de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo, ficando a pena corporal substituída por prestação de serviços à comunidade.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

O Sr. Des. Alexandre Victor de Carvalho - Acompanho o eminente Relator, com apenas uma ressalva: ao meu sentir, o princípio da insignificância é um instrumento de interpretação corretiva da larga abrangência formal dos tipos penais e, para sua aplicação, prescinde de

menção em lei, pois decorre do Estado Democrático de Direito, constante da Constituição Federal de 1988.

Segundo lição de Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha,

> o princípio da insignificância orienta a interpretação do tipo penal, de modo a materializar a verdadeira finalidade protetiva da norma jurídico-penal. Para combater uma conduta socialmente danosa com a pena, é necessário que não existam outros meios menos gravosos. Roxin observa, nesse sentido, que a aplicação da pena deve ser inspirada pelo princípio da estrita necessidade, posto que o castigo penal põe em perigo a existência social do apenado e que, com a sua marginalização, a própria sociedade sofre um dano. O direito penal há de ser o último instrumento da política social, de caráter subsidiário, no sentido de que primeiro devam ser utilizados os demais instrumentos de regulamentação dos conflitos sociais, e somente ao fracassarem estes é que se lançaria mão da pena (*Imputação objetiva.* Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2000, p. 20).

Já no entendimento doutrinário de Cesar Roberto Bittencourt (no livro *Manual de Direito Penal* - Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45):

> A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.

Está-se aí diante do velho adágio latino *Minima non curat praetor*, que fundamenta o princípio da bagatela, cunhado por Claus Roxin, na década de 60.

O citado mestre Francisco de Assis Toledo em sua conceituada op. cit. (*Princípios básicos de direito penal.* 4. ed. Ed. Saraiva, 1991, p. 132) assim resume:

> Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos defendendo. Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas...

Deixo de aplicar, no entanto, o princípio da insignificância no caso em tela já que, conforme consta do laudo de avaliação, a *res furtiva* foi avaliada em R$180,00, valor inegavelmente capaz de gerar lesão ao bem jurídico a ponto de implicar um decreto condenatório, sendo cabível, no entanto, o privilégio previsto no art. 155, § 2º, CP, conforme reconhecido em favor do apelante.

É como voto.

A Sr.ª Des.ª Maria Celeste Porto - De acordo.

Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO.

-:::-

HOMICÍDIO QUALIFICADO - AGRESSÃO MÚTUA - PERSEGUIÇÃO EMPREENDIDA PELA VÍTIMA - REAÇÃO DO RÉU - SURPRESA - CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA - DESCARACTERIZAÇÃO - TRIBUNAL DO JÚRI - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - VEREDICTO - CASSAÇÃO

Ementa: Júri. Qualificadora da surpresa. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Decisão cassada.

- Mostra-se contrário à prova dos autos o reconhecimento, pelo Conselho de Sentença, da qualificadora da surpresa, quando, momentos antes do crime, os desafetos empreendem luta corporal, com evasão do réu à sua residência e perseguição da vítima com o intuito de revidar as agressões originalmente ocorridas, porque não seria mesmo imprevisível, ou inesperada, a ocorrência de novas agressões.

Recurso provido, prejudicado o recurso ministerial.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0628.05.000120-3/001 - Comarca de São João Evangelista - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Ednaldo Wilgles Barroso de Souza - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Ednaldo Wilgles Barroso de Souza - Relator: Des. JUDIMAR BIBER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO E JULGAR PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 27 de março de 200 - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Judimar Biber - Ednaldo Wilgles Barroso de Souza, já qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal.

Consoante a exordial acusatória, no dia 28 de agosto de 2005, por volta das 2h30, o denunciado, na Rua Dom Pedro II, nº 67, Centro de São João Evangelista, utilizando-se de uma faca, desferiu um golpe em desfavor de Paulo Bragança Silva Júnior, causando-lhe as lesões descritas no auto de corpo de delito de f. 18/21, que, por sua natureza e sede, foram causa efetiva de sua morte.

Depreende-se dos autos que, na noite do dia 27.08.05, o denunciado e a vítima se encontravam dentro de um 'Forró', situado na Rua da Coluna, onde teria havido um ligeiro desentendimento entre os mesmos. Ato contínuo, já do lado de fora do estabelecimento, entraram em luta corporal, quando, em meio à confusão, conseguiu o denunciado empreender fuga em direção à sua residência, localizada a três quarteirões de distância.

A vítima, em companhia de outros dois indivíduos - Leandro Pereira da Cruz e Último Pereira de Oliveira -, resolveu seguir o denunciado até sua casa, tendo parado na porta dessa e, aos berros, começado a incitar o réu a sair de dentro da sua residência para que ambos 'acertassem as contas'. Malgrado terem a mãe e o padrasto do denunciado tentado convencer a vítima a ir embora, esta se quedou, irascível, em frente à residência, no aguardo de seu desafeto.

Ato contínuo, o denunciado, de dentro da casa, logrou êxito em arremessar uma faca em desfavor de Paulo, vindo a mesma a atingi-lo no peito, causando-lhe as lesões que efetivaram, minutos depois, sua morte.

A denúncia foi recebida dia 22.09.05 (f. 41), e a defesa prévia juntada em 07.10.05 (f. 51).

A audiência de instrução e julgamento foi realizada em 20./10.05 (f. 75/85).

Concluída de forma regular a instrução, acabou o réu pronunciado, em 29.11.05, como incurso nas penas do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal (f.103/106).

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de São João Evangelista, em sessão realizada no dia 9 de maio de 2006, os

senhores jurados, à unanimidade, responderam afirmativamente aos quesitos de autoria, materialidade e letalidade. Por maioria de votos, afastaram as teses de legítima defesa própria, e, à unanimidade, a de homicídio privilegiado. Também por maioria de votos, reconheceram a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, e, por ser menor à época dos fatos, foi reconhecida por maioria de votos essa atenuante (f. 213/215)

O ilustre Magistrado, destarte, decidiu condená-lo à pena privativa de liberdade de 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso nas iras do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal (f. 221/224).

Inconformadas, interpuseram ambas as partes recurso de apelação para a Superior Instância.

O r. do Ministério Público, em suas razões, pleiteia a alteração do regime de cumprimento de pena para o integralmente fechado (f. 228/232).

O réu, a seu turno, pugna pela cassação do julgamento, ao argumento de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (f. 234/239).

Os recursos foram contra-arrazoados, tendo a douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Cláudio Fleury Barcelos, opinado pelo conhecimento e provimento do aviado pela defesa, prejudicado, pois, o ministerial (f. 261/266).

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço dos recursos, eis que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos para a devida admissibilidade.

Recorre o réu sustentando ter sido a decisão exarada pelo Tribunal do Júri manifestamente contrária à prova dos autos, ao passo que o representante do Ministério Público pugna pela alteração do regime de cumprimento de pena para o integralmente fechado.

Ante a amplitude da matéria constante das apelações, analiso em primeiro plano o recurso aviado pelo réu, por importar sua virtual procedência em manifesto prejuízo ao segundo.

Depreende-se dos autos que, no dia 28.0805, por volta das 2h30, em frente à residência do réu, localizada na Rua D. Pedro II, nº 67, Centro de São João Evangelista, o acusado, de uma varanda de sua casa, teria atirado uma faca, que atingiu a vítima, Paulo Bragança Silva Júnior, causando-lhe as lesões que, por sua natureza e sede, foram a causa eficiente de sua morte.

Consta dos autos, ainda, que, minutos antes, réu e vítima teriam entrado em luta corporal, próximo ao local do delito, em um 'Forró' situado a três quarteirões da casa da vítima, por motivos que não foram esclarecidos ao certo, sendo a vítima derrubada pelo réu, que se pôs em fuga, momento em que a segunda e mais dois colegas começaram uma perseguição.

A fuga terminou na residência do réu, e os dois colegas da vítima tentaram contê-la, sem sucesso. Começou a gritar, chamando o réu para sair e 'acertar as contas', após esboçar uma tentativa de adentrar a casa.

O réu, por sua vez, dirigiu-se à cozinha de sua residência, de lá retirando uma faca e, ao voltar à pequena varanda, da porta, a aproximadamente uns dois metros de distância, arremessou contra a vítima o objeto que a acertou à altura do peito.

Levada ao hospital local, após primeiros atendimentos e constatação da gravidade dos ferimentos, a vítima foi encaminhada para uma unidade hospitalar mais aparelhada, em cidade vizinha, mas, no caminho, não resistiu ao ferimento e morreu, voltando à unidade hospitalar de origem, onde foi atestado o óbito.

Analisando as razões apresentadas pela defesa, sopesando-as com a respeitável

decisão hostilizada e as demais provas constantes dos autos, não vejo como seja possível concluir pela possibilidade de submissão ao Tribunal do Júri da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, diante da sua manifesta improcedência para a hipótese dos autos, sem embargo de a douta decisão de pronúncia dela duvidar no momento processual próprio.

Em que pese as ponderações da douta pronúncia sobre o fato de a vítima não estar esperando agressões, antes mesmo da denúncia, o entrevero inicial entre o réu e a vítima ficou patenteado, bem como a disposição da vítima em agredir o acusado, mesmo após ter ele se dirigido à sua residência, local para onde foi abrigar-se e afastar-se do calor da briga.

De outro lado, tendo a vítima perseguido o réu, após a fuga, com dois outros colegas, e insistido em revidar as agressões que sofrera minutos antes, não há dúvida de que qualquer indivíduo, ainda que de inteligência média, esperaria a reação do desafeto.

A Súmula nº 28 do Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça dispõe que:

> A cassação do veredicto popular, por manifestamente contrário à prova dos autos, só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes.

Nestes autos, não há dúvida de que os elementos integrantes da respeitável Súmula, em que pese a decisão de pronúncia, estão presentes, pois as provas colhidas nos autos e testemunhos presenciais do delito não dão a mínima guarida à sustentação da qualificadora da surpresa.

Tanto na fase inquisitorial, como na fase judicial e no próprio plenário do Júri, as testemunhas são vigorosas em demonstrar os entreveros antecedentes entre a vítima e o réu, a luta corporal, a fuga do último, a perseguição da primeira que contou com o apoio de dois outros colegas da vítima, a insistência da vítima em não deixar as coisas como estavam e, finalmente, a agressão que resultou na morte da infeliz e imprudente vítima.

Na madrugada do fatídico dia em que se consumou o delito, bastaria à vítima conformar-se com o resultado das agressões recíprocas trocadas, não perseguindo o réu, ainda que tivesse perdido a contenda inicial, ou mesmo verificar a imprudência de perseguir o agressor até sua residência e lá insistir em uma nova contenda, ou permitido que seus amigos o contivessem, para que o infeliz resultado fosse bem diferente.

Comparecendo a vítima na casa do réu, logo após ter havido uma luta corporal entre eles, tudo aliado ao fato de que o réu teria foragido do local original do entrevero para sua residência perseguido pela vítima que insistia em revidar as agressões, não há como sustentar a aplicação da qualificadora da surpresa (art. 121, § 2º, IV, do Código Penal), ainda mais quando estava à porta da residência do réu, clamando por prosseguir na luta.

Não haveria, na visão deste Juízo, condições objetivas para a qualificadora da surpresa, que é manifestamente contrária às provas colhidas desde o início do processo, com todo o respeito da posição adotada pelo Egrégio Conselho de Sentença, que tem toda a liberdade para verificar no fato a posição que mais lhe aprouver, sem prejuízo do entendimento aqui esposado.

Vejamos o que diz o mestre Júlio Fabrini Mirabete:

> A opção do Conselho de Sentença não se sustenta quando exercida indiscriminadamente, sem disciplina intelectual, em frontal incompatibilidade da decisão com a prova material inequívoca. Apelação por esse motivo é admissível ainda que a flagrante injustiça verse sobre matéria secundária, como ocorre com as qualificadoras e causas de aumento ou diminuição da pena especiais.(*Código de Processo Penal Interpretado.* 5. ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 751).

Vejamos a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema:

> Não se dá surpresa se o crime foi precedido de desavença (vias de fato ou calorosa discussão) (STF, 2ª T., *HC* nº 77347/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 20.02.2004, p. 23).

Na mesma linha de raciocínio esta Egrégia Câmara:

> Processual penal. Júri. Homicídio qualificado pelo motivo fútil e emprego de recurso que tornou impossível a defesa da vítima (surpresa). Cassação do veredicto. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Reconhecimento. Soberania da decisão do tribunal popular. Excepcionalidade. Recurso provido.
> - A proclamada soberania do Tribunal Popular do Júri, Instituição Constitucional, não é absoluta, impondo-se o reparo de sua decisão quando proferida em manifesto descompasso com a prova dos autos devidamente demonstrada.
> - Recurso a que se dá provimento (TJMG, AC 1.0259.04.911832-8/002, 1ª Câm. Crim., Rel. Des. Sérgio Braga, *DJ* de 10.01.2007).

Portanto, melhor e mais justo impor um segundo julgamento da questão, com o fito de reapreciação da questão fática pelo egrégio Tribunal do Júri, que, se mantiver idêntico posicionamento, não mais possibilitará verificação da matéria por este Tribunal, na forma delimitada pelo art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal.

Em face do provimento do recurso manifestado pela defesa, resta prejudicada a apelação aviada pelo representante do Ministério Público, que pretendia a alteração do regime de cumprimento de pena.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso aviado pela defesa para cassar a decisão do Egrégio Conselho de Sentença e determinar que Ednaldo Wilgles Barroso de Souza seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de São João Evangelista, nos termos do art. 593, *d*, do Código de Processo Penal, prejudicado o recurso ministerial.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Márcia Milanez* e *Eduardo Brum.*

Súmula: À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO E JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL.

-:::-

TRÁFICO DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE - AUTORIA - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - CAUSA DE AUMENTO DE PENA - ASSOCIAÇÃO EVENTUAL - INAPLICABILIDADE - USO DE ENTORPECENTE - PENA ALTERNATIVA - RETROATIVIDADE DA LEI 11.343/2006

Apelação criminal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Autoria e materialidade cabalmente demonstradas. Absolvição. Inadmissibilidade. Condenação mantida. Associação eventual. Nova Lei de Tóxicos. Decote. Ajuste das sanções. Penas do co-réu não-apelante. Incidência da Lei nº 11.343/2006. Necessidade de adequação. Recurso parcialmente provido.

- Se todas as provas são irrefutáveis, dando como certo e inquestionável o tráfico de entorpecentes, não merece reparos a sentença, hipótese que torna o pleito de absolvição impossível de acolhimento.

- Não estando prevista na nova lei a majorante aplicável em caso de associação eventual para o tráfico, que passou a ser tratada como crime autônomo (art. 35), o acréscimo imposto deve ser decotado, uma vez que a legislação recém-introduzida possui aplicação imediata, significando situação mais benigna ao acusado, consoante disciplina o art. 2º do Código Penal.

- As penas do co-réu não-apelante estão a merecer retificação, de ofício, ante a incidência da neófita Lei de Tóxicos (nº 11.343/2006), que, por ser mais benigna ao agente, no tocante às sanções do delito de consumo pessoal de drogas, possui aplicação imediata, conforme o disposto no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0672.06.205004-8/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Luiz Carlos de Castro Abreu - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. EDUARDO BRUM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL E, DE OFÍCIO, ALTERAR A SENTENÇA COM RELAÇÃO AO CO-RÉU NÃO-APELANTE, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 27 de março de 2007. - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Eduardo Brum - Luiz Carlos de Castro Abreu, Poliana Martins dos Santos e Walison Gouveia Barrado, qualificados, foram denunciados perante o Juízo da Vara Criminal e de Menores da Comarca de Sete Lagoas, como incursos nas disposições dos art. 12, *caput*, e art. 14, ambos da Lei nº 6.368/76, sob a acusação de que, no dia 13 de abril de 2006, por volta das 20h30, em uma residência localizada na Rua Pedra Azul, nº 306, Bairro Boa Esperança, Luiz Carlos mantinha em depósito, para fins de comércio - e com o conhecimento e participação de Poliana -, 93 (noventa e três) pedras de "crack", substância entorpecente de comércio e venda proibidos, capaz de desenvolver dependência química e psíquica.

Consta da exordial que, naquela data, em razão de informações dando conta de que aquele local estava sendo utilizado como ponto de comércio de drogas, policiais militares passaram a monitorar aquela residência, observando que o acusado Walisson e o menor V.F.G.S. nela entravam e saíam constantemente, fazendo inúmeros contatos com pessoas que por ali passavam. Em conseqüência, o menor V. foi abordado pelos milicianos e com ele foram encontradas duas pedras de "crack", tendo este declarado que obtivera aquele entorpecente no supracitado domicílio, onde o increpado Luiz Carlos reside.

Diante de tal fato, os milicianos dirigiram-se até a aludida residência, local onde Walison foi abordado, e também mantinha sob sua posse duas outras pedras de "crack", bem como R$72,00 (setenta e dois reais) em dinheiro.

Após isso, a Polícia Militar iniciou busca na casa de Luiz Carlos, vindo a encontrar, atrás de um guarda-roupas, a quantia de R$1.400,00 (hum mil e quatrocentos reais) e dois aparelhos celulares, pertencentes ao acusado Luiz e obtidos com a venda ilícita de entorpecentes.

Ainda em decorrência daquela busca, os militares lograram apreender, dentro das roupas íntimas da menor C.C.A. - irmã do denunciado Luiz Carlos -, 93 (noventa e três) pedras de "crack", psicotrópicos pertencentes ao imputado Luiz Carlos e que lhe foram entregues, para guardar, por Poliana Martins, na tentativa de evitar sua apreensão pelos agentes militares.

Finda a instrução criminal e vindo à luz a r. sentença de f. 182/191, a denúncia foi julgada parcialmente procedente e viram-se os acusados Luiz Carlos de Castro e Walison Barrado absolvidos pelo delito previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, e condenados, o primeiro, como incurso nas sanções do art. 12 e art. 18, III, ambos da Lei nº 6.368/76, e o segundo nas iras do art. 16 do mesmo diploma legal, sendo aplicadas, respectivamente, as penas de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, regime ini-

cialmente fechado, e 93 (noventa e três) dias-multa, arbitrado o valor unitário mínimo legal, e 7 (sete) meses, 15 (quinze) dias de detenção, regime aberto, e 25 (vinte e cinco) dias-multa, vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Poliana Martins, por sua vez, foi absolvida dos crimes estatuídos nos arts. 12 e 14, todos da Lei nº 6.368/76, tendo em vista o disposto no art. 386, VI, do CPP.

Inconformado, apelou o sentenciado Luiz Carlos, requerendo, em síntese, a absolvição, tendo em vista a ausência de provas para sustentar um decreto condenatório (f. 198/199 e 203/212).

A r. decisão transitou em julgado para o denunciado Walison Barrado e para Poliana Martins (f. 219-v.).

O Ministério Público, em ambas as instâncias, manifestou-se pelo desprovimento do apelo (f. 222/230 e 239/242).

Intimações regulares dos acusados (f. 214, 216 e 218), de seu digno patrono (f. 191-v.) e do Órgão Ministerial (f. 191-v.).

Conheço do recurso, atendidos os pressupostos de sua admissibilidade.

A materialidade delitiva restou sobejamente comprovada pelo auto de apreensão (f. 21 - apenso vol. 1), pelo laudo de constatação (f. 29 - apenso vol. 1) e exame toxicológico definitivo (f. 65 - apenso vol. 1).

A autoria ressai igualmente induvidosa.

Quando do inquérito policial, o apelante declarou que já foi usuário. No entanto, negou envolvimento com o tráfico ilícito de entorpecentes. Disse que apenas assumiu a propriedade da droga apreendida em sua residência, com o intuito de que seus familiares não ficassem presos. Acrescentou, ainda, que a sua irmã C. é que estava guardando os psicotrópicos em seu domicílio para um traficante, o qual não pôde declinar o nome, pois tinha medo de que ele pudesse matar a sua família ou ele próprio (f. 41/42 - apenso vol. 1).

Em Juízo, o suplicante novamente negou o comércio ilícito de entorpecentes e declarou-se perseguido pelos Policiais Militares, alegando que é acusado de tudo o que tem acontecido referente à droga (f. 127/129 - vol. 1).

Poliana Martins dos Santos, esposa do recorrente, informou que as pedras de “crack” foram encontradas na casa onde residem, dentro das roupas de C. Disse, outrossim, que um número considerável de pessoas iam até a sua residência procurando pela sua cunhada C. (f. 43/44 - apenso - vol. 1 e f. 134/136 - vol. 1).

No entanto, C.C.A., na companhia de seu patrono, declarou extrajudicialmente:

> Que sua cunhada Poliana falou que havia droga debaixo do banco na varanda e pediu para a informante esconder (...); que colocou os papelotes na dobra de sua calça e quando a policial mandou tirar a roupa e balançou a calça os papelotes caíram (...); que os papelotes de droga eram de seu irmão Luizinho, que é traficante de drogas (...); que o Luizinho vende droga na esquina (...); que nunca vendeu drogas para Walison e também não é traficante de drogas; que o único erro que cometeu foi ter escondido a droga para beneficiar o seu irmão, atendendo pedido de Poliana (f. 13/15 - apenso vol. 1).

Já na fase judicial, C., ao ser interrogada pelo MM. Juiz *a quo*, ratificou sua delação extrajudicial por duas vezes. Contudo, ao olhar para seu advogado, resolveu alterar a sua versão, alegando que um homem lhe ofereceu um trabalho para guardar alguns pacotes de drogas, sendo certo que cada dia ele mandava uma pessoa buscá-las e, por semana, pagava-lhe cinqüenta reais. Mais adiante, disse que esse homem se chamava Chiquinho e que não chegou a receber a quantia prometida por ele (f. 137/138 - vol. 1).

Ione Ferreira de Castro Abreu, genitora do increpado, em ambas as fases em que foi ouvida, asseverou que seu filho Luiz Carlos, conhecido como Luizinho, tem envolvimento com drogas, e esclareceu ainda que, se algum

entorpecente foi encontrado em sua residência, só poderia pertencer a ele (f. 8/10 - apenso vol. 1 e 141 - vol. 1).

As testemunhas Sílvio Geraldo Bastos Pena e José Maria Teixeira foram unânimes em relatar que presenciaram a apreensão dos psicotrópicos, bem como do dinheiro na residência do apelante (f. 4/7 - apenso vol. 1).

O miliciano Cláudio José Pereira narrou que recebeu informações do serviço de inteligência da Polícia Militar no sentido de que na residência do recorrente havia grande movimentação de pessoas e estaria sendo utilizada para o tráfico de drogas. Afirmou que ali foram apreendidas 93 (noventa e três) pedras de "crack" embaladas com plástico, as quais estavam escondidas dentro da roupa de C., irmã do imputado. Por fim, disse que havia notícias de que Luiz Carlos é responsável pelo comércio de entorpecentes no referido local (f. 2/4 - apenso vol. 1 e 139 - vol. 1).

O usuário Walisson Gouveia, em seu depoimento extrajudicial, confessou que comprou duas pedras de "crack" de C., pelo valor de R$10,00 (dez reais), acreditando que tal droga só poderia pertencer ao seu irmão Luiz Carlos (f. 10/11 - apenso vol. 1). Todavia, em juízo, Walisson retratou-se dizendo que adquiriu o entorpecente de um indivíduo chamado Orozimbo Macedo (f. 130/133 - vol. 1).

Da mesma forma, o menor V.F.G.S., na etapa extrajudicial, disse:

> que prestou depoimentos de livre e espontânea vontade, sem qualquer tipo de coação física ou mental (...); que, nesta data, por volta das 13h, foi até a residência de Luizinho e comprou diretamente dele duas pedras de "crack" (...); que somente compra drogas do Luizinho para seu consumo (grifos nossos) (f. 15/16 - apenso vol. 1).

Porém, em seu interrogatório judicial, o supramencionado usuário contou que nunca havia comprado pedra de "crack" do recorrente. Informou, ainda, que apanhou dos milicianos (f. 142 - vol. 1).

Na Depol, a testemunha Ivan Soares Faria afirmou:

> Que, a droga encontrada com C. com certeza é do Luizinho porque ele é traficante de droga (...); que, tem uma semana que trabalha na casa, e via movimento de várias pessoas chamando por Luizinho (f. 12/13 - apenso vol. 1).

De igual modo, na fase judicial, Ivan mudou a sua versão, aduzindo não saber se o recorrente era traficante (f. 140 - vol. 1).

Registre-se que, em que pese não confirmadas na fase judicial, tenho como válidas e críveis as delações dos usuários e de C. como fator para a condenação, tendo em vista a corroboração da prova testemunhal.

E, como bem salientou o culto Magistrado da instância primeva:

> apesar de na fase judicial ter havido mudanças de versões, tais se justificam não só pelo temor que os traficantes impõem em testemunhas, como também diante do grau de parentesco de algumas delas, sendo que buscaram covardemente colocar toda a carga na menor C., talvez mesmo pelo fato de esta ser menor (f. 187).

Com efeito, o que se nota é que o apelante tentou imputar a sua irmã C., registre-se menor de idade, a propriedade da droga apreendida. No entanto, o que se verifica é que tal versão restou isolada das provas carreadas aos autos.

Como se vê, a própria genitora do increpado delatou o envolvimento de Luiz Carlos com o tráfico, fato também descrito pelo Policial Militar Cláudio José Pereira.

Destaco, outrossim, que a apreensão das 93 pedras de crack só foi possível graças à diligente operação policial, que logrou êxito em apreendê-las na residência do réu, uma vez que recebida a informação da prática do comércio ilícito naquele local pelo serviço de inteligência da Polícia Militar.

Assim sendo, o conjunto probatório conduz à inexorável certeza moral do envolvimento do apelante com o comércio de drogas.

Como cediço, o tráfico de entorpecentes é um delito de ação múltipla e de conteúdo variado, em que se admitem várias condutas. Praticando uma das condutas elencadas pelo seu tipo, a condenação se impõe.

Demais disso, a prova testemunhal coligida nos autos, a grande quantidade de tóxico encontrada pelos policiais e a sua forma de acondicionamento (noventa e três pedras de crack já embaladas), bem como as circunstâncias em que se deu a apreensão, autorizam a conclusão firme e segura de que procede a acusação.

Desse modo, o acusado praticou o delito previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, devendo ser mantida a sua condenação.

Registro que o suplicante já foi absolvido do crime estatuído no art. 14 da Lei nº 6.368/76, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, consoante o r. *decisum* (f. 188), sendo, portanto, desarrazoado o pleito de absolvição daquele delito.

De outra banda, não vislumbro motivos para reduzir as reprimendas fixadas, uma vez que o culto Juiz-Sentenciante analisou a sua dosimetria de forma correta e demonstrou suficientemente as razões de seu convencimento, mormente no que se refere aos motivos pelos quais a pena-base foi fixada em patamar acima do mínimo legal.

Nota-se que o estabelecimento das sanções básicas em montante acima do mínimo cominado deveu-se à reprovação elevada da conduta do recorrente, conforme demonstrado nos autos, além da apreensão de considerável quantidade de entorpecentes e personalidade flagrantemente distorcida. Outrossim, a reincidência foi corretamente reconhecida, consoante a CAC de f. 11/14.

Destaco, entretanto, que a r. decisão está a necessitar de pequeno reparo, considerando-se a entrada em vigor recentemente - em 9 de outubro de 2006 - da novel Lei de Tóxicos - Lei nº 11.343/06 -, pela qual ficou revogada a causa especial de aumento no tocante à associação eventual, incidente nas penas de todos os sentenciados.

Com efeito, não estando prevista na nova lei a majorante aplicável em caso de associação eventual para o tráfico, que passou a ser tratada como crime autônomo (art. 35), o acréscimo imposto deve ser decotado, uma vez que a legislação recém-introduzida possui aplicação imediata, significando situação mais benigna ao réu, consoante disciplina o art. 2º do Código Penal.

Decoto, portanto, o aumento referente ao art. 18, inciso III, da revogada Lei nº 6.368/76, ficando Luiz Carlos de Castro Abreu condenado, no que se refere ao crime de tráfico ilícito de entorpecente, às penas definitivas de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e 70 (setenta) dias-multa, respeitados os percentuais estabelecidos pelo r. *decisum*.

Por derradeiro, de ofício, altero a r. sentença no tocante às reprimendas carcerária e de multa aplicadas ao co-réu não-apelante Walisson Gouveia Barrado, referentes ao delito previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76, pois, considerando que a nova Lei de Tóxicos afastou as penas anteriormente previstas, havendo tão-só sanções alternativas relativamente à posse de drogas para consumo pessoal, deve ser invocada a regra da retroatividade da legislação mais benéfica (art. 2º, parágrafo único, do CP).

Dessarte, atento à análise promovida na singela instância, imponho ao acusado a medida de advertência sobre os efeitos da droga (art. 28, inciso I, da Lei nº 11.343/06), a ser direcionada no Juízo de Execução, decotando, assim, todas as sanções antes infligidas no que concerne ao crime estatuído no art. 16 da Lei nº 6.368/76.

Não é necessária a expedição de alvará de soltura, tendo em vista que Walisson respon-

deu ao processo em liberdade (f. 12 - apenso vol. 1).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso e, de ofício, altero a r. sentença no tocante ao co-réu não-apelante.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Judimar Biber* e *Márcia Milanez*.

Súmula - À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO PARCIAL E, DE OFÍCIO, ALTERARAM A SENTENÇA COM RELAÇÃO AO CO-RÉU NÃO APELANTE.

-:::-

EXTORSÃO - FLAGRANTE ESPERADO - CRIME IMPOSSÍVEL - NÃO-CONFIGURAÇÃO - TIPICIDADE - CONDENAÇÃO - CRIME FORMAL - GRAVE AMEAÇA - VANTAGEM INDEVIDA - CRIME CONSUMADO - TENTATIVA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - IMPOSSIBILIDADE

Ementa: Extorsão. Crime impossível. Flagrante esperado. Inexistência. Constrangimento. Configuração. Delito formal. Tentativa. Afastamento. Recurso desprovido.

- Quando os policiais, ao receberem a informação de que um crime de extorsão seria praticado, organizam um esquema de vigilância, sem forjar qualquer situação, não há que se falar em fato atípico ou crime impossível, uma vez que o meliante agiu espontaneamente, sendo preso no momento em que foi ao encontro da vítima para buscar o dinheiro exigido.

- Se o agente constrange a vítima, e esta, atemorizada, como última instância, solicita a ajuda de terceiro, inclusive da polícia, há crime consumado.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0194.06.058536-2/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - Apelante: Carlos Alberto de Assis - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. WILLIAM SILVESTRINI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de março de 2007. - *William Silvestrini* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. William Silvestrini - Interpôs Carlos Alberto de Assis recurso de apelação, inconformado com a sentença de f. 73/81, que julgou procedente a denúncia, condenando-o nas sanções do artigo 158 do Código Penal, às penas de cinco anos de reclusão, a ser cumprida no regime fechado, e 30 dias-multa, no valor mínimo legal.

Intimado, o Promotor de Justiça não manifestou interesse de recorrer (f. 82-v.).

Narra a denúncia que, em 12.04.2006, o acusado constrangeu a vítima M.V.R.D., de 17 anos de idade, mediante grave ameaça, a entregar-lhe a quantia de R$ 40,00 e um aparelho celular, contra a sua vontade. Apurou-se que a vítima se encontrava no terminal rodoviário da cidade, quando dela se aproximou o denunciado, abordando e exigindo o seu celular, mediante grave ameaça, simulando portar arma de fogo. Após isso, exigiu que a vítima passasse o número do telefone, pois, no dia seguinte, iria ligar e marcar o horário para que ela levasse a quantia em dinheiro, visto que esta se encontrava com uniforme escolar e tinha ele conhecimento de onde estudava. No dia 13.04.2006, após telefonar-lhe diversas

vezes, fazendo-lhe ameaças, a vítima foi ao local determinado e, no momento em que iria entregar-lhe o dinheiro, a Polícia Militar, que foi acionada por seu genitor, prendeu o acusado em flagrante delito.

O condenado foi intimado da sentença à f. 85.

Em seu recurso (f. 91/94), alega a defesa que o caso constitui crime impossível, uma vez que o acusado jamais iria conseguir alcançar o seu intento em face da armação perpetrada pelo genitor da vítima, tendo sido esta induzida a comparecer ao local, tratando-se de flagrante preparado. Todavia, caso mantida a condenação, requer a admissão do crime na forma tentada, pugnando pela redução das penas na fração máxima, modificação do regime de cumprimento, aplicação da atenuante de confissão espontânea, sendo ainda amplamente favoráveis ao agente as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Contrariedade às f. 96/103, indo os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que exarou o r. parecer de f. 107, opinando, preliminarmente, pela nulidade da sentença e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso por presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Primeiramente, passando à análise da preliminar de nulidade da sentença argüida pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, verifico que lhe desassiste razão.

Quanto à dosimetria das penas, tenho que o douto Juiz sentenciante analisou criteriosa e adequadamente as circunstâncias judiciais na primeira fase, estando correta a consideração de maus antecedentes, pois o apelante é useiro e vezeiro na prática de ações delituosas, a se conferir pela certidão de f. 27/28, ostentando inquérito em andamento, não sendo este crime um episódio isolado em sua vida.

Justifica-se a exasperação da pena-base fundada na periculosidade do agente e nos maus antecedentes gerados por indiciamento em inquérito policial, esteja ele arquivado ou em andamento, uma vez que a presunção de inocência não impede o estudo da via pregressa e da personalidade do réu para fins de individualização da pena (STF, *HC*, Rel. Moreira Alves, j. em 18.06.1996, *RT* 741/551).

Por outro lado, havendo o registro de uma condenação com trânsito em julgado em data anterior ao crime, viável era o reconhecimento da agravante de reincidência para majoração das penas, não incorrendo o Julgador no famigerado *bis in idem*.

Realmente, não há como saber o que motivou o Magistrado na aplicação de causa de diminuição de pena na terceira fase do cálculo e, inexistindo recurso ministerial, sendo o réu beneficiado com a redução da reprimenda, impossibilitado estou de agir em *reformatio in pejus*, anulando a r. sentença.

Sobre a pena pecuniária, fixada a pena-base em patamar acima do mínimo legal, justificada estava a exasperação da pena de multa além do menor valor cominado. Portanto, estabelecido o número dentro do limite de 10 a 360, não se encontra a quantidade fixada desproporcional ao montante da pena privativa de liberdade.

São os motivos por que rejeito a prefacial argüida.

Do recurso:

Passando à análise da tese de crime impossível, desassiste razão ao apelante, havendo de ser feita uma distinção entre o flagrante preparado e o esperado.

No primeiro caso, também conhecido por flagrante provocado, o delinqüente é induzido, estimulado, instigado à prática do ilícito. Sua vontade não é espontânea e, por isso, se diz que não há crime.

Segundo Fernando Capez, seria aquele "delito de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador" (*Curso*

de processo penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 219).

Já na segunda situação, a atividade criminosa é livre, decorrente única e simplesmente do desejo do agente que é surpreendido ao praticar o delito, limitando-se a polícia a esperar para dar o flagrante.

Quando trata sobre o flagrante esperado, diz Capez:

> Considerando que nenhuma situação foi artificialmente criada, não há que se falar em fato atípico ou crime impossível. O agente comete crime e, portanto, poderá ser efetuada a prisão em flagrante. Esta posição é do STF: 'Não há flagrante preparado quando a ação policial aguarda o momento da prática delituosa, valendo-se de investigação anterior, para efetivar a prisão, sem utilização de agente provocador' (*RSTJ* 10/389).

No presente caso, não se tem dúvida, a polícia não influenciou a conduta típica do autor, mas esta já existia independentemente da ação policial, pois, tendo os policiais recebido a informação de que o crime seria praticado, organizaram um esquema de vigilância, sem forjar qualquer situação, enquanto o meliante agia espontaneamente, sendo preso no momento em que foi ao encontro da vítima para buscar o dinheiro exigido.

A respeito:

> Somente o flagrante preparado é que torna impossível o crime, conforme Súmula 145 do STF. Não havendo a polícia introduzido agente provocador, facilitando, induzindo ou incentivando a prática delituosa, lícita é a vigilância e digna de elogios a ação dos policiais que logram desbaratar a nociva empreitada (TJRO, Ap. Crim. 757/92, Guajará-Mirim, Rel. Des. João Batista).

Dessa forma, a tese argüida de crime impossível deve ser rejeitada, uma vez que o caso dos autos é de flagrante esperado, e não de flagrante preparado.

A materialidade do delito está patente no BO de f. 11/12, assim como no auto de prisão em flagrante de f. 05/10, auto de apreensão de f. 19, e documento de f. 38.

A autoria foi confessada pelo acusado, tanto na fase inquisitiva (f. 09/10) quanto em juízo (f. 36/37), embora nesta fase tenha modificado parte de suas declarações, negando o uso de ameaça, assim como de estar portando qualquer tipo de arma.

> "... na data de ontem, por volta das 17h30, estava no terminal rodoviário desta cidade quando abordou a vítima, exigindo dela o seu aparelho celular, ou qualquer quantia em dinheiro, dizendo que, caso ela não lhe entregasse o aparelho celular, não iria embarcar para Timóteo/MG; (...) afirma que contou à vítima, para que ela ficasse com medo, que estava 'corrido' de Belo Horizonte, e já havia matado três por lá e por isso se tratava de uma pessoa muito perigosa e não era para a vítima brincar com ela; ... nisso a vítima disse que não poderia lhe entregar o seu aparelho celular e que na hora não tinha nenhum dinheiro, mas que poderia arrumar; que o conduzido presente afirma que então exigiu que a vítima lhe entregasse na data de hoje, por volta das 14h, no interior do terminal rodoviário desta cidade, a quantia de R$ 40,00 (quarenta reais), tendo a vítima concordado (...); somente depois que combinou com a vítima é que a liberou de pegar o ônibus para Timóteo/MG; (...) na data de hoje, telefonou três vezes para a vítima, ... dizendo à mesma que estava esperando por ela conforme combinado (...); hoje, por volta das 15h, ficou aguardando a vítima no terminal rodoviário desta cidade, momento em que a avistou e foi aproximando da mesma; (...) após chegar à vítima e exigir a quantia combinada, foi abordado por militares .. (f. 09/10).

A dinâmica dos fatos narrados pelo réu na fase inquisitorial está em plena consonância com a palavra do ofendido e com o depoimento das testemunhas, as quais tiveram suas declarações ratificadas sob o crivo do contraditório (f. 46, 47, 59 e 60).

Ainda é importante frisar que o meio utilizado pelo recorrente foi suficiente para constranger a vítima, imprimindo-lhe medo a ponto de vir a fornecer o número de seu celular e aceitar a proposta de pagamento indevido.

Ocorrendo, portanto, o efetivo constrangimento, mediante grave ameaça comprovada, incutindo-lhe a presunção de lhe causar mal sério, temor a ponto de perturbar e coagir sua vontade, é de reconhecer-se configurado o delito do art. 158 do CP.

Nessa linha de raciocínio, outrossim, não merece guarida o pleito de reconhecimento da tentativa.

Sabe-se que a extorsão é um crime formal, consumando-se independentemente da obtenção da vantagem ilícita, o que se infere, inclusive, da Súmula 96 editada pelo eg. STJ.

Assim, o momento consumativo está na efetiva ação de constranger, sendo irrelevante o fato de a ação policial flagrar o recorrente no momento em que iria pegar o dinheiro, visto que o delito já havia se consumado antecipadamente, tendo a vítima, no dia anterior, já constrangida pelas ameaças proferidas, cedido às exigências do autor, concordado em fornecer-lhe o número de seu celular e de retornar ao terminal rodoviário no dia seguinte para entregar-lhe a quantia exigida.

O alcance do proveito indevido constitui mero exaurimento da conduta.

Sobre o assunto:

> Se o agente constrange a vítima e esta, atemorizada, como última instância, solicita a ajuda de terceiro, inclusive da polícia, há crime consumado; se a vítima repele o constrangimento e o agente por circunstâncias alheias à sua vontade não ultrapassa essa resistência, há tentativa (STJ, REsp 29.587, *DJU* de 02.08.93, p. 14.287).

Não se tem dúvida, portanto, de que constitui o presente caso crime consumado.

Ante tais considerações, rejeito a preliminar argüida pela douta Procuradoria-Geral de Justiça e nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Walter Pinto da Rocha* e *Eli Lucas de Mendonça*.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

RECEPTAÇÃO DOLOSA - CHEQUE FURTADO - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - PROCESSO PENAL - AÇÃO PENAL PÚBLICA - SUCUMBÊNCIA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - INAPLICABILIDADE

Ementa: Apelação criminal. Receptação dolosa. Réus que recebem cheques furtados de um desconhecido. Provas que indicam o dolo. Condenação mantida. Ação penal pública. Inexistência de sucumbência. Honorários advocatícios decotados.

- Se os agentes se ajustam para receber cheques vultosos de desconhecido, com a intenção de ficar com parte do valor caso as cártulas fossem devidamente compensadas, tratando-se de títulos de crédito furtados, fica caracterizada a receptação dolosa pela existência de provas que convergem para a elucidação do elemento subjetivo.

- Como em processo penal não há a mesma idéia de sucumbência da esfera cível, não há que se falar em imposição de honorários advocatícios, mormente em ação penal pública.

Preliminar rejeitada, primeiro apelo desprovido e segundo parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL n° 1.0223.03.126718-8/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: 1º) Edésio de Almeida Pires, 2º) Alexandre Cristiano Vinhal - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR, NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2007. - *Ediwal José de Morais* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Ediwal José de Morais - Trata-se de ação penal pública movida em desfavor de Edésio de Almeida Pires e Alexandre Cristiano Vinhal, réus acusados de perpetrarem receptação dolosa na Comarca de Divinópolis, neste Estado.

Nos termos da denúncia, recebida em 22.04.2004 (f. 02 - auto), os agentes teriam recebido folhas de cheque que sabiam ser de origem espúria, depositando as cártulas em conta-corrente.

Narra a acusação que os cheques recebidos decorrem de furto qualificado ocorrido dias antes, em estabelecimento comercial da região, buscando os acusados obter parte dos valores dispostos nos títulos de crédito, uma vez que se ajustaram para ficar com mil reais, caso houvesse a regular compensação, o que não ocorreu por recusa da instituição financeira.

Os acusados foram condenados nas sanções do art. 180, *caput*, do CP, fixadas as penas, para ambos, em um ano e dois meses de reclusão, regime inicial aberto, e 12 dias-multa, obstada a substituição.

O réu Alexandre foi condenado ainda em honorários advocatícios, fixados em proveito da Defensoria Pública do Estado, tudo conforme sentença de f. 98/105.

Apela a defesa de Alexandre (razões às f. 112/114), suscitando preliminar de prescrição da pretensão punitiva, entendendo o ilustre advogado, no mérito, fazer o réu jus à absolvição, pois não haveria provas do elemento subjetivo, tratando-se de ação isolada do co-autor, propugnando, alternativamente, pela substituição da pena privativa e decote da condenação em honorários.

No recurso que aproveita ao réu Edésio (razões às f. 117/120), há argüição de prescrição, protestando o culto defensor, no mérito, pela absolvição do increpado, uma vez que a condenação se teria dado somente com base na palavra do co-autor, sustentando ainda que o réu não sabia da origem espúria das cártulas.

Os recursos devem ser conhecidos, pois atendem a seus pressupostos de admissão.

Consigna-se que não se sabe a data certa de intimação do defensor constituído do réu Edésio, uma vez que não foi certificada nos autos a publicação da sentença no órgão oficial, o que nos instiga a conhecer do apelo.

A propósito:

> Em havendo dúvida razoável quanto à tempestividade do recurso, recomenda-se admiti-lo, por imperativo dos princípios que regem o acesso ao Judiciário (STJ, REsp. 43.535-9, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro in FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (org). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2., p. 2.932).

Como alguns temas suscitados nos recursos são comuns, não há necessidade de exame em separado dos apelos.

Preliminar:

Atestam os ilustres advogados que a pretensão punitiva está fulminada pela prescrição.

Sem razão.

O prazo prescricional determinado pela pena aplicada aos dois réus (um ano e dois meses de reclusão) é de quatro anos, conforme inteligência do art. 109, inc. V, c/c o art. 110, *caput* e § 1º, do CP, não sendo correta a alegação do ilustre Procurador de Justiça de que Alexandre era menor de 21 anos à época do fato.

O réu Alexandre nasceu em 1972 (f. 23), ocorrido o fato delituoso em 2002, portanto quando o agente contava com 30 anos de idade, não se reduzindo, então, o interstício prescricional pela metade (CP, art. 115).

Tendo em conta que a denúncia foi recebida em 2004 (f. 02) e a sentença publicada em 2006 (f. 105-v.), constata-se que o prazo de quatro anos não transcorreu em nenhum intervalo determinado pelos marcos interruptivos, o que nos leva a rejeitar a tese defensiva.

Com essas razões, afasto a preliminar.

Mérito.

Não há nulidades a serem declaradas, e a materialidade é atestada pelos documentos de f. 11/12, sem prejuízo da prova oral.

O crime precedente restou comprovado (f. 08/09, 13/15 e 16), não restando dúvidas de que os cheques depositados em favor dos réus têm origem em furto qualificado.

Em relação à autoria, para que a prova do elemento subjetivo do delito de receptação não fique sujeita a eventual confissão, todos os elementos probatórios devem ser concatenados, buscando-se esclarecer se os acusados tinham ciência da origem espúria dos bens, o que acontece no caso presente.

Alexandre teria recebido as cártulas, com o co-autor Edésio, das mãos de uma pessoa cujas características físicas sequer sabe declinar, sendo cheques de valor significativo, uma vez que todos eles são superiores a dois mil reais.

Difícil crer que alguém recebe de desconhecido ("... só conhecia ele de vista" - f. 22-v.), em plena via pública, cheques de valor considerável, sem perquirir a sua origem.

Os títulos de crédito recebidos não contavam com qualquer lastro de negócio jurídico, sendo adquiridos ao acaso, não diligenciando os envolvidos em buscar saber sua procedência, embora se tenham ajustado para receber parte do valor, caso houvesse a regular compensação.

É ingênuo demais pensar que os agentes não sabiam da proveniência maculada, pois todas as circunstâncias indicam para a existência de dolo preconcebido.

Repare-se como as declarações dos réus autorizam a condenação na modalidade dolosa da infração:

> ... realmente foi depositado um cheque no valor de R$ 2.234,00, do Banco Bradesco de São Paulo, em sua conta corrente; que 'quem depositou o cheque na minha conta foi o Alexandre' (...); 'não sabe' como Alexandre conseguiu o número de conta bancária (do declarante) (...); que não se preocupou em saber a procedência do cheque ao depositá-lo e que 'eu não tô nem aí não, ele quis depositar e eu deixei, e daí?' (Edésio de Almeida Pires, f. 19).
>
> ... à época dos fatos trabalhava no 'Lavajato do Edésio', sendo que um indivíduo que conhecia apenas de vista passou por aquele local, sendo que ele estava com alguns cheques na mão e então entregou dois ao declarante com a seguinte proposta: o declarante os depositava em sua própria conta corrente e 'se tudo desse certo eu ia ficar com mil reais'... confirma que realmente o Edésio, dono do lava-jato, estava presente quando foi feita tal transação acerca dos cheques, e inclusive o Edésio 'ficou com um cheque para ele depositar na conta dele' (...) não depositou nenhum cheque na conta do Edésio e que 'foi

ele mesmo quem depositou' (Alexandre Cristiano Vinhal, f. 22).

A condenação de Edésio não decorre só da palavra do co-autor, pois, como acima ilustrado, o próprio acusado deixa antever sua participação no delito, fato confirmado pela circunstância específica que a própria defesa suscitou no recurso.

Destarte, como Alexandre trabalhava há pouco tempo com Edésio ("Alexandre trabalhava para o declarante 45 dias antes dos fatos" - f. 65), há perplexidade diante da suposta autorização para depósito de cártula tão significativa em sua conta-corrente, sem que houvesse qualquer interesse por parte do empregador, tratando-se de cheque emitido por pessoa desconhecida.

Não se concebe, portanto, diante de tudo isso, que o proprietário do lava-jato não tivesse realmente participado da transação.

Não é despiciendo lembrar que o crime precedente (furto) se teria dado em estabelecimento comercial próximo ao lava-jato em que trabalhavam os envolvidos ("... eles trabalhavam num lava-rápido no outro lado da rua" - f. 78), poucos dias antes, convergindo as provas, então, para a configuração do dolo dos dois apelantes.

Existindo tantos elementos que depõem contra os réus, impende manter-se a condenação:

> Em se tratando do crime de receptação, a aferição do dolo do agente é muito difícil, visto ser impossível perscrutar o seu íntimo, podendo, assim, ser alcançado pelas circunstâncias exteriores que envolveram o fato e por prova indiciária (TACrimSP, Rel. Des. Souza Nery, *RJTACrim* 35/343).
>
> A receptação dolosa exige dolo específico, de maneira que seria impossível a condenação do agente sem a confissão, porque somente através dela ter-se-ia a convicção segura do elemento subjetivo, consistente no conhecimento prévio do agente a respeito da procedência criminosa da coisa adquirida ou recebida de outrem. Desse modo, para que a sanção se efetive e não fique ao alvedrio do próprio acusado, a prévia ciência da origem criminosa da coisa é passível de ser deduzida através de indícios sérios e da própria conduta do receptador antes e depois do delito (*RT* 717:385).

As penas foram devidamente fixadas, tratando-se realmente de réus com circunstâncias judiciais negativas, inclusive com outras condenações (f. 79/82), o que justifica o acréscimo conferido às penas-base e impede a substituição da pena ou mesmo a concessão do *sursis*.

É que os institutos em debate devem ser suficientes para a contenção dos condenados, o que não nos afigura no caso presente, pois os agentes vêm-se utilizando da liberdade para delinqüir, insistindo em condutas penalmente relevantes.

Logo, tanto a norma do art. 44, III, quanto a do art. 77, II, ambos do CP, impedem a concessão de benefícios alternativos ao encarceramento, restando autorizado o indeferimento havido em primeira instância.

Nesse sentido:

> A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes como instituída pela novel Lei 9.714/98, impõe ao magistrado a apreciação, além de outros, dos requisitos subjetivos previstos no art. 44, III, do Código Penal, para a concessão do benefício, que atribui ao julgador a formulação de um juízo normativo acerca da adequação da medida às condições pessoais do condenado e de que seja a substituição suficiente para a repressão do delito (TRF da 3ª Região, 1ª Turma, Rel. Des. Theotônio Costa, *Bol. IBCCrim* 85/407).
>
> As circunstâncias do art. 77, inc. II, do CP não autorizam a concessão do *sursis* ao condenado que tem maus antecedentes (*TACrimSP*, Ap. 959.215, Rel. Des. Renê Ricupero in FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (orgs.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 1.416).

No que se refere especificamente à condenação de Alexandre em honorários advocatícios, entendemos que assiste razão à defesa.

Em processo penal, mormente na ação penal pública, não há a chamada sucumbência, pois não se fala em vencedor ou vencido, sendo que a imposição em honorários normalmente é devida apenas na esfera cível e, mesmo assim, quando se sagra vencedor o assistido (art. 11, Lei nº. 1.060/50 - Súmula 450, STF).

Em outro feito, ilustre Par deste egrégio Sodalício teve a oportunidade de enfrentar a questão e decidiu, com singular sabedoria, a impossibilidade de fixação de honorários.

Repare-se como o julgado nos conforta:

> Sendo o processo penal sempre necessário, não há que se falar em sucumbência, mesmo porque não há vencedor ou vencido: apenas a concretização ou não da pretensão punitiva estatal formulada na denúncia pelo Ministério Público ou na queixa-crime pelo querelante. Havendo necessidade da ação penal e interesse eminentemente público, não há que se falar em sucumbência, mas no cumprimento de uma norma constitucional que é a compulsória observância do devido processo legal para fins de aplicação da pena, com obediência ao contraditório e à ampla defesa (TJMG, 5ª Câm., AC 2.0000.00.458912-0/000, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, j. em 05.04.2005).

A Lei Complementar Estadual citada pelo ilustre julgador primevo (LC nº 65/03), que dispõe sobre a Defensoria Pública, não fala em honorários de sucumbência, inexistindo previsão legal para que seja fixado valor nesse sentido.

Aqui vale ilustrar nosso pensamento, com o seguinte precedente:

> Não se aplica o princípio da sucumbência no processo penal, pelo que descabe a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios, sem que ocorra expressa cominação legal (TARS, Rel. Des. Paulo Tovo, *ADV* 5.964/553).

A questão ganha ainda maior vulto ao percebermos que o agente estaria sendo condenado a solver honorários de seu próprio defensor, eleito pelo Julgador diante da inércia do réu, é certo, mas que é medida imposta no interesse do Estado em concluir a instrução criminal.

Assim sendo, apenas nesta parte, insta provimento ao recurso aviado em favor de Alexandre.

Com todos esses fundamentos, rejeito a preliminar, nego provimento ao primeiro apelo e dou parcial provimento ao segundo, apenas para decotar da condenação do segundo apelante a imposição de honorários advocatícios.

Demais imposições do julgado, mantidas.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *William Silvestrini* e *Walter Pinto da Rocha*.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO.

-:::-

ROUBO QUALIFICADO - ARMA DE FOGO - GRAVE AMEAÇA - VIOLÊNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - FURTO - IMPOSSIBILIDADE - *RES FURTIVA* - POSSE - CRIME CONSUMADO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - SUBSTITUIÇÃO - REQUISITOS - ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL

Ementa: Roubo. Violência caracterizada. Desclassificação indevida. Tentativa. Inexistência. Art. 44 do CP. Violência. Aplicação afastada. Pena-base. Fixação acima do mínimo. Possibilidade.

- Comprovado que o acusado ameaçou de morte a vítima com uso de arma de fogo, com a finalidade de subtrair um bem do patrimônio desta, resulta configurado o tipo previsto no art. 157 do CP, impossibilitando a desclassificação do delito para o de furto.

- Não há falar em tentativa de roubo quando o bem da vítima é retirado de sua posse por meio de violência, ainda que por poucos momentos.

- Não faz jus à benesse do art. 44 do CP o acusado que, na prática do delito, agiu com violência contra a vítima.

- Configurados a culpabilidade do acusado, os motivos e as circunstâncias do delito, evidencia-se ser correta a fixação das penas-base acima do mínimo legal.

Apelação desprovida.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0024.06.084130-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Wester Bitencourt Martins - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2007. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Delmival de Almeida Campos - Trata-se de apelação interposta por Wester Bitencourt Martins contra a sentença que julgou procedente a denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que o condenou às penas de seis anos de reclusão, em regime semi-aberto, e 40 dias-multa, por ter incorrido nas sanções do art. 157, § 2º, I, do CP.

As razões recursais das partes e o pronunciamento da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram explicitadas, sumariamente, no relatório de folhas.

O apelante assevera que apenas pegou o telefone celular da vítima, o qual se encontrava sobre o painel do carro desta, e saiu correndo, sendo certo que, em momento algum, mostrou ou apontou arma de fogo para ela. Assim, patenteia-se o tipo do furto na sua forma tentada, pois foi detido por policiais militares. Nesse sentido, afirma inexistir qualquer prova da prática de violência, restando apenas a palavra da vítima contra a sua, o que, a seu ver, é insuficiente para alicerçar a sua condenação nos moldes fixados na sentença.

Examinando o arcabouço probatório inserto no feito, resulta que não se pode acolher esta argüição do apelante, porquanto a vítima Humberto Garcia Massote, nas suas declarações coletadas na A.I.J., noticiou:

> ... que, no momento em que o acusado acionou o gatilho da arma, o depoente não pôde precisar se a intenção era de matá-lo, podendo esclarecer que ficou com muito medo e sem qualquer reação; que realmente a arma foi apontada para o depoente, quando Luzia não obedeceu à ordem de voltar para o carro... (f. 67).

Estes informes da vítima encontram ampla ressonância no depoimento da testemunha Luzia Juliana Alves, prestado na referida audiência, oportunidade em que afirmou:

> ... que a depoente deu para ver que o acusado estava armado; que embora sabendo estar o acusado armado, a depoente sentiu-se

desesperada e desceu do carro; que o acusado exigia que a depoente entregasse seu celular; que mandava que ela voltasse para o carro, caso contrário mataria o marido da depoente... (f. 69).

Sobre o tema, é assente o entendimento de que, na seara dos crimes patrimoniais, sendo as declarações da vítima firmes e seguras como na espécie vertente, é elemento material de convicção de especial valia. É o que se pode extrair deste aresto de lavra do então Tribunal de Alçada gaúcho, *verbis*:

> Prova. Roubo. Palavra da vítima. Valor. - Como reiteradamente se vem decidindo, se o delito é praticado sem que outra pessoa o presencie, a palavra da vítima é que prepondera. A preponderação resulta do fato de que uma pessoa nunca irá acusar desconhecidos da prática de uma subtração, quando esta não ocorreu. Não se pode argumentar de acusação motivada por vingança ou qualquer outro motivo, quando os envolvidos não mantêm vínculo de amizade ou inimizade, quando são desconhecidos entre si (*JTAERGS* 103/89).

Ora, patente é o fato de que a vítima somente entregou o seu telefone celular para o apelante pela real ameaça que este praticou com a arma de fogo, circunstância esta que configura, de forma ineludível, o uso da violência para se perpetrar o delito em epígrafe. Sobre o alcance do termo "violência", inserto no aludido art. 157 do CP, vale-se da elucidativa lição de Damásio de Jesus, *verbis*:

> 1ª) própria: emprego de força física, consistente em lesão corporal ou vias de fato; 2ª) imprópria: emprego de 'qualquer meio' descrito na norma incriminadora, abstraída a grave ameaça; 3ª) imediata: contra o titular do direito de propriedade ou posse; 4ª) mediata: contra um terceiro; 5ª) física: emprego da *vis* absoluta (força física); 6ª) moral: emprego da *vis* compulsiva (grave ameaça) (*Código Penal Anotado*. 11 ed. Ed. Saraiva, p. 558).

Destarte, verifica-se que a situação fática delineada nos autos perfaz, concretamente, o tipo penal estabelecido no art. 157 do CP, porquanto o apelante praticou atos violentos para sujeitar a vítima a sua ação criminosa dirigida contra o patrimônio desta, pelo que não se há de falar em desclassificação do delito sob foco.

No que concerne à alegação do apelante de que o delito permaneceu na esfera da tentativa, verifico a necessidade de salientar que, na modalidade do crime de roubo, a sua consumação aperfeiçoa-se quando o agente, usando de violência, retira da posse da vítima o bem de propriedade desta, ainda que não o detenha, posteriormente, de forma tranqüila.

In casu, extrai-se, da APFD de f. 06/10 e do BO de f. 17/20, que o apelante, após subtrair o telefone celular da vítima com violência, evadiu-se pelas ruas do Bairro Gutierrez, nesta Capital, oportunidade em que foi perseguido e detido por policiais militares. Esses fatos caracterizam, a toda evidência, a subtração e a posse do bem da vítima, embora este último ato não tenha sido exercido de maneira tranqüila, situação esta que é, induvidosamente, a consumação do roubo.

A propósito, a jurisprudência emanada do colendo STJ, v.g.:

> Penal. Crime de roubo. Posse tranqüila da *res furtiva*. Desnecessidade.. Tentativa. Critério objetivo de diminuição com base no *iter criminis*.
> 1. Considera-se consumado o crime de roubo no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva* mediante grave ameaça ou violência, ainda que não obtenha a posse tranqüila do bem, sendo prescindível que saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes do STF e STJ. 2. Acolhida a tese da consumação do delito, resta prejudicada a questão relativa ao critério utilizado para a redução da pena pela incidência da tentativa. Entretanto, a título de esclarecimento, é oportuno salientar que, conforme assentado pela jurisprudência desta Corte, este é aferido conforme o *iter criminis* percorrido pelo agente, e não de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (STJ - REsp 665742/RS - 5ª Turma - Rel.ª Min.ª Laurita Vaz - *DJU* de 13.12.2004 - p. 445).

E, ainda:

> Penal. Roubo. Consumação. Posse tranqüila da *res furtiva*. Desnecessidade. - Assentada jurisprudência desta Corte e do col. STF no sentido de que o crime de roubo se consuma

com a mera posse, ainda que por curto período de tempo, da coisa alheia móvel subtraída mediante violência ou grave ameaça. Não se exige, para a consumação do delito, a posse tranqüila da *res furtiva* (STJ, REsp 666240/RS, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 22.11.04, p. 386).

Alega ainda o apelante que suas penas foram exacerbadas em demasia, deixando a Juíza de considerar que não há delito outro ou mácula que o desabone, além de a *res furtiva* ter sido devolvida intacta à vítima, fatos estes que determinam redução das suas reprimendas ao mínimo legal.

Vez mais, não se pode dar razão ao apelante, porquanto, na fixação da sanção penal, deve ser observado o grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade), aliado às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Verifica-se que a conjugação dos elementos contidos no retro mencionado texto legal são desfavoráveis ao apelante, o qual não pode ser beneficiado pela pena mínima prevista no art. 157 do aludido Código. Ora, apenas os bons antecedentes do recorrente, a sua hipotética boa conduta social e a simples devolução do bem ao seu legítimo dono são insuficientes para favorecê-lo, já que a aplicação das penas acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada na culpabilidade, nos motivos e nas circunstâncias do crime, segundo dispõe a sentença fustigada.

Por fim, o apelante aporta que lhe deverá ser concedido o benefício do art. 44 do CP, substituindo-se a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade ou pagamento de cestas básicas, ou que o cumprimento de sua reprimenda carcerária se faça pelo regime aberto.

Vislumbro que não se pode conceder guarida a este pleito do apelante, uma vez que encontra o óbice do inciso I do referenciado art. 44 do CP, por ter se utilizado de violência, quando da prática do delito, além de a sua pena carcerária ser superior a quatro anos.

Quanto ao regime de cumprimento da privativa de liberdade, penso que este não poderá ser alterado do semi-aberto para o aberto, em face de a sua reprimenda ter sido fixada em lapso temporal superior a quatro anos, fato este que incide no óbice constante da alínea *b* do § 2º do art. 33 do CP. Destarte, deverá o apelante sujeitar-se ao cumprimento da sanção carcerária na forma estabelecida na sentença.

Isso posto, nego provimento à apelação em apreço.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *William Silvestrini* e *Walter Pinto da Rocha*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

ESTELIONATO - CHEQUE SEM FUNDOS - SIGILO BANCÁRIO - DIREITO À INTIMIDADE - DILIGÊNCIA - FUNDAMENTAÇÃO - REQUISITOS - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - PROVA ILÍCITA - TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA - ABSOLVIÇÃO

Ementa: Apelação. Estelionato. Emissão de cheque sem fundos. Quebra do sigilo bancário. Irregularidade. Ausência de fundamentação do ato que determina a diligência. Não-preenchimento dos requisitos legais e jurisprudenciais. Ilicitude. Precedentes do STF. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Aplicabilidade.

- O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência sedimentada de que a quebra do sigilo bancário é prova válida como excepcionalidade ao direito à intimidade e à vida privada.

Todavia, em face do seu caráter excepcional, a produção dessa prova deve obedecer, rigorosamente, a requisitos legais que controlem a flexibilização dessa garantia individual.

- Admite-se a quebra dos sigilos bancários que obedeça aos seguintes requisitos: controle judicial, fundamentação idônea, finalidade pública previamente delimitada, imprescindibilidade da medida, lapso temporal e identificação minuciosa do correntista.

- É obrigatória a fundamentação na decisão que determina a quebra dos sigilos bancários, com o apontamento das razões que justificam a medida excepcional e o seu caráter imprescindível, além da definição precisa do lapso temporal que as informações devem abranger e a minuciosa identificação do correntista.

- Toda e qualquer prova produzida judicialmente deve contar com a ciência e participação da defesa, resguardando-se, dessa forma, o princípio constitucional do contraditório.

- Reconhecida a ilicitude de uma prova que vincula as demais, deve ser aplicada a teoria dos frutos da árvore envenenada, considerando inidôneo todo o conjunto probatório.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0223.04.155352-8/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Marcos Antonio Alves Xavier - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2007. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Alexandre Victor de Carvalho - I - Relatório.

Trata-se de apelação interposta por Marcos Antônio Alves Xavier, visando à reforma da sentença condenatória pela prática do crime descrito no art. 171 do Código Penal, cuja pena foi de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 40 (trinta) dias-multa.

Segundo narra a denúncia, o apelante teria obtido indevida vantagem econômica em prejuízo da vítima Antônio Carlos Borges, usando do artifício de adquirir jóias de ouro 18k e pagar com cheques pós-datados, previamente ciente de que não teriam fundos na data ajustada para depósito.

O *Parquet* denunciou o apelante pelo delito de estelionato. Defesa prévia às f. 59/60. Alegações finais do Ministério Público, requerendo a procedência da denúncia às f. 69/72. O apelante apresentou suas alegações defensivas às f. 75/76.

A sentença condenatória de f. 187/191 foi prolatada, fundamentando-se na prova documental e testemunhal produzida.

O apelante recorreu da decisão, pugnando pela sua absolvição.

O *Parquet* apresentou, tempestivamente, as contra-razões recursais.

A Procuradoria de Justiça opinou que seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

II - Conhecimento.

Conheço do recurso em face do ajuste legal.

III - Preliminar.

Apresenta o apelante preliminar de nulidade das provas produzidas nos autos por estarem contaminadas pela quebra irregular de seu sigilo bancário.

Entendo que a matéria comporta apreciação no mérito, e não como prefacial.

De fato, acatada a tese defensiva, não existiria nos autos prova idônea e legítima a ensejar a condenação do réu, acarretando, assim, a sua absolvição.

Ademais, a inviabilidade de um conjunto probatório é inegavelmente matéria meritória, já que pugna pela incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada - *fruits of the poisonous tree* - cuja conseqüência é a absolvição do acusado pela insuficiência de provas válidas para a condenação.

Isso posto, deixo de apreciar a preliminar apresentada para analisá-la no mérito.

IV - Mérito.

Entendo que assiste razão ao apelante ao pugnar por sua absolvição em face da inidoneidade do conjunto probatório produzido a seu desfavor.

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência sedimentada de que a quebra do sigilo bancário é prova válida como excepcionalidade ao direito à intimidade e à vida privada. Todavia, em face do seu caráter excepcional, a produção dessa prova deve obedecer, rigorosamente, a requisitos legais que controlem a flexibilização dessa garantia individual.

Dentre tais requisitos, podem ser citados: controle judicial, fundamentação idônea; finalidade pública previamente delimitada, imprescindibilidade da medida, lapso temporal e identificação minuciosa do correntista.

Nesse sentido, o lapidar voto do Ministro Celso de Mello:

> A quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios. Doutrina. Precedentes. - Para que a medida excepcional da quebra de sigilo bancário não se descaracterize em sua finalidade legítima, torna-se imprescindível que o ato estatal que a decrete, além de adequadamente fundamentado, também indique, de modo preciso, dentre outros dados essenciais, os elementos de identificação do correntista (notadamente o número de sua inscrição no CPF) e o lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira (STF, *HC* 84.758, Rel. Min. Celso de Mello).

Uma vez mais, sobre o mesmo tema, em outro julgado:

> Comissão Parlamentar de Inquérito. Quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico. Ausência de indicação de fatos concretos. Fundamentação genérica. Inadmissibilidade. Controle jurisdicional. Possibilidade. Conseqüente invalidação do ato de *disclosure*. Inocorrência, em tal hipótese, de transgressão ao postulado da separação de Poderes. Mandado de segurança deferido.
> - A quebra de sigilo que se apóia em fundamentos genéricos e que não indica fatos concretos e precisos referentes à pessoa sob investigação constitui ato eivado de nulidade.
> - A quebra do sigilo inerente aos registros bancários, fiscais e telefônicos, por traduzir medida de caráter excepcional, revela-se incompatível com o ordenamento constitucional, quando fundada em deliberações emanadas de CPI cujo suporte decisório se apóia em formulações genéricas, destituídas da necessária e específica indicação de causa provável, que se qualifica como pressuposto legitimador da ruptura, por parte do Estado, da esfera de intimidade a todos garantida pela Constituição da República. Precedentes. Doutrina.

> - O controle jurisdicional de abusos praticados por comissão parlamentar de inquérito não ofende o princípio da separação de Poderes.
> - O Supremo Tribunal Federal, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, neutralizando, desse modo, abusos cometidos por Comissão Parlamentar de Inquérito, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, nesse contexto, porque vocacionado a fazer prevalecer a autoridade da Constituição, não transgride o princípio da separação de Poderes. Doutrina. Precedentes (STF, NS 25.668, Rel. Min. Celso de Mello).

Ainda no Pretório Excelso, no mesmo diapasão, o voto do Ministro Marco Aurélio:

> Privacidade. Sigilo de dados. Regra e exceção. - A regra, constante do rol constitucional de garantias do cidadão, é a manutenção de privacidade, cujo afastamento corre à conta da exceção. Decisão judicial. Fundamentação. Sigilo de dados. Afastamento. - O princípio da vinculação resulta na necessidade imperiosa de os pronunciamentos judiciais serem fundamentados. Implicando o afastamento de garantia constitucional - intangibilidade de dados relativos à pessoa -, indispensável é a análise dos parâmetros do caso concreto, fundamentando o Estado-Juiz a decisão (STF, *HC* 86.094, Rel. Min. Marco Aurélio).

Pois bem. Em face dos julgados supratranscritos, fica evidenciado que o Supremo Tribunal Federal, considerando a quebra do sigilo bancário uma exceção à garantia individual da intimidade e da vida privada, somente aceita tal prova como idônea se decorrer de ato estatal devidamente fundamentado, com precisa identificação do lapso temporal que as informações deverão abranger e minuciosa identificação do correntista, inclusive com a necessidade de indicação do seu CPF.

No caso em tela, a decisão que determinou a quebra dos sigilos bancários - f. 41-v. -, a toda evidência, descumpriu todos os requisitos citados, porquanto carece completamente de fundamentação, além de não indicar a finalidade da diligência e sua imprescindibilidade, não citar o lapso temporal que as informações deveriam abranger e nem sequer identificar corretamente o correntista.

E o mais grave: dessa decisão não foi intimada a defesa e sequer o próprio acusado, sendo tal prova produzida à mercê da participação do réu e seu defensor.

A movimentação bancária juntada às f. 53-56 foi crucial para a condenação do réu, pois demonstrou que diversos cheques foram emitidos pelo apelante sem a suficiente provisão de fundos, o que revelou, no entender da sentença condenatória, o dolo precedente do acusado quando da compra mercantil que ensejou a denúncia e o processo criminal.

O direito à intimidade e à vida privada, protegidos constitucionalmente, somente pode ser violado, obedecidos os critérios que impedem a arbitrariedade e o abuso, inadmissíveis no Estado Democrático de Direito.

Ademais, as provas devem ser produzidas em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, impondo-se contar, na sua produção, com a participação das partes que acabam por compor a lide processual penal.

Importante ressaltar, ainda, que a referida prova ilícita foi produzida antes da audiência de instrução, restando claro, pois, a contaminação de todo o arcabouço probatório.

Aliás, sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada, o Supremo Tribunal Federal, analisando a matéria em Plenário, manifestou-se a favor do entendimento de que a prova ilícita pode sim gerar a contaminação das demais provas que dela derivam. O acórdão foi relatado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, com a seguinte ementa:

> Prova ilícita: Escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela

estabelecidas, possa o Juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do *habeas corpus* pela soma dos votos no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do *habeas corpus*, verificar a existência de provas livres da contaminação suficientes a sustentar a condenação questionada. Nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica - a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente.

Após esta decisão, o Pretório Excelso ratificou esse entendimento no *HC* 73.351-4, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, culminando por confirmá-lo, em mais uma decisão plenária proferida no *HC* 72.588/PB, nos seguintes termos:

1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes: a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, *a*, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas.
2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos.
3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente.
4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo.
5. *Habeas corpus* conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de seis votos contra cinco (STF, Rel. Ministro Maurício Côrrea).

Por fim, é importante concluir, asseverando que o apelante não foi condenado pelo crime de emissão de cheques sem fundos, mas, sim, pelo estelionato na sua forma básica, cuja caracterização decorreu, exatamente, do reiterado comportamento do acusado de emitir cheques pós-datados sem a intenção de honrar o pagamento, o que somente foi revelado pela prova ilícita produzida nos autos.

IV - Conclusão.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para absolver o apelante por insuficiência de provas.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Maria Celeste Porto* e *Vieira de Brito*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

-:::-

LATROCÍNIO - CONCURSO DE PESSOAS - MATERIALIDADE - AUTORIA - VALORAÇÃO DA PROVA - DOLO - HOMICÍDIO - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - IMPOSSIBILIDADE - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO - DIVISÃO DE TAREFAS - CO-AUTORIA - CONDENAÇÃO

Ementa: Penal. Apelação criminal. Latrocínio. Autoria comprovada. Desclassificação para homicídio. Impossibilidade. Participação de menor importância não configurada.

- Para a caracterização do latrocínio, não há necessidade de que o agente seja autor das facadas que atingiram a vítima, visto que, ciente da prática do roubo e de que seu comparsa estava armado, assumiu o risco de provocar o resultado.

- Não se exige, para a verificação da co-autoria, que todos os agentes efetuem, necessariamente, a ação descrita pelo verbo componente do núcleo do tipo, sendo suficientes a adesão ao plano criminoso e a ajuda àquele que, efetivamente, pratica os atos de execução.

- Se a atitude do co-réu é essencial para possibilitar a prática do delito, não há falar em participação de menor importância.

- Comprovadas a materialidade, autoria e tipicidade do delito, impõe-se a manutenção da condenação, agindo o juiz com acerto ao fixar a pena em conformidade com os princípios ditados nos arts. 59 e 68 do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL n° 1.0512.06.031578-9/001 - Comarca de Pirapora - Apelante: Diogo Mendes da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. WALTER PINTO DA ROCHA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 24 de janeiro de 2007. - *Walter Pinto da Rocha* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Walter Pinto da Rocha - Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação criminal interposta por Diogo Mendes da Silva contra a sentença de f. 191/196, através da qual o MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pirapora o condenou pela prática do crime previsto no art. 157, § 3°, c/c o art. 61, II, *d*, ambos do CP, às penas de 21 anos de reclusão, a ser cumprida no regime fechado, e 12 dias-multa, no valor mínimo legal.

Narrou a peça acusatória que, no dia 14.01.2006, por volta das 4h30, nas proximidades do Bairro Industrial e Bairro Aparecida, o denunciado, na companhia do adolescente Gilson Vieira Gribel, agindo com concurso de vontades e unidade de desígnios, contrataram com a vítima José Severiano Bezerra uma corrida de táxi e seguiram até o local acima descrito, onde determinaram que a vítima parasse o veículo e anunciaram o assalto, tendo o denunciado Diogo assumido a direção do carro. Consta ainda que os meliantes seguiram para a Av. São Francisco, em frente ao n° 4.328, no Bairro Nossa Sra. Aparecida, em Pirapora-MG, momento em que agrediram o taxista com uma faca. A vítima conseguiu desvencilhar-se e fugir em direção a um matagal, sendo perseguida pelos meliantes que a alcançaram e, mediante violência, com emprego da referida, causaram-lhe ferimentos que ocasionaram sua morte. Certos de que a vítima havia morrido, os meliantes voltaram para o táxi e evadiram-se do

local, levando o veículo, que, posteriormente, foi abandonado, subtraindo para si um aparelho celular e a quantia de R$ 90,00 em dinheiro pertencentes a ela.

Sustenta o apelante, às f. 198/204, que não praticou o crime descrito na denúncia, pois não sabia que o menor iria praticar um assalto, não subtraiu nada da vítima nem concorreu para sua morte. Pleiteia a absolvição por ausência de provas de que tenha participado da ação criminosa ou, alternativamente, a desclassificação do delito de latrocínio para o previsto no art. 121, *caput*, do CP e o reconhecimento da participação de menor importância.

Contra-razões do Órgão Acusador às f. 208/213, nas quais sustenta a configuração do crime de latrocínio, pugnando pela confirmação da sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 221/235, pelo desprovimento do recurso.

A absolvição pretendida pelo apelante não merece acolhida.

Não há, nos autos, dúvidas quanto à materialidade do delito, conforme demonstram o BO, f. 22/32; autos de apreensão, f. 33 e 34; termo de restituição, f. 38; laudo de avaliação, f. 36/37; laudos periciais, f. 52/84; tudo em sintonia com a prova oral colhida.

Na hipótese dos autos, os indícios seguros norteiam a condenação de Diogo Mendes da Silva pelo crime de latrocínio (art. 157, § 3°, do CP).

O crime enfocado pertence à espécie das infrações em que a prova direta raramente é alcançada, porque praticado na clandestinidade, em situações ocultas e sem testemunhas, motivo pelo qual o julgador, orientando-se também por provas indiretas, pesquisa os indícios e circunstâncias do delito e conclui se há certeza ou não da responsabilidade do agente.

O apelante, tanto no inquérito, f. 13, como em juízo, f. 125, confirma que estava no local dos fatos em companhia de seu comparsa, porém apresenta versão distinta da apresentada pelo menor no inquérito.

> ... o declarante sentou na frente e o Gilson sentou atrás, ficando também atrás do motorista, saindo em direção ao bairro Industrial; que o veículo transitava normalmente quando, em dado momento, Gilson colocou a faca no pescoço do taxista e anunciou o assalto;... que 'nenhum dos dois tinha a intenção de matar ele'; que o declarante não 'muito' estava esperando que ele iria assaltar o taxista; que Gilson voltou novamente no carro e disse ao taxista, 'você tem mais dinheiro'...; que o taxista tomou a faca do Gilson no momento em que os dois estavam sentados no banco de trás e o declarante no banco da frente; ... que o motorista começou a dar golpes de faca, acertando na orelha do declarante... no rosto, na mão direita, e alguns arranhões; que aí o declarante foi tentar segurar a mão dele... que Gilson abriu a porta traseira do carro, onde estavam sentados e passaram a rolar no chão; ... que nesse momento o declarante tentou somente chutar a mão do taxista para desarmá-lo; que aí o Gilson, que já estava na posse do canivete que encontrou dentro do carro, atingiu a barriga do taxista, tendo ele levantado e passou a correr no meio do mato, tendo Gilson corrido atrás do motorista com o canivete na mão; ... que de longe viu o moço cair no mato; que, caído, o Gilson passou a chutar e ainda o declarante viu que ele deu mais duas facadas na 'garganta', não tendo visto muito bem porque estava escuro; que os dois haviam passado debaixo da cerca até que chegasse nesse local onde o Gilson matou o taxista; ... que o Gilson não conseguiu dirigir, passando o declarante a conduzir o carro, conduzindo o veículo até um certo ponto, 'já que a gente estava indo no sentido da avenida São Francisco; ... que, após abandonarem o carro, ficou acertado que cada um iria para sua casa, e lá, após lavar a mão, o Gilson pegou uma camisa do declarante de cor amarela, já que a outra estava 'ensangüentada' (f. 13/16). Depoimento confirmado em juízo, f. 125/127.

Na fase inquisitorial, Gilson Vieira Gribel, menor infrator, confirmou a prática do crime e a participação do apelante, relatando, inclusive, que ele desferiu as facadas na vítima, f. 10/12.

O laudo pericial foi conclusivo ao afirmar:

> Fundamentados no estudo técnico realizado pelos peritos dos vestígios deixados pelos agressores durante a trajetória realizada para evasão do local imediato, especificamente das manchas sangüíneas por projeção, constatadas sobre o terreno, sob a cerca de arames farpados, em dois pontos distintos, direcionadas para a avenida São Francisco, levaram os signatários à assertiva da participação intencional de no mínimo dois agressores, e que os mesmos se encontravam feridos e possivelmente se apresentariam em hospitais da região (...) f. 55.

O fato de não ter sido apreendida a *res furtiva* na posse do apelante, por si só, não pode ser considerado em seu favor, mormente quando os bens subtraídos consistiam em objetos de fácil disposição (dinheiro).

E a jurisprudência não destoa, senão vejamos:

> Em crimes contra o patrimônio, a falta de apreensão dos bens subtraídos não exime o agente de responsabilidade, uma vez que, se não ocorre o flagrante, com larga margem de tempo entre a informação da vítima e as providências policiais, há prazo suficiente para que seja dada destinação diversa à *res* (TACrimSP, Apelação, Relator Juiz Bento Mascarenhas; *RJD* 28/80).

Ademais, o próprio apelante, em juízo, f. 125/127, afirma que estava presente no local dos fatos e presenciou a prática do crime, negando, entretanto, sua participação, declaração que não merece credibilidade, visto que totalmente contrária à prova colhida nos autos.

Ora, das declarações do acusado, percebe-se com clareza que aderiu à conduta do menor, pois presenciou as agressões à vítima, abandonou-a na rua, empreendeu fuga com o comparsa, dirigindo o veículo subtraído da vítima, levando Gilson para sua casa e emprestando-lhe uma camisa limpa.

A alegação de que não participou do delito é de todo impertinente, dado que esteve presente durante todo o *iter criminis*, pois poderia ter saído de perto do menor ou prestado auxílio à vítima, impedindo o crime, o que não ocorreu, anuindo assim à conduta daquele de forma livre e consciente.

Em nenhum momento, ficou demonstrado que o apelante não pretendia participar do crime de latrocínio, visto que permaneceu no local do crime durante toda a execução da empreitada criminosa, manifestando-se de acordo e não contrariamente à conduta de seu companheiro.

A jurisprudência manifesta:

> Como é cediço, para o reconhecimento da comparsaria, despiciendo que o agente pratique atos de execução, bastando tão-somente sua inegável presença física e articulada no *locus delicti*, em atitude demonstradora de adesão e solidariedade aos demais asseclas, para se chegar à iniludível conclusão de cooperação prestada no sentido de que, na espécie, ocorreu nexo de ordem subjetiva à prática do ilícito (TACrimSP - Ver. Rel. Marques de Auino - *RJTACrim* 42/379).

> Em doutrina e jurisprudência, apresenta-se pacificamente aceita a co-autoria moral ou intelectual; hipótese do mandante do crime; hipótese, ainda, da prática do ato pelo executor direto enquanto os demais observam, prontos a coadjuvá-lo. Nessas formas de co-autoria não se requer a participação ativa de cada agente em cada ato executivo, bastando sua aprovação consciente a todos eles. É isso que constitui o vínculo psicológico que informa a co-autoria (TACRIM-SP - *HC*- Rel. Silva Leme - *JUTACrim* 44/82).

Assim, há prova suficiente a lastrear a participação do apelante no delito de latrocínio, tendo em vista que, embora negue a subtração e participação na morte da vítima, prestou auxílio ao outro comparsa.

A essa altura, vêm a talho os seguintes julgados:

> Não é simples conivência, e sim participação criminosa e ativa a atitude de quem assiste ao fato delituoso para intimidar a vítima ou prestar auxílio eventual ao agente, embora não venha a praticar ato algum com esses

fins (TACRIM-SP - AC - Rel. Edmeu Carmesini - *JUTACrim* 48/324).

> Tudo o que contribui para o desenrolar da ação física do despojamento da *res* é de ser considerado participação de igual importância, até mesmo a simples presença física na cena delitiva, em atitude de simples observação, desde que o observador tenha pré-ajustado ou aderido ao plano criminoso. Embora tal atitude aparente *prima facie* ser meramente contemplativa, em sua dinâmica ela atua como circunstância intimidativa e apta a contribuir para a minimização da possibilidade de resistência da vítima, dado que lhe é latente a potencialidade de a qualquer momento se tornar participação ativa no desenrolar dos acontecimentos (TACrimSP - AC - Rel. Segurado Braz - *JUTACrim* 88/221).

Quanto às alegações do acusado de que não tivera intenção de participar do crime e que inexistiu liame subjetivo entre sua ação e a do outro autor, não merecem prosperar, já que, como demonstraram os elementos probatórios, contribuiu ativamente para a prática do crime, pedindo à sua namorada que combinasse a corrida com o taxista e conduzindo o veículo após o anúncio do assalto por seu comparsa.

Como é sabido, não se exige, para a configuração da co-autoria, que todos os agentes pratiquem, necessariamente, a ação descrita no verbo componente do núcleo do tipo, visto que aquela se explica segundo a teoria do domínio funcional do fato.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> Agente que não atuou na execução material dos delitos. Possibilidade de ser considerado co-autor se, na empreitada criminosa concertada por prévio acordo de vontades, lhe foi incumbida atividade complementar para a obtenção da *meta optata*, cabendo-lhe parte do 'domínio funcional do fato'.
> Divisão de trabalho que importa na responsabilidade pelo todo, independentemente de não ter o agente atuado na execução material dos crimes em sua totalidade, mas todos conducentes à realização do propósito comum (*IBCCrim-SP* 29/99).

Afasto, pois, a pretendida absolvição por ausência de provas.

Comprovado que o acusado chamou o táxi, combinando a corrida, sabendo que não teriam condições de pagar pelo serviço, dando cobertura ao menor, assumindo a direção do veículo quando aquele anunciou o assalto e, ainda, tentou segurar a vítima quando esta reagiu às agressões, não há dúvida de que a sua conduta foi tão importante quanto a de seu comparsa, não havendo como, pela própria descrição de como se dera a realização dos fatos, reconhecer a participação de menor importância, pois estavam unidos pelo mesmo liame subjetivo, tendo cada qual uma atividade certa, determinante e fundamental para o sucesso do intento criminoso.

A respeito, eis o entendimento uniforme da jurisprudência:

> Não se trata de caso de participação de menor importância, conforme prevê o § 1º do art. 29 do CP. Esta só tem aplicação quando a conduta do partícipe demonstra leve eficiência causal. Portanto, não é de menor importância a participação de quem atua de forma direta e ativa na ação delituosa, inclusive fugindo na posse da *res furtiva*, para retirá-la da esfera de disponibilidade e de vigilância da vítima (*JUTACrim* 99/234).

Cabe citar aqui a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

> Não há realmente necessidade de colaboração efetiva de cada agente em cada ato executivo da infração penal, podendo haver repartição de tarefas entre os co-autores. Há, na co-autoria, a decisão comum para a realização do resultado e a execução da conduta. Aquele que concorre na realização do tipo também responde pela qualificadora ou agravante de caráter objetivo, quando tem consciência desta e a aceita como possível (*Manual de direito penal.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 1996, v. 1, p. 230).

Incabível, portanto, o reconhecimento da participação de menor importância.

A alegação do réu de que não sabia que seu comparsa estava armado não restou

comprovada, ônus que lhe cabia nos termos do art. 156 do CPP, mormente porque a prova oral colhida não deixa dúvidas da participação do apelante no hediondo crime.

Ainda que se tenha como verdadeira a afirmação do apelante, de que não foi o autor das facadas que mataram a vítima, essa versão não o isenta de responder pelo resultado morte, pois, ciente de que seu comparsa estava armado, assumiu o risco de provocar o resultado letal, aderindo à conduta daquele, como bem traduzem os seguintes julgados:

> No crime de latrocínio, despicienda a indagação sobre quem tenha efetivamente sido o autor do disparo fatal, visto que, concertado o roubo à mão armada e sendo o evento morte mero desdobramento da empreitada criminosa, todos devem responder pelo delito, a título de co-autoria (*RT* 764/539).

> O latrocínio não é uma figura jurídica autônoma que exija prévia admissão por todos os co-autores do resultado morte. Na verdade, trata-se de uma agravação da pena do roubo, em face das conseqüências dos atos violentos praticados contra a vítima. Daí por que havendo o resultado morte todos os co-autores são por ele responsabilizados, mesmo que só um deles tenha efetuado o disparo ou dado o golpe que matou a vítima. Ao concordar com a prática do roubo, sabendo que o outro assaltante estava armado de instrumento contundente e que ia atacar a vítima por trás, o apelante assumiu o risco de eventualmente ser a vítima morta com os golpes (TJSP - AC 107.802-3 - Rel. Luiz Betanho).

> O fato de o disparo haver sido feito por co-réu não descaracteriza o crime de latrocínio. Presentes estão a subtração de coisa móvel, a violência e o resultado morte, respondendo os integrantes do grupo pelo crime tipificado no § 3º do art. 157 do Código Penal (STF, 2ª T., *HC* 74.949-6 - Rel. Marco Aurélio).

Incabível a pretendida desclassificação para o crime de homicídio, pois demonstrado que os meliantes pretendiam subtrair os pertences da vítima, tanto que levaram seu veículo e dinheiro.

Não há como entender que o objetivo visado pela conduta do apelante não fosse subtrair pertences do taxista. Além de não apresentar nenhum motivo plausível para o óbito da vítima, a subtração efetuada atesta a finalidade da conduta. Assim, restou demonstrado que o elemento subjetivo era o de roubar a vítima, caracterizando, destarte, a conduta típica do crime de latrocínio.

Nesse sentido é a jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada:

> Inviável a desclassificação do crime de latrocínio para o de homicídio se o réu, após matar a vítima, a despoja de seus pertences, uma vez que é irrelevante, para a caracterização daquele delito, o motivo inicial da conduta criminosa (TAMG - Ap. - Rel. Carlos Abud - j. em 20.05.1997 - *RT* 751/677).

> Inadmissível a desclassificação do crime de latrocínio para o de homicídio se resta indubitavelmente provada, inclusive por confissão do acusado, a subtração de dinheiro da vítima após o seu enforcamento (TAMG - AC - Rel. Abel Machado - *RT* 607/364).

A alegação de não ter o apelante subtraído bens da vítima em nada o beneficia. Com efeito, à caracterização do crime de latrocínio, desnecessário o êxito na subtração, se da violência empregada - no caso manifesta - resulta o falecimento da vítima.

> O resultado morte decorrente da conduta do agente, visando à subtração dos bens da vítima, por si só, já caracteriza o crime de latrocínio consumado, sendo irrelevante o fato de não ter ele conseguido auferir proveito econômico (TAMG - Ap. - Rel. Carlos Abud - j. 03.11.1998 - RT 767/686).

Logo, patenteada a autoria e demonstrado que o apelante participou do crime de latrocínio, inviável a desclassificação pretendida, permanecendo a tipicidade como agasalhada pela r. sentença.

O *quantum* das reprimendas aplicadas foi bem dosado, tornando-se incabível qualquer reparação, por encontrar-se fundamentado e incensurável, decidindo com acerto o douto

Julgador ao fixá-lo em conformidade com os princípios ditados pelos arts. 59/68 do CP.

Pelo exposto, nego provimento à apelação, mantendo a r. sentença.

Custas processuais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Delmival de Almeida Campos* e *William Silvestrini*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

-:::-

APROPRIAÇÃO INDÉBITA - TIPICIDADE - CONDENAÇÃO - EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO - AUSÊNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - IMPOSSIBILIDADE - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - DOLO ESPECÍFICO - ABSOLVIÇÃO

Ementa: Apelação criminal. Apropriação indébita. Recurso ministerial pela condenação nos termos da denúncia, imputando-se ao réu, também, o delito previsto no art. 1°, V, da Lei 8.137/90. Impossibilidade. Ausência de dolo específico (lesar o Fisco). Recurso ministerial desprovido.

- Defesa que pleiteia a desclassificação para o delito de exercício arbitrário das próprias razões, ou, quando não, a modificação da penalidade imposta. Não há que se falar no delito previsto no art. 345 do Código Penal por faltar o essencial do tipo, qual seja pretensão legítima. Redução da reprimenda imposta. Recurso defensivo parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0145.03.088509-2/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Geraldo Luiz Damaso - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Geraldo Luiz Damaso - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2007. - *Sérgio Resende* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Sérgio Resende - Pela sentença de f. 66/69, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou o réu Geraldo Luiz Damaso, qualificado nos autos como incurso nas sanções do art. 168, §1°, III, do Código Penal, impondo-lhe a pena de dois anos e oito meses de reclusão, em regime semi-aberto, e o pagamento de 36 dias-multa.

Inconformados, recorrem, tempestivamente, o Ministério Público e o condenado, pleiteando a reforma da decisão guerrreada.

Contra-razões recursais às f. 89/94 e 95/96.

À f. 100, opina a d. Procuradoria de Justiça pelo provimento da apelação interposta pelo Ministério Público e pelo desprovimento do recurso defensivo.

É, no essencial, o relatório.

Narra a denúncia que, em 29 de junho de 2003, Bruce Wayne Pereira levou dois alto-falantes e dois *tweeters* até a residência do

segundo apelante, Geraldo Luiz Damaso, para que este os consertasse, uma vez que exercia a profissão de eletroacústico autônomo. Foi combinado o preço de R$80,00 (oitenta reais) para a prestação do serviço, tendo a vítima adiantado R$35,00 (trinta e cinco reais) como parte do pagamento. O restante do valor seria quitado em 29 de julho de 2003, quando a vítima pegaria seus pertences devidamente restaurados. Entretanto, no dia combinado, a vítima não pôde comparecer e ficou sabendo por terceiros que seus aparelhos sonoros tinham sido vendidos pelo recorrente em uma feira livre. Ressalta o representante do *Parquet* que não houve qualquer emissão de nota fiscal ou outro documento equivalente para formalizar a contratação dos serviços.

O representante do Ministério Público pugna pela condenação do réu nos termos da denúncia, devendo ser a ele imputado também o delito exposto no art. 1°, V, da Lei 8.137/90, alegando ser obrigação de todo prestador de serviço, mesmo laborando em sua residência, a inscrição no cadastro de contribuintes da Secretaria de Fazenda, bem como a emissão de notas fiscais.

Correto está o representante do Ministério Público quando afirma que todo prestador de serviços deve emitir nota fiscal ao exercer sua profissão. Entretanto, a função do Direito Penal e, especialmente, da Lei 8.137/90 é, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

> criminalizar condutas graves, que levem à supressão ou diminuição da arrecadação tributária, colocando em sério risco a atividade estatal de distribuição (ou redistribuição) de riquezas, buscando a meta de constituir uma sociedade livre, justa e igualitária.

Assim, competirá ao Direito Penal atuar apenas onde nenhum outro ramo jurídico o faça, e, no caso sob análise, deverá o Estado fiscalizar e solucionar o problema arrecadatório, primeiramente, pela via administrativa.

Nesse sentido, conclui Nucci:

> O Direito Penal Tributário, portanto, precisa ser usado com cautela, somente como última hipótese, em relação a condutas infracionais realmente graves, mas jamais deveria servir, como hoje ocorre, como instrumento de pressão para a cobrança de impostos, taxas, contribuições, etc. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e especiais comentadas*. 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, p. 585).

Importa, ainda, ressaltar que bem andou o Magistrado de primeiro grau ao absolvê-lo uma vez que não houve em sua conduta dolo específico, ou seja, não houve vontade efetiva de fraudar o Fisco, elemento essencial para configuração do delito do art. 1°, V, da Lei 8.137/90. Portanto, não há como acolher o pleito ministerial.

Melhor sorte não socorre o réu quando requer a desclassificação do crime de apropriação indébita para o de exercício arbitrário das próprias razões, com a aplicação da circunstância atenuante da confissão espontânea.

As suas ações, claramente, configuraram o crime descrito no art. 168, § 1°, III, do Código Penal, já que, apossando-se dos equipamentos sonoros, vendeu-os como se seus fossem. Afasta-se o tipo penal do art. 345 do Código Penal, visto que este exige, para sua configuração, que a pretensão a ser satisfeita seja legítima. No caso em tela, não há pretensão legítima, já que o réu não possuía qualquer acordo com a vítima de que os equipamentos poderiam ser vendidos, caso não fossem buscados até determinada data ou a dívida não fosse devidamente quitada. Logo, a pretensão do apelante não poderia ser apreciada pela Justiça, não havendo que se falar em qualquer legitimidade.

Por fim, pleiteia a fixação da pena no mínimo legal, bem como sua substituição por pena restritiva de direitos, na modalidade de proibição de freqüentar determinados lugares.

Realmente, no que tange à reprimenda, merece reparo a decisão, uma vez que o i. Magistrado, ao fixar a pena-base, valeu-se do argumento da má antecedência e péssima conduta social do agente para fixar a pena acima do mínimo legal (1 ano e 6 meses e 21 dias de reclusão). E, em seguida, sob o argumento da reincidência, aumentou-a em 6 meses e 6 dias-

multa. Na terceira fase, valendo-se da majorante prevista no § 1° do art. 168, aumentou-a em 1/3.

Em que pese a observação do critério trifásico para aplicação da pena, verifica-se, conforme a certidão de antecedentes criminais (f. 59), que o réu não possui maus antecedentes, devendo ser sua pena-base fixada no mínimo legal, qual seja um ano de reclusão e 15 dias-multa.

Sendo o réu reincidente, a pena deve ser aumentada em seis meses e seis dias. Não há que se falar na aplicação da atenuante de confissão espontânea, uma vez que esta não ocorreu. Analisando-se os autos, percebe-se que o segundo apelante confirma apenas ter vendido um *tweeter* (f. 29/30), o que não se coaduna com as demais provas carreadas, que demonstram terem sido 4 peças deixadas para conserto e vendidas.

Passando-se à terceira fase, aumenta-se a pena em 1/3, em razão da majorante prevista no §1° do art. 168 do Código Penal.

Fixa-se a pena definitivamente em dois anos de reclusão, em regime semi-aberto, devido à sua reincidência, e 28 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente no dia dos fatos.

No que diz respeito ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos, não há como atendê-lo, uma vez que o art. 44 do Código Penal veda a concessão desse benefício ao condenado reincidente em crime doloso e por esta medida não ser a ele socialmente recomendável.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso ministerial e dá-se parcial provimento ao segundo apelo, modificando-se a reprimenda imposta, como acima descrito.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Jane Silva* e *Antônio Carlos Cruvinel*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO.

-:::-

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESPONSABILIDADE CIVIL - ABUSO NA VEICULAÇÃO DE IMAGENS POR CANAL DE TELEVISÃO - DESRESPEITO À HONRA E DIGNIDADE - DANO MORAL - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - REDUÇÃO

- "O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça" (REsp nº 53.321/RJ, Min. Nilson Naves).

Recurso especial parcialmente conhecido e provido para redução do *quantum* indenizatório, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

RECURSO ESPECIAL Nº 838.550-RS - Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA

Recorrente: TVSBT - Canal 4 de São Paulo S.A. Advogados: André Luiz Barata de Lacerda e outros. Recorridos: Marcelito da Silva Lima e outros. Advogados: Michel Aveline de Oliveira e outros.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Senhor Ministro Relator.

Brasília-DF, 13 de fevereiro de 2007 (data do julgamento). - *Ministro Cesar Asfor Rocha* - Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha - Marcelito da Silva Lima e outros, ora recorridos, ajuizaram ação de indenização em desfavor do TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A. e TVSBT Canal 5 de Porto Alegre Ltda., em decorrência dos danos sofridos pela exibição desautorizada e deturpada de matéria editada junto à comunidade naturista "Colina do Sol".

Os autores alegaram que foram procurados pelos réus e acertaram a divulgação do programa, que seria instrutivo e informativo e levaria ao conhecimento do País a experiência que vivem os freqüentadores do centro naturista. Autorizaram gratuitamente a reportagem, todavia, "cientes da intenção das emissoras de televisão (lucro acima de tudo), consentiram em produzir imagens - única e exclusivamente - para o programa 'SBT Repórter', apresentado às quartas-feiras, após o 'Programa do Ratinho" (f. 05). Relataram que, não obstante o firmado, as imagens foram apresentadas em duas oportunidades, por dois dias consecutivos, no "Programa do Ratinho" que as divulgou de forma jocosa e grosseira, ocasionando-lhes abalo e prejuízos morais.

A r. sentença julgou procedente em parte o pedido e condenou os réus a pagar aos autores a título de indenização a importância de 100 (cem) salários mínimos, além das despesas processuais e honorários advocatícios.

Opostos embargos de declaração pelos demandantes, estes foram rejeitados (f. 170).

Ambas as partes interpuseram recurso de apelação perante o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que desproveu o apelo das rés, e, por maioria, deu parcial provi-

mento ao apelo dos autores, majorando a indenização à quantia de 1.000 (mil) salários mínimos para cada apelante.

Os embargos de declaração opostos pelas rés foram desacolhidos (f. 391/393).

A TVSBT - Canal 4 de São Paulo S.A. opôs embargos infringentes, pretendendo fazer valer o entendimento do voto vencido, que fixara a indenização em 400 (quatrocentos) salários mínimos.

Os infringentes foram rejeitados em acórdão assim ementado (f. 462):

Embargos infringentes. Dano moral. Programa do 'Ratinho'. SBT. Naturismo. Filmagem e reportagem.

Indenizável reportagem mostrada com fins sensacionalistas.

Embargos desacolhidos, por maioria de votos.

Novos aclaratórios opostos também foram rejeitados (f. 528/535).

Daí o recurso especial em exame, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, em que a empresa ré alega violação do disposto nos arts. 535, II, do Código de Processo Civil, 944 e 953 do Código Civil de 2002. Reputa omisso o aresto recorrido e sustenta excesso no arbitramento da verba indenizatória, postulando a sua revisão.

Ofertadas as contra-razões (f. 601/603/629), o apelo foi inadmitido, ascendendo os autos a esta Corte por força do AG nº 732.045/RS, por mim provido (*DJ* de 08.03.2006).

Era o de importante a relatar.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator) - Pretende a recorrente seja reconhecida a omissão do julgado recorrido e a afronta ao art. 535, II, do CPC, afirmando que o Tribunal de origem se teria recusado a explicitar os arts. 944 e 953 do Código Civil de 2002. Postula, ademais, a redução do valor da indenização fixada.

Quanto ao art. 535, II, do CPC, improsperável a irresignação. É que os embargos declaratórios foram rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, tendo o Tribunal *a quo* efetivamente dirimido as questões postas de forma fundamentada. Não há, portanto, a ofensa alegada.

No que tange ao montante da verba indenizatória, porém, razão assiste à recorrente.

Esta Corte tem entendido ser admissível a sua intervenção para rever o montante da indenização relativa ao dano moral quando se verificar, de um lado, o arbitramento de *quantum* visivelmente irrisório ou, de outro, manifestamente exorbitante. Com efeito, "o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça" (REsp 53.321/RJ, *DJ* de 16.09.1997, Rel. em. Ministro Nilson Naves).

No caso dos autos, houve abuso e desrespeito na veiculação das imagens dos autores, membros da comunidade naturista, pelo SBT no Programa do Ratinho, inclusive, em descumprimento de cláusula contratual expressa, de forma deliberada, conforme soberanamente delinearam as instâncias ordinárias.

Por outro lado, a atitude da recorrente há que ser reprimida com rigor, não só pela gravidade da situação concreta, como pela necessidade de coibir novas condutas semelhantes. Há que se dar o caráter punitivo adequado, para que não se concretize a vantagem dos altos índices de audiência sobre os riscos advindos da violação dos direitos constitucionalmente garantidos, honra e dignidade.

Todavia, a despeito de tudo isso, tenho que o montante fixado pelo Tribunal de origem, 1.000 salários mínimos, parece-me excessivo, fugindo em muito dos parâmetros desta Corte.

Diante disso, pelas peculiaridades da espécie, reduzo o valor da reparação moral para R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), para cada um dos demandantes, corrigido a partir desta data.

Isso posto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe provimento.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo em parte do recurso e nesta parte, dando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Aguardam os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda.

Brasília-DF, 5 de setembro de 2006. - *Claudia Austregésilo de Athayde Beck* - Secretária.

Voto-vista

Exmo. Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior - Trata-se de ação indenizatória movida por membros de comunidade naturalista contra TVSBT - Canal 4 de São Paulo S.A., objetivando o ressarcimento por danos morais e materiais a eles causados em programa televisivo da emissora ré, de conteúdo pejorativo, sarcástico e jocoso, que ofendeu a honra e dignidade dos autores.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenou a ré ao pagamento de indenização equivalente a 1.000 (mil) salários mínimos para cada autor, em sede de embargos infringentes.

O recurso especial, aviado pela letra *a* do autorizador constitucional, aponta ofensa aos arts. 535, II, do CPC, 944 e 953 do novo Código Civil.

No tocante à alegada nulidade do acórdão estadual, tenho que não ocorre, porquanto as questões essenciais ao deslinde da controvérsia foram enfrentadas, apenas que com conclusão desfavorável à ré.

Quanto à discussão de fundo, pedi vista dos autos, porque mesmo o novo valor proposto pelo eminente Relator, Min. Cesar Asfor Rocha - R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) - discrepava das indenizações usualmente fixadas pela Turma, ainda que frente a fatos graves.

Examinando os autos, todavia, estou a acompanhar S. Excelência.

É que, segundo se extrai do acórdão objurgado, houve um acordo entre a emissora e a comunidade para que a veiculação fosse específica para o programa "SBT Repórter", mas, desautorizadamente, foi ele repetido no programa do Ratinho, de cunho sensacionalista (f. 359), o que revela dolo e má-fé da recorrente, a merecer severa censura.

Penso, por outro lado, que o montante estabelecido pelo Relator ressarce, plenamente, os danos causados, o que já não aconteceria com o valor estipulado no aresto fustigado, aliás por maioria - houve voto minoritário dando apenas 400 salários mínimos - chegando-se, assim, a um meio termo efetivamente representativo de um justo ressarcimento, sem incorrer-se em enriquecimento sem causa.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e dou-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

É como voto.

Voto-vencido

Exmo. Sr. Ministro Massami Uyeda - Sr. Presidente, recordo-me bem desse julgamento pelo inusitado da questão que envolve os autores e a ré.

Trata-se de uma comunidade naturalista. Adotados seus princípios filosóficos e modos de vida, famílias inteiras estavam nessa colônia de

nudismo. Houve interesse por parte da emissora de televisão de procurar essa comunidade para fazer uma divulgação. Nesse sentido, a comunidade, entre esses os autores, acederam que a reportagem pudesse ser feita, mas havia um compromisso expresso, um documento, para preservar a dignidade das pessoas que adotam essa filosofia de vida. E havia uma cláusula restritiva no sentido de que a reportagem não fosse divulgada em programas do tipo "Ratinho". E exatamente a reportagem foi divulgada no "Programa do Ratinho", mas com chamadas sensacionalistas nos intervalos da programação da televisão em outros dias.

Tudo isso consta dos memoriais.

O que me parece realmente grave é essa violação a uma cláusula contratual - e já entra também no campo do contrato, que, ao mesmo tempo, ofende o princípio da dignidade humana, porque os termos com que o apresentador se referia a quem adota esse tipo de filosofia de vida foram extremamente depreciativos.

Nas chamadas, para poder tornar mais vívida a apresentação do programa, ouvia-se: você deixaria sua filha conviver com uma família desse nível? Termos até mesmo baixos, atentando contra a própria liberdade da comunicação.

Trabalhamos aqui no sentido de fixar critérios de indenização.

O *quantum* indenizatório é exatamente o busílis de toda a dificuldade da doutrina, da jurisprudência, em termos de fixação, da dimensão da extensão da dor moral.

Não podemos exacerbar, sob pena de ressuscitar uma indústria de indenizações, mas também não podemos menosprezar o direito individual, a dignidade do ser humano, que em todo o momento está sendo vilipendiada a pretexto desse sensacionalismo de programas que estão faltando com o dever ético.

A comunicação tem que ter parâmetros éticos.

Com todo respeito, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha fixou um patamar, a meu ver, intermediário, mas V. Ex.ª sustenta que tem que haver uma certa proporcionalidade entre a repercussão econômica que a empresa tira, porque o chamariz desse programa foi exatamente o ridículo, a depreciação das pessoas.

Com todo respeito, mantenho a condenação original, não conheço do recurso especial, acompanhando o posicionamento de V. Ex.ª.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa - Sr. Presidente, com a devida vênia, penso que os votos dos Srs. Ministros Relator e Aldir Passarinho Junior chegaram a um meio-termo que, diante da quantidade de autores, acaba por trazer um valor razoável para a indenização.

Até comungo, de certa forma, com o ponto de vista de V. Exa., mas, no caso concreto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento, acompanhando os votos dos Srs. Ministros Relator e Aldir Passarinho Junior.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, acompanhando o Sr. Ministro Relator, o voto do Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, no mesmo sentido, e os votos dos Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Massami Uyeda, não conhecendo do recurso especial, mantendo o valor indenizatório, a Turma, por maioria conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Massami Uyeda".

Brasília, 13 de fevereiro de 2007. - *Claudia Austregésilo de Athayde Beck* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 21.05.2007.)

-:::-

PROCESSO CIVIL - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - CONTRATO COM COBERTURA DO FCVS - INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SE COLIDENTES COM AS REGRAS DA LEGISLAÇÃO PRÓPRIA

1. O CDC é aplicável aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, incidindo sobre contratos de mútuo.

2. Entretanto, nos contratos de financiamento do SFH vinculados ao Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, pela presença da garantia do Governo em relação ao saldo devedor, aplica-se a legislação própria e protetiva do mutuário hipossuficiente e do próprio sistema, afastando-se o CDC, se colidentes as regras jurídicas.

3. Os litígios oriundos do SFH mostram-se tão desiguais que as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado examinam as ações sobre os contratos sem a cláusula do FCVS, enquanto as demandas oriundas de contratos com a cláusula do FCVS são processadas e julgadas pelas Turmas de Direito Público.

4. Recurso especial improvido.

RECURSO ESPECIAL Nº 489.701-SP - Relatora: Ministra ELIANA CALMON

Recorrentes: Moacyr Carlos do Nascimento e outro. Procuradores: José Thomaz Perri e outros. Recorrida: Companhia Habitacional Regional de Ribeirão Preto - Cohab-RP. Advogados: Stanley José Monteiro Pedro e outro.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, "prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Luiz Fux e José Delgado, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora". Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Humberto Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento a Sra. Ministra Denise Arruda e o Sr. Ministro Herman Benjamin (RISTJ, art. 162, § 2º).

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 28 de fevereiro de 2007 (data do julgamento). - *Ministra Eliana Calmon* - Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora) - Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP, assim ementado:

> Contrato. Promessa de compra e venda de imóvel. Sistema Financeiro de Habitação. Cohab. Cessão, pelos mutuários, do imóvel a terceiros, bem como não-pagamento das prestações do financiamento. Rescisão da avença, cumulada com reintegração de posse. Perda das quantias pagas. Admissibilidade. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Ação procedente. Decisão mantida. Recurso desprovido (f. 89).

Inconformados, os recorrentes apontam violação do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, aduzindo, para tanto, que o referido diploma legal encontra aplicação *in casu*. Afirmam, ainda, que a recorrida certamente irá renegociar o imóvel objeto do contrato, não havendo, pois, que se falar em perda econômica para o Sistema Financeiro de Habitação. Assim, pugnam pela devolução das parcelas pagas pela recorrente.

Após as contra-razões, subiram os autos, que foram distribuídos à Segunda Seção,

sendo Relator o Ministro Pádua Ribeiro, que, em fundamentado despacho, ordenou a redistribuição do feito à Primeira Seção, porque o contrato de financiamento questionado no processo possui previsão de cobertura do saldo devedor pelo Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, sendo da Primeira Seção a competência para apreciá-lo (f. 140).

Na redistribuição do recurso especial, coube-me a relatoria.

Como o recurso trata de questão controvertida na Primeira e Segunda Turmas; no julgamento de 27.06.2006, decidiu-se afetar o processo à Primeira Seção (f. 146).

É o relatório.

Voto

A Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon (Relator) - Temos, na origem, ação de rescisão de contrato, com reintegração de posse, movida pela Companhia Habitacional Regional de Ribeirão Preto - Cohab/RP contra mutuário que adquiriu imóvel residencial pelo Sistema Financeiro de Habitação, com cláusula do FCVS, com prestações escalonadas para 300 (trezentos) meses, datando o contrato de 1º de julho de 1992, conforme está registrado no contrato (f. 09).

O adquirente cedeu o imóvel para terceiras pessoas e desapareceu, deixando de pagar as prestações avençadas, o que levou a empresa a pedir a retomada do imóvel, como previsto no contrato.

Os réus foram citados por edital por não serem encontrados, e a sentença de primeiro grau, invocando a cláusula vigésima segunda do contrato, julgou procedente o pedido, argumentando:

> A cláusula vigésima segunda enseja a rescisão do contrato na hipótese de cessão do imóvel a terceiros. Essa conduta prejudica a finalidade estritamente social e assistencial a que o financiamento objetivou, dando ao imóvel outra destinação que não seja para sua residência e de seus familiares (f. 11) (f. 61).
> A proibição tem por objetivo evitar a especulação com tais imóveis e a indevida comercialização indevida (*sic*) para pessoas que não se insiram no âmbito de atendimento do projeto residencial. É à Cohab que incumbe verificar a adequação dos interessados adquirentes.
> Não se cuida de frustrar ou diminuir o direito de propriedade dos adquirentes, até porque a propriedade ainda é da Cohab, que simplesmente prometeu vender. O cumprimento da cláusula contribui, sim, para o desenvolvimento das atividades sociais da empresa. Quando liquidado o contrato, os compromissários compradores poderão então transferir a quem quiserem (f. 61/62).

Houve apelação, manifestada pelo curador especial, diante da revelia dos réus citados por edital, e a argumentação da defesa foi a de nulidade do contrato, pois as cláusulas atentavam contra o Código de Defesa do Consumidor.

O Tribunal, ao confirmar a sentença, expressou o entendimento seguinte:

> Outrossim, os apelantes se insurgem contra a sentença, que não aplicou na espécie o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, considerando inviável a retenção total das prestações pagas em benefício da autora da demanda.
> Só que o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável no caso dos autos, haja vista que o contrato celebrado entre as partes tem cunho estritamente social, qual seja solucionar ou, ao menos, amenizar o problema habitacional do País. Além disso, a apelada não tem finalidade lucrativa ao construir suas obras de moradia (f. 90).

Examinando a tese jurídica abstraída no recurso especial, fazem-se necessárias algumas colocações quanto à aplicabilidade da Lei 8.078/90 ao caso em análise. Vale lembrar que, em princípio, a relação de compra e venda financiada de imóvel é típica relação de consumo, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, por não haver restrição ou ressal-

va às atividades de natureza bancária, financeira e de crédito.

O instrumento contratual utilizado em tais casos apresenta natureza de contrato de adesão, no qual não é conferida ao contratante a oportunidade de discutir o teor do pacto, cabendo-lhe, tão-somente, submeter-se à vontade da outra parte.

Com base nesse entendimento, as Turmas que compõem a Primeira Seção, amparadas em precedentes das Turmas da Seção de Direito Privado do STJ, vêm entendendo serem aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Confiram-se os seguintes precedentes:

> Processual civil e administrativo. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Sistema Financeiro de Habitação. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Saldo devedor. Atualização monetária. Taxa Referencial.
> 1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre o dispositivo legal cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.
> 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da aplicação do CDC aos contratos de financiamento habitacional, considerando que há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH e o mutuário.
> 3. A TR, com o julgamento da ADIN 493, não foi excluída do ordenamento jurídico pátrio, tendo apenas o seu âmbito de incidência limitado ao período posterior à edição da Lei 8.177, de 1991.
> 4. Aos contratos de mútuo habitacional firmados no âmbito do SFH após a entrada em vigor da Lei 8.177/91 e que prevejam a correção do saldo devedor pela taxa básica aplicável aos depósitos da poupança, aplica-se a Taxa Referencial por expressa determinação legal.
> 5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido, em parte (REsp 678431/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, unânime, *DJ* de 28.02.2005, p. 252).

> Administrativo. SFH. Contrato de mútuo. Reajuste de prestações. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Ônus sucumbenciais.
> 1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de mútuo do Sistema Financeiro Habitacional para aquisição de imóvel, visto que retrata uma relação de consumo existente entre os mutuários e o agente financeiro do SFH. Precedentes.
> 2. Para verificar se os autores decaíram de parte mínima ou se houve sucumbência recíproca, seria necessário o reexame de matéria fática. Incidência da Súmula 07/STJ.
> 3. Recurso especial improvido (REsp 688397/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, unânime, *DJ* de 23.05.2005, p. 235).

> Recurso especial. Sistema Financeiro de Habitação - SFH. Casa própria. Contrato de mútuo. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - CDC aos contratos do SFH. Possibilidade de uso da TR como fator de atualização do saldo devedor.
> - Segundo o STF, é legítima a incidência da TR, uma vez que não excluiu a taxa referencial do universo jurídico, explicitando apenas a impossibilidade de sua incidência em substituição a outros índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei n° 8.177/91.
> - Não configura capitalização dos juros a utilização do sistema de amortização introduzido pela Tabela *Price* nos contratos de financiamento habitacional, que prevê a dedução mensal de parcela de amortização e juros, a partir do fracionamento mensal da taxa convencionada, desde que observados os limites legais, conforme autorizam as Leis nº 4.380/64 e nº 8.692/93, que definem a atualização dos encargos mensais e dos saldos devedores dos contratos vinculados ao SFH.
> - Segundo a orientação desta Corte, há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário, razão pela qual se aplica o Código de Defesa do Consumidor.
> - Recurso especial parcialmente provido, para consignar que se aplica o Código de Defesa do Consumidor nos contratos de financiamento para aquisição de casa própria firmados sob as regras do SFH (REsp 587639/SC, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, unânime, *DJ* de 18.10.2004, p. 238).

Entretanto, há uma diferença fundamental que separa os contratos do Sistema

Financeiro de Habitação: a presença da cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, pela qual o saldo devedor do financiamento, ao final do prazo contratual, é assumido pelo Sistema, participando o Governo com parte considerável do desembolso.

Tais contratos, pela peculiaridade, são tratados de forma distinta, diante do caráter social do financiamento, seguindo, por isso mesmo, legislação própria em proteção aos hipossuficientes.

A cláusula estabelece diferença tão significativa que esta Corte firmou entendimento sobre o tema, ao estabelecer que, em relação aos contratos do Sistema Financeiro de Habitação - SFH, estão aptas a julgar as Turmas de Direito Público e as de Direito Privado, tendo como divisor da competência interna o tipo de contrato que dá suporte fático à querela.

Em se tratando de contratos do Sistema Financeiro de Habitação, com cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, assume a avença feição de contrato diferenciado, pela presença do Estado, que é o garante na quitação do saldo devedor, sendo então examinados, no âmbito do STJ, pelas Turmas que compõem a Seção de Direito Público. Nesse sentido, são os arestos seguintes:

> 1. Contrato de financiamento com cláusula de comprometimento do FCVS é da competência da 1ª Seção do STJ (REsp 183428, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2ª Turma, *DJ* de 1º.04.2002 e REsp 279340, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, *DJ* de 11.06.2001).
> 2. A via da ação de consignação em pagamento é adequada nas demandas que envolvem o Sistema Financeiro de Habitação, viabilizando ao autor consignar os valores que, à luz do contrato, entende devidos.
> 3. Consoante precedentes assentados nos princípios da efetividade do processo e da economia processual, a ação de consignação em pagamento admite o exame da validade e da interpretação de cláusulas contratuais, uma vez que se trata hoje de instrumento processual eficaz para dirimir controvérsia entre as partes a respeito do contrato subjacente e, em especial, do valor das prestações. A insuficiência do depósito não significa a improcedência do pedido, mas, antes e apenas, que o efeito da extinção da obrigação deve ser parcial, até o montante da importância consignada, podendo o juiz desde logo estabelecer o saldo líquido remanescente, a ser cobrado na execução, que pode ter curso nos próprios autos. Art. 899 do CPC.
> 4. Recurso especial provido (REsp 587.546/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.05.2004, *DJ* de 21.06.2004, p. 173).

> Processual civil. Sistema Financeiro de Habitação. Contrato de financiamento. Plano de equivalência salarial. Legitimidade da Caixa Econômica Federal. Cerceamento de defesa. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF.
> 1. A análise do recurso especial tem como pressuposto o debate da questão no acórdão recorrido ou, pelo menos, seu prequestionamento por meio de embargos de declaração (Súmulas 282 e 356 do STF).
> 2. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Caixa Econômica Federal, sucessora do extinto Banco Nacional da Habitação, tem legitimidade *ad causam* passiva em ações que versam sobre contratos de financiamento da casa própria firmados sob as regras do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) que possuam cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS).
> 3. Recurso especial não conhecido (REsp 696.997/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 1º.08.2005, *DJ* de 26.09.2005, p. 330).

> Administrativo. SFH. Regras do FCVS. Competência da Justiça Federal.
> 1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de considerar competente a Justiça Federal, independentemente de quem seja o agente financeiro, se o financiamento segue as regras do FCVS.
> 2. Incompetência da Justiça Estadual, o que leva à nulidade do processo *ab initio*.
> 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido (REsp 738.516/PR, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.10.2005, *DJ* de 24.10.2005, p. 292).

> Administrativo e processual civil. Consignação em pagamento. Instituição bancária

> particular. Regime do SFH. FCVS. Litisconsórcio necessário da CEF. Competência da Justiça Federal.
> 1. A norma que determina a suspensão das ações contra entidade que se encontra sob liquidação judicial não tem aplicação em processos nos quais se discute o reajuste do financiamento concedido pelo SFH. Precedentes.
> 2. Apesar de o recurso especial estar fundado em violação à legislação federal, o recorrente se furtou a indicar quais dispositivos legais teriam sido contrariados pelo acórdão hostilizado, o que atrai o óbice da Súmula 284/STF.
> 3. Em caso de dissídio notório, as exigências de natureza formal concernentes à demonstração da divergência são mitigadas.
> 4. Esta Corte já pacificou entendimento no sentido de que a CEF deve figurar no pólo passivo da ação de consignação relativa a imóvel financiado pelo regime do SFH, sob o pálio do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, deslocando-se a competência para a Justiça Federal.
> 5. Em tais processos, todavia, não é necessária a presença da União como litisconsorte passiva, porque, com a extinção do Banco Nacional da Habitação - BNH, a competência para gerir o Fundo passou à CEF, cabendo à União, pelo Conselho Monetário Nacional, somente a atividade de normatização, o que não a torna parte legítima para a causa.
> 6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte (REsp 310.306/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.08.2005, *DJ* de 12.09.2005, p. 263).

Diferentemente, quando os contratos do SFH não têm cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, são tratados à luz da legislação que rege as avenças comuns. E, dentro da lógica competencial, no âmbito desta Corte, passa a ser da Segunda Seção a competência para o exame do especial, conforme entendimento da própria Corte Especial:

> Questão de ordem. Competência interna do Tribunal. Mútuo vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação. Hipótese em que não há comprometimento do Fundo de Compensação de Variação Salarial. - Se o resíduo do saldo devedor do mútuo, eventualmente existente após o pagamento das prestações contratuais, for responsabilidade do próprio mutuário, o contrato tem natureza estritamente privada, cabendo a uma das Turmas da egrégia 2ª Seção o julgamento das causas dele decorrentes (REsp 94.604/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 06.08.1997, *DJ* de 22.03.1999, p. 34).

A divisão sistêmica de julgamento, levando em consideração a natureza do contrato de mútuo, tem como razão de ser o conjunto de normas que sobre ele irá incidir, sendo esse aspecto também o traço diferenciador de ambos os tipos contratuais.

Portanto, nos contratos regidos pelo FCVS, cujo saldo devedor é suportado por fundo público gerido pela CEF, sua feição pública atrairá a incidência das normas contratadas, com visão eminentemente cogente, pela natureza social da avença, sendo exceção às regras de direito contratual privado.

Ao contrário, nos contratos sem a cobertura do FCVS preponderam as regras de direito privado, dentre as quais as normas civilistas e do Código de Defesa do Consumidor.

Feita tal diferenciação, entendo que não pode ser indistintamente aplicada aos contratos com cobertura do fundo público a jurisprudência da Segunda Seção do STJ, que considera pertinente a incidência das disposições do CDC aos contratos regidos pelo SFH, sob pena do desvirtuamento da sistemática de julgamento imposta pela própria jurisprudência desta Corte, que quis diferenciar ambos os tipos de contrato, para fins de dispor sobre competência e legitimidade processual, e, agora, não o faz em relação ao plexo de normas que deve incidir sobre um e outro.

Considero irretocável o acórdão que deu ênfase à natureza social dos contratos do SFH e concluo pela não-aplicação do CDC para afastar regras contratuais próprias do Sistema.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe, na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora negando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Luiz Fux".

Aguardam os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Humberto Martins e José Delgado.

Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília, 23 de agosto de 2006. - *Carolina Véras* - Secretária.

Voto-vista (vencido)

Ementa: Processual civil. Recurso especial. Sistema Financeiro de Habitação. Cobertura pelo FCVS. Contrato de compra e venda de imóvel. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - CDC. Possibilidade.

1. Os contratos típicos impermeáveis ao Código de Defesa do Consumidor são aqueles derivados das licitações reguladas pela Lei 8.666/93.

2. O contrato de compra e venda, ainda que com a cobertura do FCVS, não tem natureza de contrato administrativo, em que sobressai a supremacia do Poder Público, a imposição unilateral da Administração e a inclusão das cláusulas exorbitantes, máxime porque lavrados no exercício do *ius gestiones*, consoante as doutrinas nacional e alienígena (WALINE. *Droit administratif.* 9. ed., Sirey, p. 565 e segs.). Referidos vínculos são denominados contratos de direito privado da Administração e têm seu conteúdo regulado por essa província do direito (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Malheiros, 2006, p. 580-581).

3. Deveras, mesmo alguns contratos administrativos mistos, lavrados por concessionárias de serviços públicos, como, *v.g.*, a energia elétrica, admitem a incidência do CDC, inclusive quando o Estado é consumidor (art. 22 da Lei 8.078/90).

4. Tratando-se de contrato de compra e venda pelo Sistema Financeiro de Habitação, são aplicáveis as regras do CDC e, *a fortiori*, a sua exegese jurisprudencial, por isso que, à luz do art. 53 do mesmo diploma legal e da jurisprudência do eg. STJ, são restituíveis as parcelas pagas na hipótese de rescisão da avença por força de inadimplemento da cláusula que veda a cessão a terceiros e inadimplemento contratual (precedentes: EREsp 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, Segunda Seção, *DJ* de 09.12.2002; REsp 265.338/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, *DJ* de 20.08.2001; REsp 115.671/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, *DJ* de 02.10.2000).

5. Recurso especial provido, divergindo da em. Relatora.

O Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux - A em. Relatora expôs a controvérsia nos seguintes termos:

> Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP assim ementado:
> 'Contrato. Promessa de compra e venda de imóvel. Sistema Financeiro de Habitação. Cohab. Cessão, pelos mutuários, do imóvel a terceiros, bem como não-pagamento das prestações do financiamento. Rescisão da avença, cumulada com reintegração de posse. Perda das quantias pagas. Admissibilidade. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Ação procedente. Decisão mantida. Recurso desprovido' (f. 89).
> Inconformados, os recorrentes apontam violação ao art. 53 do CDC, aduzindo, para tanto, que o referido diploma legal encontra aplicação *in casu*. Afirmam, ainda, que a recorrida certamente irá renegociar o imóvel objeto do contrato, não havendo, pois, que se falar em perda econômica para o Sistema Financeiro de Habitação. Assim, pugnam pela devolução das parcelas pagas pela recorrente.
> Após as contra-razões, subiram os autos.
> É o relatório.

A eminente Relatora concluiu que:

Quanto à aplicabilidade da Lei 8.078/90 ao caso em análise, vale lembrar que, em princípio, por se tratar a relação de compra e venda financiada de imóvel típica relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor a ela se aplica, por não fazer qualquer restrição ou ressalva às atividades de natureza bancária, financeira e de crédito.
O instrumento contratual utilizado em tais casos apresenta natureza de contrato de adesão, nos quais não é conferida ao contratante a oportunidade de discutir o teor do pacto, cabendo-lhe, tão-somente, submeter-se à vontade da outra parte.
Com base nesse entendimento, as Turmas que compõem a Primeira Seção, amparadas em precedentes das Turmas da Seção de Direito Privado do STJ, vêm entendendo ser aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Confiram-se os seguintes precedentes:

'Processual civil e administrativo. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Sistema Financeiro de Habitação. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Saldo devedor. Atualização monetária. Taxa Referencial.
1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre o dispositivo legal cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.
2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da aplicação do CDC aos contratos de financiamento habitacional, considerando que há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH e o mutuário.
3. A TR, com o julgamento da ADIN 493, não foi excluída do ordenamento jurídico pátrio, tendo apenas o seu âmbito de incidência limitado ao período posterior à edição da Lei 8.177, de 1991.
4. Aos contratos de mútuo habitacional firmados no âmbito do SFH após a entrada em vigor da Lei 8.177/91, e que prevejam a correção do saldo devedor pela taxa básica aplicável aos depósitos da poupança, aplica-se a Taxa Referencial por expressa determinação legal.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido, em parte' (REsp 678431/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, unânime, *DJ* de 28.02.2005, p. 252).

'Administrativo. SFH. Contrato de mútuo. Reajuste de prestações. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Ônus sucumbenciais.
1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de mútuo do Sistema Financeiro Habitacional para aquisição de imóvel, visto que retrata uma relação de consumo existente entre os mutuários e o agente financeiro do SFH. Precedentes.
2. Para verificar se os autores decaíram de parte mínima ou se houve sucumbência recíproca seria necessário o reexame de matéria fática. Incidência da Súmula 07/STJ.
3. Recurso especial improvido' (REsp 688397/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, unânime, *DJ* de 23.05.2005, p. 235).

'Recurso especial. Sistema Financeiro de Habitação. SFH. Casa própria. Contrato de mútuo. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - CDC aos contratos do SFH. Possibilidade de uso da TR como fator de atualização do saldo devedor.
- Segundo o STF, é legítima a incidência da TR, uma vez que não excluiu a taxa referencial do universo jurídico, explicitando apenas a impossibilidade de sua incidência em substituição a outros índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei n° 8.177/91.
- Não configura capitalização dos juros a utilização do sistema de amortização introduzido pela Tabela *Price* nos contratos de financiamento habitacional, que prevê a dedução mensal de parcela de amortização e juros, a partir do fracionamento mensal da taxa convencionada, desde que observados os limites legais, conforme autorizam as Leis nº 4.380/64 e nº 8.692/93, que definem a atualização dos encargos mensais e dos saldos devedores dos contratos vinculados ao SFH.
- Segundo a orientação desta Corte, há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário, razão pela qual se aplica o Código de Defesa do Consumidor.
Recurso especial parcialmente provido, para consignar que se aplica o Código de Defesa do Consumidor nos contratos de financiamento para aquisição de casa própria firmados sob as regras do SFH' (REsp 587639/SC, Rel.

Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, unânime, *DJ* de 18.10.2004, p. 238).

Entretanto, convém que se esclareça que esta Corte já tem jurisprudência sedimentada em torno do tema, ao estabelecer, em matéria de Sistema Financeiro de Habitação - SFH, como divisor de competência interna das Seções do STJ, a espécie de contrato que dá suporte fático à querela.
Em se tratando de contrato do Sistema Financeiro de Habitação, com cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, assume a avença feição de contrato administrativo e, como tal, vem a ser examinado, no STJ, pelas Turmas que compõem a Seção de Direito Público.
Também nesses contratos, a CEF é presença obrigatória, por ser a entidade gestora do FCVS, o que atrai a competência da Justiça Federal na primeira instância para processamento e julgamento dos respectivos feitos, como demonstrado pelos seguintes julgados:

'SFH. Contrato de mútuo. Cláusula de cobertura pelo FCVS. Reajuste das prestações. Plano de equivalência salarial. Ilegitimidade da União. Ausência de prequestionamento. Dispositivo não debatido na instância *a quo*. Contrato de financiamento da casa própria. Alteração de cláusula contratual. Súmulas 05 e 07/STJ. Súmula 83 do STJ.
1. É cediço no eg. STJ que, após a extinção do BNH, a Caixa Econômica Federal, e não a União, ostenta *legitimatio ad causam* para ocupar o pólo passivo das demandas referentes aos contratos de financiamento pelo SFH, porquanto sucessora dos direitos e obrigações do extinto banco e responsável pela cláusula de comprometimento do Fundo de Comprometimento de Variações Salariais - FCVS. Precedentes: REsp 195.337/PE, Min. Rel. Franciulli Netto, *DJ* de 24.06.2002; REsp 295.370/BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 18/03/2002; REsp 313.506/BA, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJ* de 11.03.2002.
2. O prequestionamento da matéria abordada em sede de recurso especial é requisito indispensável à admissibilidade recursal (Súmulas 282 e 356/STF).
3. Hipótese em que a instância ordinária determinou o reajuste das prestações do financiamento da casa própria com base na análise de cláusula contratual e de matéria de índole fático-probatória, cujo exame é insindicável, pelo STJ, em sede de recurso especial, a teor do disposto nas Súmulas 5 e 7 do STJ, que assim determinam: 'A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial' (Súmula 05/STJ). 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula 07/STJ).
4. Inviável o apelo especial quando o acórdão recorrido se harmoniza com a jurisprudência iterativa do STJ (Súmula 83).
5. Recurso especial a que se nega seguimento' (CPC, art. 557, *caput*) (REsp 685.630/BA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21.06.2005, *DJ* 1º.08.2005, p. 339).

'Sistema Financeiro de Habitação. SFH. Contrato de mútuo assegurado pela cláusula de comprometimento do FCVS. Competência da 1ª Seção. Ação de consignação em pagamento.
1. Contrato de financiamento com cláusula de comprometimento do FCVS é da competência da 1ª Seção do STJ (REsp 183428, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2ª Turma, *DJ* de 1º.04.2002, e REsp 279340, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, *DJ* de 11.06.2001).
2. A via da ação de consignação em pagamento é adequada nas demandas que envolvem o Sistema Financeiro de Habitação, viabilizando ao autor consignar os valores que, à luz do contrato, entende devidos.
3. Consoante precedentes assentados nos princípios da efetividade do processo e da economia processual, a ação de consignação em pagamento admite o exame da validade e da interpretação de cláusulas contratuais, uma vez que se trata hoje de instrumento processual eficaz para dirimir controvérsia entre as partes a respeito do contrato subjacente e, em especial, do valor das prestações. A insuficiência do depósito não significa a improcedência do pedido, mas, antes e apenas, que o efeito da extinção da obrigação deve ser parcial, até o montante da importância consignada, podendo o juiz desde logo estabelecer o saldo líquido remanescente, a ser cobrado na execução, que pode ter curso nos próprios autos. Art. 899 do CPC.
4. Recurso especial provido' (REsp 587.546/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.05.2004, *DJ* de 21.06.2004, p. 173).

'Processual civil. Sistema Financeiro de Habitação. Contrato de financiamento. Plano de equivalência salarial. Legitimidade da

Caixa Econômica Federal. Cerceamento de defesa. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF.
1. A análise do recurso especial tem como pressuposto o debate da questão no acórdão recorrido ou, pelo menos, seu prequestionamento por meio de embargos de declaração (Súmulas 282 e 356 do STF).
2. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Caixa Econômica Federal, sucessora do extinto Banco Nacional da Habitação, tem legitimidade *ad causam* passiva em ações que versam sobre contratos de financiamento da casa própria firmados sob as regras do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) que possuam cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS).
3. Recurso especial não conhecido' (REsp 696.997/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 1º.08.2005, *DJ* de 26.09.2005, p. 330).

'Administrativo. SFH. Regras do FCVS. Competência da Justiça Federal.
1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de considerar competente a Justiça Federal, independentemente de quem seja o agente financeiro, se o financiamento segue as regras do FCVS.
2. Incompetência da Justiça Estadual, o que leva à nulidade do processo *ab initio*.
3. Recurso especial conhecido em parte, e, nessa parte, provido' (REsp 738.516/PR, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.10.2005, *DJ* de 24.10.2005, p. 292).

'Administrativo e processual civil. Consignação em pagamento. Instituição bancária particular. Regime do SFH. FCVS. Litisconsórcio necessário da CEF. Competência da Justiça Federal.
1. A norma que determina a suspensão das ações contra entidade que se encontra sob liquidação judicial não tem aplicação em processos nos quais se discute o reajuste do financiamento concedido pelo SFH. Precedentes.
2. Apesar de o recurso especial estar fundado em violação à legislação federal, o recorrente se furtou a indicar quais dispositivos legais teriam sido contrariados pelo acórdão hostilizado, o que atrai o óbice da Súmula 284/STF.
3. Em caso de dissídio notório, as exigências de natureza formal concernentes à demonstração da divergência são mitigadas.
4. Esta Corte já pacificou entendimento no sentido de que a CEF deve figurar no pólo passivo da ação de consignação relativa a imóvel financiado pelo regime do SFH, sob o pálio do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, deslocando-se a competência para a Justiça Federal.
5. Em tais processos, todavia, não é necessária a presença da União como litisconsorte passiva, porque, com a extinção do Banco Nacional da Habitação - BNH, a competência para gerir o Fundo passou à CEF, cabendo à União, pelo Conselho Monetário Nacional, somente a atividade de normatização, o que não a torna parte legítima para a causa.
6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte' (REsp 310.306/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.08.2005, *DJ* de12.09.2005, p. 263).

Diferentemente, quando os contratos do SFH não têm cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, desloca-se o contrato para a égide do direito privado, o que importa em somente figurar no feito, como representante do SFH, o agente financeiro, deslocando-se a competência para o processo e julgamento para a Justiça Estadual, a não ser que atue a CEF como agente do sistema, como banco privado.
Nesse sentido, são os arestos seguintes:

'Conflito de competência. SFH. Contrato sem cláusula de FCVS.
1. A Justiça Estadual é competente para processar e julgar os feitos referentes a contratos de financiamento pelo SFH não afetos ao FCVS.
2. Conflito negativo de competência não conhecido' (CC 29.949/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, unânime, *DJ* de 04.09.2000).

'Processual civil. Sistema Financeiro de Habitação. Ação revisionária de prestações e cláusulas contratuais. Ausência de interesse da CEF. Súmula nº 150 do STJ.
- Tendo a Justiça Federal reconhecido a ausência de interesse da Caixa Econômica Federal na demanda versando sobre a revisão de prestação e cláusulas do contrato

celebrado pelo Sistema Financeiro de Habitação, a competência se desloca para a Justiça Estadual.
- Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença de ente federal no processo (Súmula nº 150 do STJ).
- Conflito não conhecido' (CC 27.229/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Seção, unânime, *DJ* de 03.04.2000).

Nesta Corte, pela classificação do contrato, se ausente a cláusula de cobertura do FCVS, passa a ser da Segunda Seção a competência para o exame do especial, conforme entendimento da própria Corte Especial:

'Questão de ordem. Competência interna do Tribunal. Mútuo vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação. Hipótese em que não há comprometimento do Fundo de Compensação de Variações Salariais. - Se o resíduo do saldo devedor do mútuo, eventualmente existente após o pagamento das prestações contratuais, for responsabilidade do próprio mutuário, o contrato tem natureza estritamente privada, cabendo a uma das Turmas da egrégia 2ª Seção o julgamento das causas dele decorrentes' (REsp 94.604/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 06.08.1997, *DJ* de 22.03.1999, p. 34).

Tal divisão sistêmica de julgamento, que leva em consideração a natureza do contrato de mútuo, traz, ainda, reflexos quanto ao conjunto de normas que sobre ele irá incidir, sendo esse aspecto também um traço diferenciador de ambos os tipos contratuais.
Portanto, naqueles contratos regidos pelo FCVS, cujo saldo devedor é suportado por fundo público gerido pela CEF, sua feição pública atrairá a incidência de normas do direito administrativo pertinentes, com exclusão das normas de direito privado.
Ao contrário, nos contratos sem a cobertura do FCVS, sua natureza privada atrairá a incidência das normas civilistas e do Código de Defesa do Consumidor.
Feita tal diferenciação, entendo que não pode ser indistintamente aplicada aos contratos com cobertura do fundo público a jurisprudência da Segunda Seção do STJ que considera pertinente a incidência das disposições do CDC aos contratos regidos pelo SFH, sob pena do desvirtuamento da sistemática de julgamento imposta pela própria jurisprudência desta Corte, que quis diferenciar ambos os tipos de contrato para fins de dispor sobre competência e legitimidade processual, e, agora, não o faz em relação ao plexo de normas que deve incidir sobre um e outro.
Concluo, assim, que não deve ser aplicado o CDC aos contratos de mútuo imobiliário regidos pelo SFH nos quais haja cláusula de cobertura do FCVS.
Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.
É o voto.

Os contratos típicos impermeáveis ao Código de Defesa do Consumidor são aqueles derivados das licitações reguladas pela Lei 8.666/93.

O contrato de compra e venda, ainda que com a cobertura do FCVS, não tem natureza de contrato administrativo, no qual sobressai a supremacia do Poder Público, a imposição unilateral da Administração e a inclusão das cláusulas exorbitantes, máxime por que lavrados no exercício do *ius gestiones*, consoante a doutrina nacional e alienígena (WALINE. *Droit administratif.* 9. ed., Sirey, p. 565 e segs.). Referidos vínculos são denominados contratos de direito privado da Administração e têm seu conteúdo regulado por essa província do direito (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Malheiros, 2006, p. 580-581).

Deveras, mesmo alguns contratos administrativos mistos, lavrados por concessionárias de serviços públicos, como, *v.g.*, a energia elétrica, admitem a incidência do CDC, inclusive quando o Estado é consumidor (art. 22 da Lei 8.078/90).

Tratando-se de contrato de compra e venda pelo Sistema Financeiro de Habitação, são aplicáveis as regras do CDC e, *a fortiori*, a sua exegese jurisprudencial, por isso que, à luz do art. 53 do mesmo diploma legal e da jurisprudência do eg. STJ, são restituíveis as parcelas pagas na hipótese de rescisão da avença por força de inadimplemento da cláusula que veda a cessão a terceiros e inadimplemento contratual. Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes:

Promessa de venda e compra. Resilição. Denúncia pelo compromissário comprador em

face da insuportabilidade no pagamento das prestações. Restituição.
- O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas.
Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte (EREsp 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, Segunda Seção, *DJ* de 09.12.2002).

Contrato de compra e venda de imóvel. Impossibilidade de pagamento das prestações. Pedido da compradora inadimplente de devolução das importâncias pagas. Art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte.
1. Admite-se o pedido de rescisão feito pelo promitente comprador, diante de fato com força suficiente para justificar o inadimplemento, assim 'a alteração objetiva da base em que foi celebrado o contrato', como tal a previsão de critérios de atualização das dívidas que desequilibram o orçamento do comprador, impedindo-o de cumprir o avençado, impondo-se a devolução das parcelas pagas e, ainda, sem sequer tendo sido ocupado o imóvel.
2. Recurso especial conhecido e provido (REsp 265.338/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, *DJ* de 20.08.2001).

Promessa de compra e venda de imóvel. Pacto celebrado na vigência do Codecon. Cláusula abusiva. Ação proposta pelo comprador.
I - O comprador inadimplente pode pleitear em juízo a devolução das prestações pagas e a rescisão do pacto, em face do desequilíbrio financeiro resultante da aplicação dos sucessivos planos econômicos.
II - Na exegese dos arts. 51 e 53 do Código do Consumidor, são abusivas as cláusulas que, em contrato de natureza adesiva, estabeleçam, rescindido este, tenha o promissário que perder as prestações pagas, sem que do negócio tenha auferido qualquer vantagem.
III - Inviável discussão em torno de dedução de quantias pagas a título de despesas arcadas pela vendedora, por incidência da Súmula nº 07/STJ.
IV - Recurso não conhecido (REsp 115.671/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, *DJ* de 02.10.2000).

Nesse sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*in Curso de direito administrativo*, Malheiros, 2006, p. 577 a 583):

> I. Introdução.
> 1. Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes. Seus traços nucleares residem na consensualidade para formação do vínculo e na autoridade de seus termos, os quais se impõem igualmente para ambos os contratantes. [Nota: cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, 'O contrato de direito público ou administrativo', *in RDA* 88/25.]
> 2. Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordos de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar 'contratos'. Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente: a) contratos de direito privado da Administração; b) 'contratos administrativos'. Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado, e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos dos primeiros têm-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública, etc. Exemplificam os segundos a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de uso de bem público.
> 3. Uns e outros estão parificados pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo Direito Administrativo [nota: A pessoa ou autoridade pública investida de poderes para contratar dispõe da competência segundo as regras de Direito Administrativo. As formalidades que precederão o contrato, quais sejam a autorização para contratar, a exigência da licitação e, eventualmente, requisitos a serem atendidos, também se disciplinam pelo Direito Administrativo. Os contratos da Administração no Direito brasileiro, sejam administrativos ou não, são examinados quanto à sua legalidade pelo Tribunal de Contas, que, em caso de inobservância das

normas a que estavam adstritos, pode solicitar ao Congresso Nacional determine sua sustação (art. 71 da Carta Constitucional).]; do que resultam, caso violadas as normas pertinentes, vícios específicos a estas figuras; vale dizer: caracterizados de acordo com os princípios e normas do Direito Administrativo.

4. Ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração se regulam em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito - ressalvados os aspectos supra-referidos -, os 'contratos administrativos' assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.

Peculiaridades do contrato administrativo.

5. Tal disciplina marca-se sobretudo (embora não só) pela possibilidade de a Administração instabilizar o vínculo, seja:

a) alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante;

b) extinguindo unilateralmente o vínculo. Ambas as formas de instabilização constituem um direito da Administração, ressalvadas a identidade do objeto da avença e a plena garantia dos interesses patrimoniais da outra parte.

6. Estas prerrogativas derivariam ou da sistemática normativa, que protege acentuadamente determinadas atividades públicas, ou de cláusulas 'contratuais' concebidas como 'exorbitantes'. Tanto poderiam ser colhidas nos textos que diretamente regulem a matéria - quando existentes - como deduzidas dos princípios retores de certas atividades públicas. Vale dizer, ou se reputam implícitas, seja na ordenação normativa, seja no bojo do contrato, ou estão realmente explícitas na lei ou em cláusula expressa do contrato.

7. De conseguinte, as prerrogativas da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua 'exorbitância' ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns. É de notar que as prerrogativas em pauta colocam o 'contrato' à mercê de uma das partes, tanto no que atina à continuidade quanto, dentro de certos limites, no que respeita às condições relativas à prestação devida pelo particular. Daí que subvertem profundamente a noção de contrato encontradiça na teoria geral do Direito, autorizando a questionar se ainda seria o caso de usar com propriedade esta titulação. A qualificação 'administrativo' aposta à palavra 'contrato' parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido substantivo.

II. O contrato administrativo no Direito francês

8. Foi a doutrina francesa que desenvolveu a teoria do 'contrato administrativo' [Nota: O principal teórico na matéria foi Gaston Jèze (*Principes généraux du droit administratif*, tomos III, IV, V e VI). Modernamente, a obra mais saliente é de André de Laubadère (*Traité théorique et pratique des colltracts administratifs*, 3 vs.). É também largamente difundido o estudo de Péquignot (*Théorie générale du contract administratif*).], fortemente embasada nos arestos do Conselho de Estado. No Direito brasileiro, os estudiosos se assentaram nos autores franceses. Como os administrativistas franceses pouco mais fazem - em sua maioria e já há muitos anos - senão sistematizar sua jurisprudência, os doutrinadores brasileiros, por vias indiretas, teorizam sobre a jurisprudência francesa na matéria.

9. O Conselho de Estado da França teve diante de si, fundamentalmente, dois problemas para solucionar, a saber:

a) quais os poderes ou sujeições inerentes ao 'contrato administrativo', ou seja, qual seu 'regime';

b) quando se deve reputar administrativo um contrato, e, portanto, submisso a este regime.

10. Com relação ao primeiro aspecto, não é difícil verificar que os traços peculiares ao regime do 'contrato administrativo' giram em tomo da supremacia de uma das partes, que, a seu turno, procede da prevalência do interesse público sobre interesses particulares. Esta supremacia vai expressar-se tanto na possibilidade de instabilizar a relação, segundo os termos já apontados, quanto na autoridade do contratante público. Esta autoridade se manifesta pela presunção de legitimidade de seus atos, pelo amplo controle e fiscalização da execução do contrato, pela possibilidade de impor sanções ao contratante privado. Além disso, a supremacia do interesse público incompatibiliza-se, muitas vezes, com a possibilidade de o contratante privado invocar a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), donde não se lhe reconhecer tal direito. Estes traços são havidos como necessários para garantir a regular satisfação do interesse público substanciado no contrato. É bem de ver que as

particularidades de cada qual se especificam, ademais, nas cláusulas 'exorbitantes' que porventura contenham.

11. Com relação ao segundo aspecto - o de saber-se quando tal ou qual contrato é administrativo -, firmou-se o entendimento de que teria este caráter o contrato firmado pela Administração que atendesse a um dentre estes três requisitos:

a) receber tal qualificação por lei;

b) ter por objeto a própria execução de um serviço público;

c) conter cláusulas 'exorbitantes'. [Nota: Estes são, conforme se depreende da doutrina francesa, os requisitos para que um contrato seja administrativo. Os autores não discrepam quanto a isso, embora nem sempre apresentem a enunciação nos termos singelos em que o fizemos, acolhendo a fórmula exposta por Vedel (*Droit administratif*. 3ª ed., Presses Universitaires de France, 1964, p. 614 a 616). Consultem-se ainda, a respeito, Waline (*Droit administratif*, 9. ed., Sirey, p. 565 e segs.), Rivero (*Droit administratif*, 3. ed., Dalloz, 1965, p. 100 a 102) e Laubadere (*Traité èlémentaire de droit administratif*, 3. ed., v. I, LGDJ, 1963, p. 282 a 287).]

12. Restaria saber o que é cláusula exorbitante. Os mesmos franceses, debruçando-se afadigadamente sobre as decisões do Conselho de Estado de seu país, concluem que, de acordo com elas, a cláusula exorbitante caracteriza-se por seu caráter incomum em um contrato de Direito Privado, seja porque aí seria nula, seja porque inadaptada a ele ainda que não fora nula. [nota: Diz Waline: 'A jurisprudência, que emprega freqüentemente a expressão 'cláusula exorbitante' ou 'derrogatória de Direito Comum' e que lhe atribui conseqüências tão importantes, infelizmente não a define. Há, na doutrina, duas concepções muito diferentes a respeito de uma tal cláusula: para Vedei é toda cláusula incomum nos contratos de Direito Privado. 'Parecia-me que não se poderia extrair uma qualificação jurídica de um simples caráter inabitual, e eu havia proposto o critério, que me parecia mais jurídico, da impossibilidade de inscrever tal cláusula em um contrato de Direito Privado sem infringira 'ordem pública'. E efetivamente podem-se citar neste sentido algumas decisões jurisdicionais (Paris, 12 de março D., 1959, Somm. 85). 'Parece-me, todavia, mais exato dizer que a cláusula exorbitante é aquela que não se encontra normalmente no contrato de Direito Privado, seja porque nele seria nula por contrária à ordem pública, seja ainda porque foi inserida no contrato pela autoridade administrativa em função de preocupações de interesse público que são estranhas às pessoas de Direito Privado quando contratam entre si' (ob. cit., p. 572, nº 963).

III. O contrato administrativo na doutrina brasileira

13. A doutrina brasileira, praticamente unânime e sem oposição jurisprudencial, denomina contrato administrativo à figura cujos traços foram bosquejados, reconhecendo-lhe as mesmas características que lhe são imputadas no Direito francês. Quanto a nós, acompanhando as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello [nota: *Princípios gerais de direito administrativo.* Ed. Forense, 1969, v. 1, p. 593 e segs., nº 56.1 a nº 56.8; 'O contrato de direito público ou administrativo', *in RDA* 88/15 e ss., e *Da licitação*, José Bushatsky, 1978, p. 21 a 27.] - que tratou do assunto com mestria insuplantável -, entendemos que esta rotulação 'contrato administrativo' tem sido utilizada de maneira imprópria e muito infeliz, porque propiciadora de equívocos.

14. Com efeito, sob tal nome estão radicalizadas situações jurídicas muito distintas, a saber:

a) contratos em que os poderes reconhecíveis ao Poder Público advêm diretamente das disposições legais e por isso não lhe poderão ser negados mesmo que as cláusulas contratuais não os estabeleçam;

b) 'contratos' em que os poderes de instabilização da relação jurídica existiriam independentemente de qualquer previsão contratual ou normativa explícita. É o que se passa com as concessões de serviço público ou de utilização do domínio público. Parece-nos, todavia, que nessas hipóteses há instabilidade justamente porque o objeto da relação jurídica serve para identificá-la, mas não é suscetível de um contrato propriamente dito e por isso não pode estratificar-se por obra da conjugação da vontade da Administração e do particular.

15. Em suma: o Poder Público, em razão de suas funções, tem sempre disponibilidade sobre o serviço público e sobre a utilização de um bem público; inversamente, o particular jamais pode tê-la, pois está envolvido na questão um bem *extra commercium*. O contrato jamais seria via idônea para propiciar a um administrado senhoria, conquanto parcial,

sobre um interesse público, seja no que respeita à forma de satisfazê-lo, seja no que atina ao prazo de duração de vínculo versando sobre ele. [Nota: Não seria possível que o interesse público ficasse vergado ao interesse particular. Daí o sem-sentido de recorrer-se à teoria do contrato em certos casos.]

16. Daí que os poderes reconhecidos à Administração nesses 'contratos administrativos' nos parece que nada têm de contratuais. São poderes relativos à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos. É só por esta razão que prescindem de cláusulas contratuais que os mencionem e de normas legais sobre contratos efetuados pela Administração. Tais poderes de instabilização descendem diretamente das regras de competência administrativa sobre os serviços públicos e o uso de bens públicos. E são competências inderrogáveis pela vontade das partes, insuscetíveis de transação e, pois, de 'contratos'.

17. Aliás, é curioso notar que os doutrinadores afirmam, muitas vezes, reportados aos 'contratos administrativos' em geral - e não apenas a esta espécie ora cogitada -, que neles se contêm cláusulas 'regulamentares' (as mutáveis) e cláusulas imutáveis atinentes à parte econômica. Esta assertiva faz, de si mesma, prova de que certas disposições que o regulam não integram o contrato. É dizer, não são contratuais, pois não podem ser objeto de avença. Estão à margem da influência da vontade do contratante privado. Em suma: são alheias ao acordo. E, se lhe são estranhas, como podem ser contratuais? Segue-se que o contratual seria apenas o que podia ser objeto de pacto e foi pactuado, a saber: a parte econômica convencionada. Logo, só existe contrato com relação a isto. O mais provém de ato unilateral da Administração Pública sob cuja regência coloca-se o particular, sujeitando-se a uma situação cambiável. Tais circunstâncias deveriam ser suficientes para evidenciar que as relações jurídicas constituídas entre o Poder Público e particular sob a égide do regime em apreço apresentam radical disparidade em relação aos contratos. Daí a inconveniência de abrigar sob um único rótulo figuras jurídicas tão distintas e submissas a critérios e princípios completamente diversos. Esta argumentação, entretanto, não sensibilizou nossa doutrina e jurisprudência.

18. De todo modo, o certo é que não se pode impedir que a doutrina absolutamente majoritária no Brasil resolva designar sob o nome 'contratos administrativos' esta variedade de relações tão díspares. [Nota: O próprio texto constitucional, no art. 175, parágrafo único, refere-se aos 'contratos' de concessão de serviço público.] (v. Capítulo XII, nota de rodapé 14). As palavras são meros rótulos que sobrepomos às coisas. Seria desejável que às realidades distintas fossem dadas titulações diferentes, para evitar confusões e extrapolações indevidas, como ocorre no caso. Seria preferível evitar terminologia que afilia à matriz contratual alguns destes vínculos cuja índole não se compatibiliza com a ascendência que se lhes quer inculcar. Entretanto, parecem fadados ao insucesso quaisquer esforços para demonstrar a inconveniência desta rotulação.

19. Com essas ressalvas, passemos a examinar os chamados 'contratos administrativos', isto é, as relações convencionais que, por força de lei, de cláusulas contratuais ou do objeto da relação jurídica, situem a Administração em posição jurídica peculiar em prol da satisfação de um interesse administrativo.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial, divergindo da eminente Relatora.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, dando provimento ao recurso especial, pediu vista a Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora)".

Aguardam os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Humberto Martins e José Delgado.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Denise Arruda (RISTJ, art. 162, § 2º).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento, nesta assentada, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 14 de fevereiro de 2007. - *Carolina Véras* - Secretária.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki - Penso que a Sra. Ministra Relatora tem toda razão, pois, neste caso, aplica-se o princípio da especialidade. Assim como o Código de Defesa do Consumidor, também as normas do Sistema Financeiro de Habitação, especialmente as que consagram o Fundo de Compensação de Variações Salariais, têm uma finalidade social importante.

Pelo princípio da especialidade, acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, negando provimento ao recurso especial.

Voto-vencido

O Sr. Ministro José Delgado - Sr. Presidente, trata-se de caso de direito fundamental, porque implicitamente todas as normas especiais ficaram revogadas; é um direito de hierarquia maior. O contrato foi assinado em 1992 em plena vigência do Código de Defesa do Consumidor, e não podemos ignorar direitos que são garantidos aos hipossuficientes; nenhum prejuízo traz ao Fundo de Garantia, ao Fundo de Compensação, porque a cooperativa tem condições de reaver toda essa quantia e as cláusulas são da época da ditadura, de 1964, quando havia o imperialismo econômico. Sabemos que o Sistema Financeiro Nacional foi criado à base do imperialismo econômico, quando havia a força do Estado. Dou prevalência ao que se chama direitos fundamentais do consumidor, fazendo com que eles atuem em benefício do hipossuficiente.

Divirjo do voto da Sra. Ministra Relatora, dando provimento ao recurso especial.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Luiz Fux e José Delgado, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora".

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Humberto Martins votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento a Sra. Ministra Denise Arruda e o Sr. Ministro Herman Benjamin (RISTJ, art. 162, § 2º).

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 28 de fevereiro de 2007. - *Carolina Véras* - Secretária.

(Publicado no *DJU* de 16.04.2007.)

-:::-

HABEAS CORPUS - PROCESSUAL PENAL - CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ALEGAÇÃO DE NULIDADE, CONSUBSTANCIADA NA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA DA DATA DESIGNADA PARA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA NO JUÍZO DEPRECADO - FALTA DE PREVISÃO LEGAL - ADVOGADO DEVIDAMENTE INTIMADO DA EXPEDIÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA - APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 273 DO STJ

1. Não existe previsão legal, nos termos do art. 222 do Código de Processo Penal, de intimação da data da audiência de oitiva da testemunha, cabendo ao defensor constituído ou nomeado acompanhar o trâmite da precatória perante o juízo deprecado, a fim de tomar conhecimento da data da audiência.

2. Aplicação da Súmula nº 273 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 57.096-RJ - Relatora: Ministra LAURITA VAZ

Impetrante: Gilberto Linhares Teixeira. Advogado: Luiz Carlos da Silva Neto. Impetrada: Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Paciente: Gilberto Linhares Teixeira (preso).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília-DF, 27 de março de 2007 (data do julgamento). - *Ministra Laurita Vaz* - Relatora.

Relatório

Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz - Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado por Luiz Carlos da Silva Neto, em favor de Gilberto Linhares Teixeira, preso cautelarmente e denunciado pela prática, em tese, dos crimes tipificados no art. 312, c/c o 327, § 2º (vinte e nove vezes), arts. 312 (duas vezes), 288, 299, 304, 321, todos do Código Penal, 89 (sete vezes), 90 (doze vezes), 92 e 96, inciso I (duas vezes), todos da Lei nº 8.666/1993, art. 10 da Lei nº 9.269/1996 e art. 1º, inciso V, c/c o § 4º, da Lei nº 9.613/1998, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

O *decisum* ora atacado restou assim ementado:

> Penal. *Habeas corpus*. Inquirição de testemunha por carta precatória. Intimação da defesa quanto à data da audiência. Desnecessidade. Ordem denegada.
> 1. Em se tratando de testemunha com residência fora da área de atuação do juízo processante, o art. 222 do CPP exige a intimação das partes tão-somente quanto à expedição da carta precatória, e não quanto à data da audiência em que o depoimento deve ser colhido. Súmula 273 do STJ.
> 2. A falta da intimação exigida no referido dispositivo - que não é o caso dos autos - constitui nulidade relativa (Súmula 155 do STF), sendo, pois, indispensável demonstrar o efetivo prejuízo sofrido pela parte.
> 3. Ordem que se denega (f. 53/58).

O impetrante alega, em suma, que

> para que seja assegurada a higidez do depoimento colhido de uma testemunha através de carta precatória, insta seja intimada a defesa, tanto no momento da expedição da carta precatória quanto na designação da data em que será realizada a audiência, para que, dessa forma, o acusado e o defensor possam comparecer ao ato e questionar a testemunha sobre fatos que sejam pertinentes ao deslinde da causa (f. 24).

Aduz, ainda, que a audiência de inquirição de testemunhas, realizada por carta precatória, é nula, pois não houve a participação pessoal do paciente no ato processual, o que teria violado, novamente, o princípio da ampla defesa.

Requer, assim, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente e, no mérito, a declaração de nulidade dos atos processuais ora atacados.

O pedido liminar foi indeferido.

Estando os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da autoridade impetrada.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem nos seguintes termos:

> Nulidade. Audiência em juízo deprecado: desnecessidade de intimação da defesa (art. 222 do CPP). - Intimada a defesa da expedição da carta precatória, é desnecessária nova intimação da data designada para a realização da audiência no Juízo deprecado (Súmula 273 do STJ). Parecer no sentido de que seja denegada a ordem requerida (f. 633/635).

É o relatório.

Voto

Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora) - A impetração não merece acolhida.

Com efeito, no que tange à alegada falta de intimação das partes da data destinada à inquirição de testemunha, no Juízo deprecado, impende dizer que, para a regularidade do ato, é tão-somente necessária a intimação da defesa técnica da expedição da carta precatória, porquanto não existe previsão legal, nos termos do art. 222 do Código de Processo Penal, de intimação da data da audiência de oitiva da testemunha, cabendo ao defensor constituído acompanhar o trâmite da carta precatória perante o Juízo deprecado, a fim de tomar conhecimento da data da audiência.

Aplica-se, assim, na hipótese, o enunciado da Súmula nº 273 do Superior Tribunal de Justiça:

> Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado.

Nesse sentido, inclusive, confiram-se os seguintes precedentes:

> Criminal. *HC*. Extorsão mediante seqüestro. Nulidade. Ausência de intimação para audiência de oitiva de testemunha da acusação no Juízo deprecado. Falta de previsão legal. Trâmite legal que deveria ter sido acompanhado pelo advogado. Nulidade relativa. Ausência de prejuízo. Ordem denegada.
>
> I. Hipótese em que a expedição da carta precatória para oitiva de testemunha da acusação ocorreu antes da constituição do impetrante como advogado do paciente e, sendo assim, a real discussão dos autos é a não-ocorrência de intimação da data designada para a referida audiência, já que não se pode questionar, por óbvio, a eventual inexistência de intimação do patrono da expedição da precatória, pois ele nem sequer era o defensor do réu.
> II. Não se reconhece a nulidade do feito pela ausência de intimação da data da audiência de oitiva da testemunha no Juízo deprecado por falta de previsão legal.
> III. Caberia ao advogado constituído acompanhar o trâmite do feito criminal instaurado contra o réu e, conseqüentemente, o andamento da carta precatória perante o Juízo deprecado, a fim de tomar conhecimento da data da audiência.
> IV. Precedentes do STJ e do STF.
> V. A ausência de intimação da expedição de carta precatória para oitiva de testemunhas é nulidade relativa. Súmula nº 155/STF.
> VI. Tratando-se de nulidade relativa, é imprescindível, para o seu reconhecimento, que se faça a indicação do prejuízo causado ao réu, o que não restou evidenciado *in casu*. Súmula nº 523/STF.
> VII. Ordem denegada (*HC* nº 38.036/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* de 07.03.2005).
>
> *Habeas corpus*. Processual penal. Extorsão mediante seqüestro. Fragilidade das provas que embasam a condenação. Revolvimento de matéria fático-probatória incabível na via eleita. Ausência de intimação da oitiva de testemunha no Juízo deprecado. Nulidade inexistente.
> 1. A alegada insuficiência das provas para embasar a condenação não comporta exame na via do *writ*, uma vez que dependente de ampla dilação probatória.
> 2. A regularidade do interrogatório realizado pelo Juízo deprecado depende, somente, da intimação regular do defensor constituído da expedição da carta precatória.
> 3. Não existe previsão legal, nos termos do art. 222 do CPP, de intimação da data da audiência de oitiva da testemunha, cabendo ao defensor acompanhar o trâmite da precatória perante o Juízo deprecado, a fim de tomar conhecimento da data da audiência. Precedentes.

4. *Writ* denegado (*HC* nº 32.938/SP, de minha relatoria, *DJ* de 08.11.2004).

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, denego a ordem ora postulada.

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, denegou a ordem".

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com a Sr.ª Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília, 27 de março de 2007. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 14.05.2007.)

-:::-

PENAL - *REFORMATIO IN MELIUS* - RECURSO EXCLUSIVO DA ACUSAÇÃO - POSSIBILIDADE - FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES - VIOLAÇÃO DO ART. 155, § 4º, INC. IV, DO CÓDIGO PENAL RECONHECIDA - APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA PARA O ROUBO PRATICADO EM CONCURSO DE AGENTES - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL - PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - ATENUANTES - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 231 DO STJ - RECURSO PROVIDO

1. A mais recente jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o art. 617 do CPP proíbe, apenas, a *reformatio in pejus*, não havendo nenhuma vedação à *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação, uma vez que este devolve toda a matéria ao Tribunal.

2. O estatuto repressivo prevê como qualificado o furto cometido por dois ou mais agentes, estabelecendo no § 4º do art. 155 do Código Penal a pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos como limite à resposta penal.

3. Assim, fere o referido dispositivo legal o *decisum* que, em nome dos princípios da proporcionalidade e da isonomia, aplica ao furto qualificado o aumento de pena previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal, haja vista que, em obediência ao princípio da reserva legal, não cabe ao julgador criar figuras delitivas ou aplicar penas que o legislador não haja determinado.

4. A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231/STJ).

5. Recurso conhecido e provido para redimensionar a pena privativa de liberdade imposta ao réu, fixando-a em 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, mantidas as demais determinações do acórdão recorrido relativas à pena de multa e à substituição da pena.

RECURSO ESPECIAL Nº 708.415-RS - Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Misaque Lopes. Advogados: Nora Lavínia Campos Cruz - Defensora Pública e outro.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acor-

dam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília-DF, 20 de março de 2007(data do julgamento). - *Ministro Arnaldo Esteves Lima* - Relator.

Relatório

Ministro Arnaldo Esteves Lima - Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local.

O recorrido foi condenado pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos, além do pagamento de 60 dias-multa (f. 114/120).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, o qual teve o provimento negado pelo Tribunal de origem, que, ainda, em *reformatio in melius*, reduziu a pena para 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, substituindo-a por multa de R$ 150,00 (cento e cinqüenta reais), mantida a sanção pecuniária cumulativa (f. 157/164).

No recurso especial, sustenta o recorrente, além de dissídio jurisprudencial, negativa de vigência do art. 155, § 4º, do Código Penal, ao argumento de que a Corte de origem não poderia ter aplicado ao crime de furto qualificado pelo concurso de agentes a majorante prevista no art. 157, § 2º, II, do CP.

Alega também interpretação divergente de outros tribunais no tocante à impossibilidade da *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação e da fixação da pena aquém do mínimo legal.

As contra-razões foram apresentadas às f. 196/207.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso no tocante à letra *a* e pelo não-conhecimento do dissídio (f. 218/221).

É o relatório.

Voto

Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator) - De início, não assiste razão ao recorrente no que se refere à alegada impossibilidade da *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação. A mais recente jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o art. 617 do CPP proíbe apenas *a reformatio in pejus*, não havendo nenhuma vedação à *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação, uma vez que este devolve toda a matéria ao Tribunal.

A propósito do tema, convém conferir o pronunciamento da ilustre Ministra Laurita Vaz no julgamento do REsp 509.399/ SP (Quinta Turma, *DJ* de 2.8.2004):

> De início, cabe esclarecer que o art. 617 do Código de Processo Penal vedou, apenas, a chamada *reformatio in pejus, litteris*:
> 'Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença'.
> Em que pesem divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto, entendo que, quando houver exclusiva interposição de recurso da acusação, objetivando a exasperação da pena imposta ao réu ou agravamento do regime prisional, e o órgão julgador verificar flagrante ilegalidade na condenação, pode ocorrer a *reformatio in melius*, pois o estatuto processual não vedou sua aplicação. Ademais, na interpretação do referido artigo, infere-se que na hipótese de recurso ministe-

rial toda a matéria será devolvida para julgamento, não havendo falar em violação ao princípio do *tantum devolutum quantum apellatum*. É que o Ministério Público, além de atuar como *dominus litis*, também age como *custos legis*, não podendo, assim, objetivar uma decisão injusta ou ilegal.

No mesmo sentido, são os seguintes precedentes deste Superior Tribunal:

> Recurso especial. Penal e processual penal. Recurso exclusivo da acusação. Ocorrência da *reformatio in melius*. Possibilidade. Inexistência de vedação legal. Porte ilegal de arma de fogo. Anulação do exame pericial. Inexistência de outros meios de prova.
> 1. O art. 617 do Código de Processo Penal veda, tão-somente, a *reformatio in pejus*. Em sendo assim, infere-se do sistema processual penal que a *reformatio in melius* deve ser admitida, pois em recurso exclusivo do Ministério Público toda a matéria resta devolvida, podendo, dessa forma, ser analisada a existência de ilegalidades na condenação pelo Tribunal de origem. Precedentes.
> 2. A Corte *a quo* absolveu os recorridos porque reconheceu, além da nulidade da perícia, inexistir nos autos prova suficiente para a condenação. Desse modo, atender à pretensão recursal do recorrente de, afastando a nulidade da perícia, confirmar a condenação de primeiro grau, implica, necessariamente, reexame da matéria fático-probatória constante dos autos, impossível na via estreita do recurso especial, a teor do disposto na Súmula nº 07 do STJ.
> 3. Recurso especial não conhecido (REsp 299.405/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* de 25.8.2003).

> Recurso especial. Penal e processo penal. Roubo. Prescinde de posse tranqüila a coisa roubada com emprego de violência ou grave ameaça. Limites da apelação. Recurso exclusivo da acusação. *Reformatio in melius*. Possibilidade, *in casu*.
> Prescinde de posse tranqüila a coisa roubada com emprego de violência ou grave ameaça (precedentes).
> A *reformatio in melius* é possível quando há exclusiva interposição de recurso por parte da acusação, pretendendo a majoração da pena imposta ao réu, e se constatada a circunstância de flagrante ilegalidade da condenação (precedentes).
> Recurso parcialmente provido (REsp 302.352 /SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, *DJ* de 09.12.2002).

> Processo penal. Recurso exclusivo do Ministério Público. Possibilidade de *reformatio in melius*.
> - Nada há que impeça a *reformatio in melius* em face de recurso exclusivo do Ministério Público. Isso porque a impugnação do Ministério Público não guarda em seu bojo limitações ao poder do juízo *ad quem*. Tanto é que o mesmo Ministério Público que acusa pode, ante fatos novos, pleitear a absolvição. Se o tribunal pode conceder *habeas corpus ex officio*, nada impede que, ante recurso exclusivo da acusação, abrande a situação do acusado.
> - Recurso desprovido (REsp 168.557/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, *DJ* 18.12.2000).

Conquanto seja admitida a *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação, no caso em apreço, a reforma da sentença pela Corte de origem não merece ser mantida, uma vez que a redução da pena aplicada pela sentença foi fundamentada na incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, II, do CP em crime de furto, afastando-se a qualificadora do art. 155, § 4º, IV, do CP.

O estatuto repressivo prevê como qualificado o furto cometido por dois ou mais agentes, estabelecendo no § 4º do art. 155 do Código Penal a pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos como limite à resposta penal.

Assim, fere o referido dispositivo legal o *decisum* que, em nome dos princípios da proporcionalidade e da isonomia, aplica ao furto qualificado o aumento de pena previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal para a hipótese do crime de roubo cometido em igual condição.

Com efeito, em obediência ao princípio da reserva legal, não cabe ao julgador criar figuras delitivas ou aplicar penas que o legislador não haja determinado.

Ademais,

respeitável a construção doutrinária na defesa de quaisquer teses que exaltem ou critiquem o sistema legal em vigor, contudo, durante a sua vigência, afigura-se imprescindível que seja efetivamente respeitado e aplicado (REsp 701.383/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, *DJ* de 2.5.2005).

Nesse sentido, reiteradamente, tem-se manifestado esta Corte. Confiram-se:

Recurso especial. Penal. Furto qualificado. Concurso de agentes. Aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 157, parágrafo 2º, do Código Penal. Impossibilidade. Provimento.
- O princípio da estrita legalidade, vigente em nosso ordenamento jurídico penal, repudia a aplicação da analogia. Aplica-se a hipótese normativa, não admitindo que se aplique outra norma, relativa à hipótese diversa.
- Havendo previsão normativa de qualificação do crime de furto praticado em concurso de pessoas (CP, artigo 155, § 4º, IV), inadmissível é a aplicação por analogia da norma do artigo 157, § 2º, II, que trata da causa de aumento de pena no crime de roubo praticado em concurso de pessoas.
- Recurso provido (REsp 684.549/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, *DJ* de 09.05.2005).

Recurso especial. Direito penal. Furto qualificado. Concurso de pessoas. Roubo. Causa de aumento de pena. Concurso de pessoas. Aplicação analógica. Inadmissibilidade.
- Vige no direito penal o princípio da estrita legalidade, utilizando-se da analogia tão-somente em face da existência de lacuna no ordenamento jurídico.
- Havendo previsão normativa de qualificação do crime de furto praticado em concurso de pessoas (CP, art. 155, §4º, IV), inadmissível é a aplicação, por analogia, da norma do art. 157, § 2º, II, que trata da causa de aumento de pena no crime de roubo praticado em concurso de pessoas.
- Recurso provido (REsp 439.879/RS, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, *DJ* de 29.9.2003).

Recurso especial. Penal. Crime contra o patrimônio. Reincidência comprovada. Majoração. Furto qualificado pelo concurso de agentes. Impossibilidade da incidência do art. 155, § 2º, CP. Inaplicável o aumento previsto no crime de roubo. Violação ao art 155, § 4º, do CP. Precedentes.
1. Reconhecida a violação ao art. 61, inciso I, do Código Penal, uma vez que, no momento da dosimetria da pena, estando comprovada a reincidência, a sanção corporal deverá ser sempre agravada.
2. Incabível a aplicação do privilégio constante no art. 155, § 2º, do Código Penal, em face da incidência da circunstância qualificadora do concurso de agentes.
3. A legislação penal define o *quantum* do crime de furto qualificado pelo concurso de agentes, inexistindo, pois, lacuna, razão pela qual não se afigura possível a aplicação da majorante do roubo em igual condição.
4. Recurso especial conhecido e provido (REsp 683.094/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, *DJ* de 07.03.2005).

Outrossim, o acórdão recorrido encontra-se em dissonância com o entendimento desta Corte, pacificado no sentido de que o reconhecimento da existência de atenuante não pode conduzir à fixação da pena aquém do mínimo legal. Esse, aliás, é o preciso enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, *litteris*: "A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Nesse contexto, reconhecida a qualificadora prevista no inc. IV do § 4º do art. 155 do Código Penal, o *quantum* da resposta penal, nos termos da lei de regência, deve obedecer aos limites previstos, quais sejam mínimo de 2 (dois) e máximo de 8 (oito) anos de reclusão, não sendo cabível a condução da pena aquém desse mínimo em razão de circunstância atenuante.

Por conseguinte, obedecidas as diretrizes fixadas pelas instâncias inferiores, reestruturo a pena imposta ao réu, que passa a ser a seguinte: pena-base fixada no mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) anos de reclusão, tornando-se definitiva nesse patamar, mesmo com o reconhecimento da atenuante da confissão, conforme já explicitado acima.

O regime de cumprimento da reprimenda será o aberto, em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para redimensionar a pena privativa de liberdade imposta ao réu, fixando-a em 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, mantidas as demais determinações do acórdão recorrido relativas à pena de multa e à substituição da pena.

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 e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília, 20 de março de 2007. - *Lauro Rocha Reis* – Secretário.

(Publicado no *DJU* de 23.04.2007.)

-:::-

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FAZENDA PÚBLICA. Prazo processual. Embargos à execução. Prazos previstos no art. 730 do CPC e no art. 884 da CLT. Ampliação pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-B à Lei federal nº 9.494/97. Limites constitucionais de urgência e relevância não ultrapassados. Dissídio jurisprudencial sobre a norma. Ação direta de constitucionalidade. Liminar deferida. Aplicação do art. 21, *caput*, da Lei nº 9.868/99. Ficam suspensos todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Medida Provisória nº 2.180-35.

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 11-8 - Distrito Federal - Relator: Ministro CEZAR PELUSO

Requerente: Governador do Distrito Federal. Advogados: PGDF - Tiago Pimentel Souza e outro (A/S).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em deferir a cautelar, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Falou pelo requerente a Dra. Maria Dolores Serra M. Martins. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente).

Brasília, 28 de março de 2007. - *Cezar Peluso* - Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator) - 1. Trata-se de ação direta de constitucionalidade, com pedido de liminar, movida pelo Governador do Distrito Federal, que pretende ver declarado constitucional o disposto no art. 1º -B da Lei nº 9.494, de 10.09.1997, acrescentado pelo art. 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001 (f. 02/15).

Tal norma ampliou para trinta (30) dias o prazo que os arts. 730 do Código de Processo Civil e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho concediam à Fazenda Pública, para oferecimento de embargos à execução.

O autor vindica interesse jurídico na declaração, uma vez que teriam sobrevindo inúmeras decisões que reputaram, incidentalmente, inconstitucional a mesma norma, inclusive uma exarada pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, demonstrando assim a existência de efetiva controvérsia judicial a respeito.

Como fundamento da pretensão, aduz que a Medida Provisória nº 2.180-35 é anterior à Emenda Constitucional nº 32/2001, a qual impediu o uso dessa via legislativa para dispor sobre matéria processual, mas validou as editadas até a data de sua publicação (art. 2º).

A par disso, far-se-iam presentes os requisitos constitucionais da relevância e da urgência (art. 62 da CF). O volume de demandas e a estrutura insuficiente da advocacia estatal tornariam imperativa a ampliação do prazo para embargos à execução, coisa que já não poderia ficar na dependência do lento trâmite legislativo do projeto (nº 2.689/96) que, sobre a mesma matéria, aguarda há quase dez anos deliberação.

Em caráter liminar, pede “a suspensão dos julgamentos dos processos que envolvam a aplicação do artigo 1º-B da Lei Federal nº 9.494/97, acrescentado pelo artigo 4º da Medida Provisória nº 2.180-35/2001” (f. 14).

É o relatório.

Voto

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator) - 1. Tenho, em princípio, por admissível a ação direta de constitucionalidade.

Reputo haver o autor logrado demonstrar interesse de agir, na particular conformação que essa condição adquire na via processual da ADC. É que se não pode negar a ocorrência de efetivo dissenso jurisprudencial sobre a constitucionalidade do art. 1º-B da Lei nº 9.494, de 10.09.1997, acrescentado pelo art. 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, o que prova a existência de *dúvida objetiva* a respeito (ADC nº 8-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 12.08.1999). De tal quadro constitui exemplo o acórdão proferido pelo órgão plenário do Tribunal Superior do Trabalho, que, em juízo incidental, declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da norma (f. 16/32).

2. E é caso de liminar.

Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de "relevância" e "urgência" (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI nº 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 23.04.2004; ADI nº 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 26.03.1999; ADI nº 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12.06.1998; ADI nº 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 19.09.1997).

Nesse juízo prévio e sumário, estou em que o Chefe do Poder Executivo não transpôs os limites daqueles requisitos constitucionais, na edição da Medida Provisória nº 2.180-35, em especial no que toca ao art. 1º-B, objeto desta demanda. Com efeito, é dotada de verossimilhança a alegação de que as notórias insuficiências da estrutura burocrática de patrocínio dos interesses do Estado, aliadas ao crescente volume de execuções contra a Fazenda Pública, tornavam *relevante* e *urgente* a ampliação do prazo para ajuizamento de embargos.

Tal alteração parece não haver ultrapassado os termos de razoabilidade e proporcionalidade que devem pautar a outorga de benefício jurídico-processual à Fazenda Pública, para que se não converta em privilégio e dano da necessária paridade de armas entre as partes no processo, a qual é inerente à cláusula *due process of law* (arts. 5º, incs. I e LIV; CPC, art. 125) (ADI nº 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12.06.1998).

A observação é, aliás, sobremodo conveniente ao caso do art. 884 da CLT, cujo prazo se aplica a qualquer das partes, não apenas à Fazenda Pública.

Além disso, faz muito foi apresentado, com igual propósito, o projeto de lei nº 2.689/96 (f. 52/23), sem que até agora fosse objeto de deliberação, enquanto mais um elemento expressivo da relevância e da urgência da edição da Medida Provisória nº 2.180-35, cujo art. 1º-D, que exime a Fazenda Pública do pagamento de honorários advocatícios nas execuções não embargadas, a Corte já deu *incidenter tantum* por constitucional, no julgamento do RE nº 420.816.

E o requisito do *periculum in mora*, também esse se faz presente. Como demonstrado pelo autor, é já caracterizada a desavença jurisprudencial sobre a constitucionalidade da norma, e cuja incerteza implica riscos evidentes de gravame ao interesse público. Basta pensar que inúmeros embargos à execução, opostos sob confiança da validez dos textos legais, podem reputar-se intempestivos.

E não se cingem ao Poder Público os perigos dessa instabilidade: a ninguém interessa a multiplicação de recursos sobre a validade constitucional do art. 1º-B da Medida Provisória nº 2.180-35, os quais só agravarão o congestionamento da máquina judiciária e o conseqüente retardo no desfecho dos processos.

3. Do exposto, defiro a liminar, para suspender os processos em que se discute a cons-

titucionalidade do art. 1º-B da Medida Provisória n° 2.180-35 (art. 21, *caput*, da Lei nº 9.868/99).

Voto

A Senhora Ministra Cármen Lúcia - Senhor Presidente, acompanho o Relator quanto ao deferimento da medida cautelar, porém faço reserva absoluta quanto aos fundamentos constantes tanto da petição e referidos da tribuna, quanto à sindicalidade judicial dos requisitos previstos para a expedição de medida cautelar nos termos do artigo 62 da Constituição.

Acompanho, então, o Relator, para sanar quaisquer dúvidas ou questões judiciais pendentes. Como foi dito expressamente, estou apenas ressalvando.

Debate

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente) - Ministra Cármen Lúcia, mas não há divergência quanto ao voto do Relator, porque ele, também, admite.

A Senhora Ministra Cármen Lúcia - Exatamente, apenas conforme dito expressamente, faço a ressalva.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Tenho dúvida sobre qual é o artigo da CLT.

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator) - Trata-se do que estatuía que o prazo para embargar e para contestação dos embargos era de cinco dias.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Esse é o comum. O artigo 730, porém, refere-se apenas às execuções contra a Fazenda Pública.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente) - No entanto, é o mesmo prazo.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Minha indagação é sobre o precedente do Tribunal na ADIMC 1.753, quanto à ampliação do prazo de rescisória apenas em favor das entidades estatais.

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator) - Já consta do Código de Processo Civil norma tradicionalíssima, que, aliás, advém do Código de 1939 e concede o prazo à Fazenda Pública.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Ressalvei, no precedente, da objeção à criação de novos privilégios da Fazenda em juízo, aqueles casos que, dizia eu, têm, por si, a vetustez.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente) - No entanto, aquele precedente, na verdade, tem outros fundamentos.

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator) - Esses são coerentes na estrutura sistemática do Código de Processo Civil.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente) - Trouxe, aqui, apenas no que diz respeito à Fazenda Pública Federal, a indicação da PGFN de que existem quatro milhões, seiscentos e vinte e oito mil, novecentos e doze processos de execução para cerca de mil e duzentos Procuradores. Disso que estamos a falar.

Basta esse dado para verificarmos que, neste caso, não se pode cogitar de lesão ao princípio da isonomia se estivermos a tratar de execução e de possíveis embargos à execução. Mesmo que se estime que haja, por exemplo, dez, vinte ou trinta por cento de embargos à execução, ainda será uma quantidade expressiva. Certamente - a Ministra Cármen Lúcia poderá também declinar a sua experiência na Procuradoria de Minas Gerais - situação semelhante ocorre nas demais Procuradorias estaduais.

Voto

O Senhor Ministro Eros Grau - Senhor Presidente, acompanho o Relator, mas adoto as ressalvas em relação à competência desta Corte para examinar os requisitos de urgência e relevância.

Voto

O Senhor Ministro Carlos Brito - Senhor Presidente, acompanho o Relator com as ressalvas somadas do Ministro Eros Grau e da Ministra Cármen Lúcia.

Voto

O Senhor Ministro Celso de Mello - Reconheço, preliminarmente, que compete, ao Poder Judiciário, efetuar o controle jurisdicional dos requisitos condicionantes da válida edição, pelo Chefe do Executivo, das medidas provisórias, em ordem a inibir abusos no desempenho dessa extraordinária competência normativa atribuída ao Presidente da República.

Assim entendo, Senhor Presidente, porque esta Suprema Corte não pode ignorar que se registra, hoje, em nosso sistema institucional, um anômalo quadro de disfunção dos poderes governamentais, de que deriva, em desfavor do Congresso Nacional, o comprometimento do relevantíssimo poder de agenda, o que culmina por acarretar a perda da capacidade de o Parlamento condicionar e influir, mediante regular atividade legislativa, na definição e no estabelecimento de políticas públicas.

Cabe advertir, por isso mesmo, que a utilização excessiva das medidas provisórias minimiza, perigosamente, a importância político-institucional do Poder Legislativo, pois suprime a possibilidade de prévia discussão parlamentar de matérias que, ordinariamente, estão sujeitas ao poder decisório do Congresso Nacional.

Na realidade, a expansão do poder presidencial, em tema de desempenho da função normativa primária - além de viabilizar a possibilidade de uma preocupante ingerência do Chefe do Poder Executivo da União no tratamento unilateral de questões, que, historicamente, sempre pertenceram à esfera de atuação institucional dos corpos legislativos -, introduz fator de desequilíbrio sistêmico que atinge, afeta e desconsidera a essência da ordem democrática, cujos fundamentos, apoiados em razões de garantia política e de segurança jurídica dos cidadãos, conferem justificação teórica ao princípio da reserva de Parlamento e ao postulado da separação de poderes.

Cumpre não desconhecer, neste ponto, que é o Parlamento, no regime de separação de poderes, o único órgão estatal investido de legitimidade constitucional para elaborar, democraticamente, as leis do Estado.

É por tal razão, e para evitar que o texto de nossa Lei Fundamental se exponha a manipulações exegéticas, e seja submetido, por razões de simples interesse político ou de mera conveniência administrativa, ao império dos fatos e das circunstâncias, degradando-se em sua autoridade normativa, que entendo possível o exame, por parte do Poder Judiciário, dos pressupostos da relevância e da urgência, os quais, referidos no art. 62 da Constituição da República, qualificam-se como requisitos legitimadores e essenciais ao exercício, pelo Presidente da República, da competência normativa que lhe foi extraordinariamente outorgada para editar medidas provisórias.

Os pressupostos em questão - urgência da prestação legislativa e relevância da matéria a ser disciplinada - configuram elementos que compõem a própria estrutura constitucional da regra de competência que habilita o Chefe do Executivo, excepcionalmente, a editar medidas provisórias.

Tais pressupostos, precisamente porque são requisitos de índole constitucional, expõem-se, enquanto categorias de natureza jurídica, à possibilidade de controle jurisdicional.

É que a carga de discricionariedade política, subjacente à formulação inicial, pelo Chefe do Executivo, do juízo concernente aos requisitos da urgência e da relevância, não pode legitimar o exercício abusivo da prerrogativa extraordinária de legislar.

Vê-se, pois, que a relevância e a urgência - que se revelam noções redutíveis à categoria de conceitos relativamente indeterminados - qualificam-se como pressupostos constitucionais legiti-

madores da edição das medidas provisórias. Constituem requisitos condicionantes do exercício desse poder extraordinário de legislar que a Carta Política outorgou ao Presidente da República.

Tratando-se de requisitos de índole constitucional, cabe, ao Supremo Tribunal Federal, em cada caso ocorrente, analisar a configuração desses pressupostos, cuja existência se revela essencial ao processo de legitimação do exercício, pelo Presidente da República, do seu poder de editar medidas provisórias.

Essa percepção do tema - que identifica, na medida provisória, uma categoria normativa que traduz derrogação excepcional do princípio constitucional da separação de poderes e que admite, por isso mesmo, a possibilidade, ainda que extraordinária, do controle jurisdicional sobre os pressupostos da relevância e da urgência - encontra apoio no magistério da doutrina (CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, "Medidas Provisórias e Princípio da Separação de Poderes", p. 44/69, 62, "*in*" **"***Direito Contemporâneo - Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa"*, coordenação de Ives Gandra Martins, 2001, Forense Universitária; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, *"Medidas Provisórias"*, p. 143/147, 2ª ed., 1999, Max Limonad; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Curso de Direito Constitucional Positivo", p. 533/534, item n. 13.3, 19ª ed., 2001, Malheiros; ALEXANDRE DE MORAES, *"Direito Constitucional"*, p. 539/541, item n. 4.3.8, 9ª ed., 2001, Atlas; ZENO VELOSO, *"Controle Jurisdicional de Constitucionalidade"*, p. 168/171, itens ns. 181/182, 1ª ed., 1999, Cejup; PINTO FERREIRA, *"Comentários à Constituição Brasileira"*, Saraiva, p. 288, vol. 3, 1992, Saraiva; UADI LAMMÊGO BULOS, *"Constituição Federal Anotada"*, p. 769/770, item n. 10, 1ª ed., 2000, Saraiva; LUÍS ROBERTO BARROSO, *"Constituição da República Federativa do Brasil"*, p. 207, 2ª ed., 1999, Saraiva; HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, *"Medida Provisória na Constituição de 1988"*, p. 84/86, 1997, Fabris Editor, *v.g.*), cabendo destacar, ante a precisa abordagem que faz da matéria em causa, a lição, sempre autorizada, de Celso Antônio Bandeira de Melo ("Curso de Direito Administrativo", p. 100/101, itens ns. 56/57, 13ª ed., 2001, Malheiros):

> O Judiciário não sai de seu campo próprio nem invade discrição administrativa quando verifica se pressupostos normativamente estabelecidos para delimitar uma dada competência existem ou não existem. Uma vez que a Constituição só admite medidas provisórias em face de situação relevante e urgente, segue-se que ambos são, cumulativamente, requisitos indispensáveis para irrupção da aludida competência. É dizer: sem eles inexistirá poder para editá-las. Se a Carta Magna tolerasse edição de medidas de emergência fora destas hipóteses, não haveria condicionado sua expedição à pré-ocorrência destes supostos normativos. Segue-se que têm de ser judicialmente controlados, sob pena de ignorar-se o balizamento constitucional da competência para editar medidas provisórias. Com efeito, se 'relevância e urgência' fossem noções só aferíveis concretamente pelo Presidente da República, em juízo discricionário incontrastável, o delineamento e a extensão da competência para produzir tais medidas não decorreriam da Constituição, mas da vontade do Presidente, pois teriam o âmbito que o Chefe do Executivo lhes quisesse dar. Assim, ao invés de estar limita do por um círculo de poderes estabelecido pelo Direito, ele é quem decidiria sua própria esfera competencial na matéria, idéia antinômica a tudo que resulta do Estado de Direito.
>
> A circunstância de relevância e urgência serem - como efetivamente o são - conceitos 'vagos', 'fluidos', 'imprecisos', não implica que lhes faleça densidade significativa. Se dela carecessem não seriam conceitos e as expressões com que são designados não passariam de ruídos ininteligíveis, sons ocos, vazios de qualquer conteúdo, faltando-lhes o caráter de palavras, isto é, de signos que se remetem a um significado.
>
> Do fato de 'relevância' e 'urgência' exprimirem noções vagas, de contornos indeterminados, resulta apenas que, efetivamente, muitas vezes pôr-se-ão situações duvidosas nas quais não se poderá dizer, com certeza, se retratam ou não hipóteses correspondentes à previsão abstrata do art. 62. De par com elas, entretanto, ocorrerão outras tantas em que será induvidoso inexistir relevância e urgência ou, pelo contrário, induvidoso que existem. Logo, o Judiciário sempre poderá se pronunciar conclusivamente ante os casos de 'certeza negativa' ou 'positiva', tanto como reconhecer que o Presidente não excedeu os limites pos-

> síveis dos aludidos conceitos naquelas situações de irremissível dúvida, em que mais de uma intenção seria razoável, plausível.
> Assim, fulminará as medidas provisórias, por extravasamento dos pressupostos que as autorizariam, nos casos de 'certeza negativa' e reconhecer-lhes-á condições de válida irrupção nos demais (...).

Cumpre assinalar, neste ponto, que esse entendimento tem prevalecido no Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando provocado a examinar a ocorrência dos requisitos essenciais da urgência e da relevância (CF, art. 62, "caput"), como resulta claro de decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

> POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS (URGÊNCIA E RELEVÂNCIA) QUE CONDICIONAM A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS.
> - A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, 'caput').
> - Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes.
> - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais.
> UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.
> - A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo.
> - Nada poder justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material -, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de 'checks and balances', a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República.
> - Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes.
> - Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Conseqüente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão (RTJ 190/139-143, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).

As presentes observações são feitas, considerados os fundamentos deduzidos pelo Senhor Governador do Distrito Federal, e tendo em vista a sustentação que faz de tese – da qual frontalmente discordo – segundo a qual não se revela lícito, ao Judiciário, efetuar o controle dos requisitos constitucionais legitimadores da edição de medida provisória.

Por entender possível, Senhor Presidente, o controle jurisdicional dos requisi-

tos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, "caput"), e por constatar, na espécie, em decorrência do exercício desse mesmo poder de controle, a cumulativa satisfação, no caso, de referidos pressupostos, tenho para mim – examinada a questão sob uma perspectiva estritamente formal – que o Senhor Presidente da República observou os pressupostos legitimadores da edição da MP n° 2.180/35, de 24/08/2001, que introduziu, na Lei n° 9.494/97, o art. 1º-B, autorizador da ampliação do prazo de embargos à execução oponíveis pela Fazenda Pública.

Sendo assim, com estas observações, e acompanhando os demais fundamentos do douto voto proferido pelo eminente Relator, defiro a medida cautelar.

É o meu voto.

Voto

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Senhor Presidente, começo por anotar que o invocado RE 420.816, de que fui Relator, não diz respeito ao artigo 1°, *b*, desse "Leito de Procusto" dos novos privilégios processuais da Fazenda, em que se transformaram a Lei 9.494 e seus sucessivos aditamentos.

Reconheço, no entanto, presentes as condições da medida cautelar para, nos termos da Lei n° 9.868, não declarar, ainda que provisoriamente, a constitucionalidade do dispositivo, mas, sim, para suspender o curso dos processos em que suscitada a questão da sua validez.

Acompanho o Relator, no ponto, a fim de evitar as incertezas a esse respeito. Continuo com profunda perplexidade para aceitar, em nome daquelas tradicionais, já existentes, a criação de mais um privilégio processual exclusivo da Fazenda Pública, o que não atinge o dispositivo do artigo 884 da CLT, mas diz com o artigo 730 do Código de Processo Civil, que é atinente apenas às execuções contra a Fazenda Pública.

Extrato de ata

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deferiu a cautelar, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Falou pelo requerente a Dra. Maria Dolores Serra M. Martins. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 28.03.2007.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu – Secretário.

(Publicado no *DJU* de 29.06.2007.)

-:::-

HABEAS CORPUS - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE - EXTINÇÃO AOS DEZOITO ANOS DE IDADE, DIVERSAMENTE DA INTERNAÇÃO, QUE VAI ATÉ OS VINTE E UM ANOS - IMPROCEDÊNCIA

- Salvo o disposto quanto ao prazo máximo de internação nos seus arts. 121, § 3º, e 122, § 1º, o ECA não estipula limite máximo de duração da medida sócio-educativa de semiliberdade (art. 120, § 2º). Daí porque, independentemente de o adolescente atingir a maioridade civil, esta, a exemplo do que ocorre com a internação, tem como limite temporal a data em que vier a completar vinte e um anos (art. 121, § 5º).

- A circunstância de o preceito do § 2º do art. 120 mandar aplicar à medida sócio-educativa de semiliberdade as disposições relativas à internação "no que couber" não autoriza o entendimento de que, salvo o § 5º do art. 121, todos os demais parágrafos do art. 121 do ECA a ela se aplicam. O limite de vinte e um anos também sobre ela incide, ainda que o texto normativo não o diga expressamente.

- A projeção da medida sócio-educativa de semiliberdade para além dos dexoito anos decorre da remissão às disposições legais atinentes à internação. Essa é uma maneira de a lei dizer precisamente o que afirmaria se fosse repetitiva. A remissão de um texto ao outro evita que aquele reproduza inteiramente o que este afirma.

- De mais a mais, o ECA não determinou, em nenhum dos seus preceitos, a extinção da medida socioeducativa de semiliberdade quando o adolescente completar dezoito anos de idade.

- A aplicação da medida de semiliberdade para além dos dezoito anos não decorre de interpretação sistemática, mas de texto expresso de lei. Isso resulta evidente na circunstância de o legislador, no que tange às medidas sócio-educativas (ECA, arts. 112 a 121), ter disciplinado de forma idêntica apenas as restritivas de liberdade (semiliberdade e internação).

Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 90.248-1 - Relator: Ministro EROS GRAU

Paciente: Luciano Conceição Silva. Impetrante: DPE-RJ - Adalgisa Maria Steele Macabu. Coator: Relator do *HC* nº 57.517 do Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 13 de março de 2007. - *Ministro Eros Grau* - Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Ministro Eros Grau - Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Ministro Nilson Naves, do STJ, que indeferiu idêntico pleito.

2. O paciente foi submetido a medida sócio-educativa de semiliberdade por ter praticado ato infracional equiparado ao delito do artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal (dano qualificado). Evadiu-se quando do cumprimento da medida, o que levou o Ministério Público a requerer busca e apreensão no Juízo da Execução.

3. A impetrante Defensora Pública ajuizou pedido de *habeas corpus* no TJ/RJ sob o fundamento de que, abstraída a internação, cuja duração tem como limite os 21 (vinte e um) anos de idade, a medida sócio-educativa de liberdade não pode ir além da maioridade penal - 18 (dezoito) anos de idade.

Disso resulta que, tendo o paciente completado 18 (dezoito) anos, a medida socioeducativa de semiliberdade que lhe foi imposta deveria neste momento ser extinta.

Alega que, a prevalecer o entendimento das instâncias precedentes, estar-se-á admitindo interpretação analógica em matéria penal incriminadora, o que é vedado pelo ordenamento jurídico por traduzir afronta ao princípio da reserva legal estrita.

4. Reproduz as razões apresentadas ao TJ/RJ e ao STJ.

5. Requer a concessão da ordem a fim de que seja declarada extinta a medida socioeducativa de semiliberdade aplicada ao paciente.

6. A PGR é pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Eros Grau (Relator) - Leio trecho do parecer do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, no qual S. Excia. opina pelo não-acolhimento do pedido:

> (...)
> 2. A impetração sustenta a ilegalidade da manutenção da medida sócio-educativa de semiliberdade imposta ao paciente, de vez que este já completou 18 (dezoito) anos e 'por força do disposto no § 5º do artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, apenas e tão-somente a medida sócio-educativa de internação pode ser aplicada excepcionalmente aos maiores de 18 (dezoito) anos...' (f. 3). Pleiteia, assim, a concessão da ordem para que 'seja declarada extinta a medida socioeducativa de semiliberdade' (f. 10).

Na linha da argumentação lançada nesse parecer, tenho que não assiste razão à impetrante. Isso por que, salvo o disposto quanto ao prazo máximo de internação nos seus arts. 121, § 3º (Art. 121, § 3º, ECA: 'Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.') e 122, § 1º (Art. 122, § 1º, ECA: 'O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses.'), o ECA não estipula limite máximo de duração da medida sócio-educativa de semiliberdade (Art. 120, § 2º, ECA: 'A medida não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.'). Logo, independentemente de o adolescente atingir a maioridade civil, esta, a exemplo do que ocorre com a internação, tem como limite temporal a data em que vier a completar vinte e um anos (Art. 121, § 5º, ECA: 'A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.'). Tanto é assim que, no caso de imposição de medida de internação, completado o período máximo de três anos (art. 120, § 3º) o adolescente poderá ser transferido para o regime de semiliberdade, que nada impede perdure até a liberação compulsória aos vinte e um anos.

A circunstância de o preceito do § 2º mandar aplicar à medida sócio-educativa de semiliberdade as disposições relativas à internação "no que couber" não autoriza o entendimento de que, salvo o § 5º, todos os demais parágrafos do artigo 121 do ECA a ela se aplicam. O limite de vinte e um anos também sobre ela incide, ainda que o texto normativo não o afirme expressamente. Como observou o Ministro José Arnaldo da Fonseca, relator do *HC* 42197/RJ, STJ, 5ª Turma, DJU de 09/05/2005, "o procedimento infracional rege-se pelo tempo da ação, estando ou não superada a menoridade absoluta".

No caso, o paciente ainda cumpria a medida de internação quando completou dezoito anos. Poderia permanecer sujeito a ela até os vinte e um anos. Foi contudo beneficiado pela progressão para o regime de semiliberdade, cujo limite é também estabelecido em vinte e um anos. Aqui não há afronta ao princípio da legalidade. O preceito legal autoriza a aplicação, à medida de semiliberdade, das normas atinentes à internação.

Como se vê, a projeção da medida socioeducativa de semiliberdade para além dos 18 (dezoito) anos decorre da remissão às disposições legais atinentes à internação. Essa é uma maneira de a lei dizer precisamente o que afirmaria se fosse repetitiva. A remissão de um texto ao outro evita que aquele reproduza inteiramente o que este afirma.

De outra banda, o ECA não determina, em nenhum dos seus preceitos, a extinção da medida sócio-educativa de semiliberdade quando o adolescente completar 18 (dezoito) anos de idade.

Daí porque vou mais além, sustentando que a aplicação da medida de semiliberdade para além dos 18 (dezoito) anos de idade não decorre de interpretação sistemática, mas de texto expresso

da lei. Isso resulta evidente na circunstância de o legislador, no que tange às medidas socioeducativas (ECA, arts. 112 a 121), ter disciplinado de forma idêntica apenas as restritivas de liberdade (semiliberdade e internação). Isto fez ao estabelecer, repito-o, que as regras concernentes à internação serão aplicadas à semiliberdade. E o fez para evitar repetições desnecessárias.

Denego a ordem.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, por votação unânime, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma. 13.03.2007.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJU* de 27.04.2007.)

-:::-

ÍNDICE NUMÉRICO

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

CORTE SUPERIOR

NÚMERO	ESPÉCIE	COMARCA	RELATOR: DES.	PÁG.
1.0000.05.422805-1/000	Ação Dir. Inconst.	Coromandel	Sérgio Resende	61
1.0000.06.433466-7/000	Incid. de inconst.	Belo Horizonte	Gudesteu Biber	76
1.0000.06.445598-3/000	Unif. de Jurispr.	Contagem	Cláudio Costa	63

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

1.0000.06.444985-3/000	Mand.de Segur.	Belo Horizonte	Silas Vieira	279
1.0016.99.009392-0/001	Ap.Cível	Alfenas	Cláudio Costa	143
1.0024.01.007573-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Bitencourt Marcondes	349
1.0024.01.021323-9/001	Agravo	Belo Horizonte	Dorival Guimarães Pereira	124
1.0024.02.624805-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	José Affonso da Costa Côrtes	127
1.0024.02.827095-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Marcelo Rodrigues	353
1.0024.03.002087-9/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Elias Camilo	326
1.0024.03.027143-1/001	Agravo	Belo Horizonte	Afrânio Vilela	358
1.0024.03.037598-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Renato Martins Jacob	331
1.0024.04.194701-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Unias Silva	211
1.0024.04.256741-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Francisco Figueiredo	169
1.0024.04.286109-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Irmar Ferreira Campos	317
1.0024.04.393560-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Wagner Wilson	261
1.0024.04.408730-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Valdez Leite Machado	237
1.0024.04.413408-8/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Eduardo Andrade	158
1.0024.04.535603-7/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Jarbas Ladeira	227
1.0024.05.640717-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Nilson Reis	105
1.0024.05.655994-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Alberto Aluízio P. de Andrade	214
1.0024.05.660664-3/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Manuel Saramago	94
1.0024.05.681238-1/003	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	Caetano Levi Lopes	270
1.0024.05.700159-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Antônio Sérvulo	146
1.0024.05.734152-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Albergaria Costa	268
1.0024.05.747331-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Cláudia Maia	323
1.0024.05.748920-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Schalcher Ventura	99
1.0024.05.753200-4/001	Agravo	Belo Horizonte	Mota e Silva	133
1.0024.05.774900-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Domingos Coelho	139
1.0024.05.779122-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Pedro Bernardes	272
1.0024.05.780910-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Armando Freire	346
1.0024.05.801659-3/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Lucas Pereira	340
1.0024.05.815327-1/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	José Domingues Ferreira Esteves	321
1.0024.05.816833-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Batista de Abreu	202
1.0024.05.851561-0/003	Ap.Cível	Belo Horizonte	Guilherme Luciano Baeta Nunes	306
1.0024.05.871531-9/001	Agravo	Belo Horizonte	Evangelina Castilho Duarte	235
1.0223.06.205615-3/001	Agravol	Divinópolis	Elpídio Donizetti	314
1.0024.05.892209-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Nilo Lacerda	309

1.0024.06.004677-8/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Adilson Lamounier	191
1.0024.06.006321-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Fernando Starling	301
1.0024.06.024567-7/001	Agravo	Belo Horizonte	Fernando Caldeira Brant	89
1.0024.06.088432-7/001	Agravo	Belo Horizonte	Dídimo Inocêncio de Paula	175
1.0024.06.098085-1/001	Agravo	Belo Horizonte	Edilson Fernandes	181
1.0024.06.151057-4/001	Agravo	Belo Horizonte	Alberto Vilas Boas	122
1.0024.93.031253-3/002	Ap.Cível	Belo Horizonte	Maria Elza	112
1.0024.96.059280-6/001	Agravo	Belo Horizonte	Eduardo Mariné da Cunha	200
1.0024.98.143359-2/001	Agravo	Belo Horizonte	Almeida Melo	221
1.0027.03.006012-6/001	Ap.Cível	Betim	Antônio de Pádua	207
1.0056.02.032445-7/001	Ap.Cível	Barbacena	Moreira Diniz	106
1.0105.02.061970-3/001	Ap.Cível	Gov.Valadares	Roberto Borges de Oliveira	288
1.0145.05.222243-0/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Otávio Portes	135
1.0145.05.223402-1/003	Ap.Cível	Juiz de Fora	Duarte de Paula	161
1.0145.06.320872-5/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Wander Marotta	120
1.0145.06.340749-1/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Francisco Kupidlowski	152
1.0194.03.033735-7/001	Ap.Cível	Cel.Fabriciano	Edgard Penna Amorim	110
1.0223.04.139960-9/001	Ap.Cível	Divinópolis	Teresa Cristina da Cunha Peixoto	367
1.0309.04.002338-9/001	Ap.Cível	Inhapim	Vanessa Verdolim Hudson Andrade	241
1.0309.05.005583-4/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Inhapim	Fernando Bráulio	173
1.0317.04.037971-9/001	Ap.Cível	Itabira	Heloísa Combat	195
1.0324.05.036046-4/001	Ap.Cível	Itajubá	José Antônio Braga	186
1.0335.06.005956-5/001	Ap.Cível	Itapecerica	Maurílio Gabriel	154
1.0342.05.061488-8/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Ituiutaba	Nepomuceno Silva	91
1.0396.02.000373-9/001	Ap.Cível	Mantena	Eulina do Carmo Almeida	364
1.0414.06.013235-7/001	Reex.Nec.	Medina	Kildare Carvalho	115
1.0452.04.014304-5/001	Ap.Cível	Nova Serrana	Márcia de Paoli Balbino	183
1.0461.01.000317-0/001	Ap.Cível	Ouro Preto	Saldanha da Fonseca	117
1.0473.03.001076-2/001	Ap.Cível	Paraisópolis	Ernane Fidélis	264
1.0481.04.038485-3/001	Ap.Cível	Patrocínio	Hilda Teixeira da Costa	125
1.0518.03.052014-3/006	Agravo	P. de Caldas	Brandão Teixeira	223
1.0518.05.079136-8/001	Agravo	P. de Caldas	Belizário de Lacerda	150
1.0520.03.002638-6/001	Ap.Cível	Pompéu	Maurício Barros	225
1.0520.05.009162-5/001	Ap.Cível	Pompéu	Célio César Paduani	171
1.0525.06.083763-6/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Pouso Alegre	Dárcio Lopardi Mendes	232
1.0596.02.000270-2/001	Agravo	S. R. Sapucaí	Roney Oliveira	156
1.0625.06.050513-2/001	Ap.Cível	São J. Del-Rei	Alvimar de Ávila	98
1.0686.06.171968-4/001	Ap.Cível	Teófilo Otoni	Selma Marques	96
1.0693.04.026325-5/001	Ap.Cível	Três Corações	Alvim Soares	147
1.0701.00.007098-0/002	Agravo	Uberaba	Audebert Delage	102
1.0701.05.106989-9/001	Ap.Cível	Uberaba	Luciano Pinto	205
1.0701.06.165425-0/001	Ap.Cível	Uberaba	Fábio Maia Viani	265
1.0702.03.084697-7/001	Ap.Cível	Uberlândia	Geraldo Augusto	283
1.0702.04.146613-8/001	Agravo	Uberlândia	Osmando Almeida	334
1.0702.04.171776-1/001	Ap.Cível	Uberlândia	Nicolau Masselli	130
1.0702.04.178860-6/001	Ap.Cível	Uberlândia	José Flávio de Almeida	254
1.0702.06.277759-5/001	Agravo	Uberlândia	D. Viçoso Rodrigues	282
1.0778.06.014910-2/001	Ap.Cível	Arinos	Generoso Filho	343
1.0878.05.008145-3/001	Reex.Nec.	Camanducaia	Edivaldo George dos Santos	257
2.0000.00.479174-0/000	Ap.Cível	Belo Horizonte	Pereira da Silva	295

2.0000.00.483923-2/000	Ap.Cível	Uberlândia	Mauro Soares de Freitas	108
2.0000.00.490841-6/000	Ap.Cível	Uberlândia	Sebastião Pereira de Souza	303
2.0000.00.494649-8/000	Ap.Cível	Belo Horizonte	José Amancio	229
2.0000.00.509068-8/000	Agr. de Instr.	Frutal	Tarcisio Martins Costa	338

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

1.0000.06.444508-3/001	Rec.de Agravo	Gov.Valadares	Márcia Milanez	387
1.0024.00.068192-4/001	Ap.Crim.	Belo Horizonte	Sérgio Braga	393
1.0024.02.650015-7/001	Ap.Crim.	Belo Horizonte	Pedro Vergara	416
1.0024.05.848418-9/001	Ap.Crim.	Belo Horizonte	Vieira de Brito	408
1.0024.05.890071-3/001	Ap.Crim.	Belo Horizonte	Hélcio Valentim	443
1.0024.06.084130-1/001	Ap.Crim.	Belo Horizonte	Delmival de Almeida Campos	463
1.0071.02.009491-9/001	Ap.Crim.	Boa Esperança	Reynaldo Ximenes Carneiro	432
1.0137.06.000001-5/001	Ap.Crim.	Carlos Chagas	Antônio Carlos Cruvinel	396
1.0145.03.088509-2/001	Ap.Crim.	Juiz de Fora	Sérgio Resende	476
1.0194.06.058536-2/001	Ap.Crim.	Cel. Fabriciano	William Silvestrini	456
1.0223.03.126718-8/001	Ap.Crim.	Divinópolis	Ediwal José de Morais	459
1.0223.04.144544-4/001	Ap.Crim.	Divinópolis	Paulo Cézar Dias	382
1.0223.04.155352-8/001	Ap.Crim.	Divinópolis	Alexandre Victor de Carvalho	466
1.0248.05.001153-0/001	Ap.Crim.	Estrela do Sul	Maria Celeste Porto	424
1.0261.03.018815-3/001	Ap.Crim.	Formiga	Edelberto Santiago	373
1.0396.05.020802-6/001	Ap.Crim.	Mantena	Jane Silva	389
1.0433.02.059881-2/001	Ap.Crim.	Montes Claros	Antônio Armando dos Anjos	439
1.0433.03.098252-7/001	Ap.Crim.	Montes Claros	Herculano Rodrigues	403
1.0447.06.500021-1/001	Ap.Crim.	Nova Era	Eli Lucas de Mendonça	428
1.0460.01.004635-3/001	Ap.Crim.	Ouro Fino	José Antonino Baía Borges	383
1.0512.06.031578-9/001	Ap.Crim.	Pirapora	Walter Pinto da Rocha	471
1.0628.05.000120-3/001	Ap.Crim.	S.J.Evangelista	Judimar Biber	447
1.0672.06.205004-8/001	Ap.Crim.	Sete Lagoas	Eduardo Brum	451
1.0687.04.026697-9/001	Ap.Crim.	Timóteo	Beatriz Pinheiro Caires	400
1.0701.98.015127-1/001	Ap.Crim.	Uberaba	Hyparco Immesi	377

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MINISTRO	PÁG.
838.550-RS	REsp	Cesar Asfor Rocha	479
489.701-SP	REsp	Eliana Calmon	483
57.096-RJ	*HC*	Laurita Vaz	497
708.415-RS	REsp	Arnaldo Esteves Lima	500

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

NÚMERO-UF	ESPÉCIE	RELATOR: MINISTRO	PÁG.
11-8	Med.Caut.em Ação Decl.de Const.	Cezar Peluso	505
90.248-1	*HC*	Eros Grau	511

-:::-

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

- A -

ABSOLVIÇÃO

Apropriação indébita - Princípio da insignificância - Crime de bagatela - Interpretação . 400

Crime contra a ordem tributária - Ausência de dolo específico - Condenação - Impossibilidade 476

Crime do art. 89 da Lei 8.666/93 - Não-configuração - Ausência de dolo - Atipicidade - Arts. 13, 25 e 89 da Lei 8.666/93 - Art. 386, III, do CPP 432

Delação - Retratação - Valoração da prova 396

Estelionato - Cheque sem fundos - Sigilo bancário - Direito à intimidade - Diligência - Fundamentação - Requisitos - Princípio do contraditório - Prova ilícita - Teoria dos frutos da árvore envenenada 466

Lesão corporal seguida de morte - Ônus da prova - Princípio *in dubio pro reo* 377

Tortura - Policial civil - Materialidade - Ausência de prova - Ministério Público - Ônus da prova 393

AÇÃO ANULATÓRIA

Enfiteuse - Direito real constituído na vigência do CC/1916 - Irregularidades e vícios - Ausência de prova - Escritura de concessão de título de aforamento perpétuo de domínio útil - Registro de Imóveis - Anulação - Impossibilidade 106

Registro Civil - Investigação de paternidade - Alimentos - Pai registral - Pai natural - Litisconsórcio passivo necessário - Citação - Ausência - Sentença - Ineficácia - Preliminar - Decisão - Fundamento amparado no parecer do Ministério Público - Ausência de fundamentação - Não-configuração - Nulidade - Não-ocorrência 181

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Animais silvestres em cativeiro - Dano ao meio ambiente - Responsabilidade objetiva - Art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81 - Indenização . 268

Dano ao meio ambiente - Construção em área de Proteção Ambiental - Interesse Coletivo - Prevalência - Demolição - Necessidade - Dano moral Coletivo - Inexistência 283

Improbidade administrativa - Agente público - Licitação - Fraude - Dano ao erário - Dever de indenizar - Imprescritibilidade - Comissão de licitação - Responsabilidade solidária - Sanção administrativa - Prescrição - Prazo - Lei 8.429/92, art. 23, I - Aplicabilidade - Medida cautelar - Requisitos - Observância - Indisponibilidade dos bens - Possibilidade . 241

AÇÃO COMINATÓRIA

Obrigação de fazer - Medida liminar - Colação de grau - Participação simbólica - Grade curricular - Não-conclusão - Ausência de plausibilidade jurídica do pedido - Art. 53, VI da Lei 9.394/96 122

AÇÃO DE COBRANÇA

Comissão - Representação comercial - Pessoa jurídica - Pobreza - Ausência de Prova - Assistência judiciária - Indeferimento - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - Produção de prova - Necessidade - Matéria de fato - Perícia contábil - Honorários de Perito - Valor - Redução - Voto Vencido 358

Indenização - Seguro de vida - Suicídio - Premeditação - Má-fé - Prova - Ausência - Doença preexistente - Exame médico - Avaliação prévia - Não-ocorrência - Cobertura - Obrigatoriedade 295

Previdência Privada - Retirada de participante - Parcelas pagas - Devolução - Correção monetária - Incidência - Inflação - Índice - Equivalência - Sucumbência mínima . . 309

Taxa de condomínio - Inadimplemento - Pagamento - Responsabilidade -Promissário comprador - Posse com *aninus domini* - Compromisso de compra e venda - Registro - Ausência - Irrelevância - Promitente vendedor - Ilegitimidade passiva - Contrato - Rescisão no curso do processo - Prestações vincendas até a desocupação do imóvel - Inclusão na sentença condenatória - Art. 290 do CPC - Aplicabilidade 202

Vide também: Ação ordinária

AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - Vide: Manutenção de posse

AÇÃO DECLARATÓRIA

Procedência - União estável - Prova - Sucessão - Falecimento da autora - Direito real de habitação - Perda do objeto - Meação - Bens adquiridos com esforço comum - Apuração - Execução da sentença - Aqüestos - Usufruto - Exame da matéria - Via judicial - Inventário e partilha 143

AÇÃO DEMOLITÓRIA

Vizinho - Construção irregular com mais de ano e dia - Demolição - Inadmissibilidade - Levantamento da casa ou construção de muro mesmo que vede a claridade da janela irregular situada no imóvel contíguo - Possibilidade - Art. 1.302 CC/2002 - Aplicabilidade 98

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei orgânica do município de Coromandel - Inciso XIX do art. 42 - Nova redação dada pela emenda n. 26/2004 - Lei complementar municipal 56/2004 - Arts. 110, *caput* e 112, *caput* - Iniciativa parlamentar - Aquisição de licença-prêmio - Redução do prazo - Competência privativa do chefe do executivo - Ofensa ao princípio da separação dos poderes - Aumento de despesa com pessoal cento e oitenta dias antes do término do mandado do prefeito - Art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal - Violação do 173, § 1º, da Constituição Estadual - Inconstitucionalidade 61

AÇÃO MONITÓRIA

Título executivo extrajudicial - Procedimento monitório - Escolha - Possibilidade 183

AÇÃO ORDINÁRIA

Cobrança - Plano de Saúde - Obesidade mórbida e co-morbidade - Redução de estômago - Cirurgia bariátrica - Necessidade - Cláusula Contratual - Procedimento de gastroplastia - Exclusão - Inexistência - Cobertura - Obrigatoriedade - Honorários de advogado - Fixação - Abusividade ou ilegalidade - Inexistência - Patamar estipulado na sentença - Manutenção 261

Cobrança - Seguro de saúde - Obesidade mórbida - Redução de estômago - Gastroplastia - Cobertura contratual - Retirada de excesso de pele - Cirurgia reparadora - Caráter estético - Ausência - Parte integrante do tratamento da gastroplastia - Cobertura pelo seguro - Obrigatoriedade - Despesas médicas efetuadas pelo segurado - Ressarcimento - Procedência do pedido 340

AÇÃO PENAL PÚBLICA

Honorários de advogado - Inaplicabilidade - Processo penal - Sucumbência - Ausência 459

AÇÃO POSSESSÓRIA

Função social da propriedade - Apreciação - Descabimento - Reintegração de posse - Liminar *inaudita altera parte* - Concessão - MST - Invasão de terreno - Ministério Público - Ausência de intimação - Nulidade - Não-ocorrência - Local do litígio - Vistoria pelo juiz - Inexistência - Substituição por relatório da polícia militar - Possibilidade - Audiência de justificação - Desnecessidade - Posse - Esbulho - Prova - Procedência do pedido 175

AÇÃO REGRESSIVA

Cobrança - Indenização - Pacote turístico - Danos aos turistas - Ação indenizatória aviada em desfavor da agência de viagem e da operadora de turismo - Pagamento pela agência de viagem - Agência e operadora de turismo - Fornecedores de serviço - Responsabilidade subjetiva - Agência de viagem - Direito de

regresso na medida de sua participação no evento danoso - Art. 13, parágrafo único do CDC - Aplicabilidade 139

AÇÃO REVISIONAL

Alimentos - Prova - Conjunto fático do cenário - Razões do autor - Não-convencimento . .169

ACIDENTE DE TRÂNSITO

Indenização - Trator - Seguro obrigatório - DPVAT - Seguradora - Legitimidade passiva - Dever de indenizar - Valor - Critério de fixação - Salário mínimo - Legalidade - Correção monetária - Incidência - Termo inicial - Litigância de má-fé - Não-caracterização - Honorários de advogado - Fixação 265

Veículo conduzido por terceiro - Proprietário - Culpa *in vigilando* - Responsabilidade solidária - Condutor - Culpa - Indenização - Seguradora - Direito de regresso - Prejuízo - Prova - Nota fiscal - Recibo de quitação - Orçamento único 229

ACORDO JUDICIAL

Celebração no curso do processo de execução - Título executivo judicial - Denunciação da lide - Sentença - Direito de Regresso - Possibilidade 200

ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO

Faturas mensais - Lançamentos - Discordância pelo titular do cartão de crédito - Prestação de Contas - Administradora do cartão - Legitimidade passiva 306

ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR

Art. 311 do Código Penal - Dolo - Tipicidade - Condenação 382

ADVOGADO

Prestação de contas - Dever - Ausência - Infração disciplinar - Art. 34, XXI, da Lei 8.906/94 - Art. 668, do CC/2002 - Inobservância - Prestação de contas na esfera extrajudicial - Prova - Inexistência 191

Representação perante a OAB - Exercício regular do direito - Ato ilícito - Não-ocorrência - Dano moral - Inexistência - Dever de indenizar - Ausência 186

AGÊNCIA DE VIAGEM

Ação regressiva de cobrança - Indenização - Pacote turístico - Danos aos turistas - Ação indenizatória aviada em desfavor da agência de viagem e operadora de turismo - Pagamento pela agência de viagem - Agência e operadora de turismo - Fornecedores de serviço - Responsabilidade subjetiva - Agência de viagem - Direito de regresso na medida de sua participação no evento danoso - Art. 13, parágrafo único do CDC - Aplicabilidade 139

AGENTE PÚBLICO

Improbidade administrativa - Licitação - Fraude - Dano ao erário - Dever de indenizar - Imprescritibilidade - Comissão de licitação - Responsabilidade solidária - Sanção administrativa - Prescrição - Prazo - Lei 8.429/92, art. 23, I - Aplicabilidade - Ação civil pública - Medida cautelar - Requisitos - Observância - Indisponibilidade dos bens - Possibilidade 241

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Fase de admissibilidade superada - Pretensão do agravante - Tutela de urgência - Conversão em agravo retido - Impossibilidade 235

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Contrato - Financiamento - CDC - Aplicação - Mora do devedor - Encargos - Revisão - Comissão de permanência - Cobrança - Maior taxa de mercado - Ausência de estipulação expressa do índice e de Previsão de limite - Descabimento - Cumulação com juros e correção monetária - Vedação Capitalização de juros - Inadmissibilidade 161

Contrato - Financiamento - Prestação - Não-pagamento - Mora *ex tempore* - Notificação - Assinatura por terceiro - Comunicação - Eficácia - Art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 611/1969 - Busca e apreensão 343

ALIMENTOS
Ação revisional - Prova - Conjunto fático do cenário - Razões do autor - Não-convencimento . 169

ALUGUEL
Dúvida sobre quem deva receber - Discussão acerca da propriedade do imóvel - Pendência de julgamento em mandado de segurança - Consignação em pagamento - Suspensão do processo - Art. 265, IV, a do CPC - Aplicabilidade 133

ANALOGIA
Art. 126 da Lei 7.210/84 - Remição da pena pelo estudo - Possibilidade 387

ANATOCISMO
Alienação fiduciária - Contrato - Financiamento - Mora do devedor - Encargos - Revisão - Comissão de permanência - Capitalização de juros - Inadmissibilidade 161

ANULATÓRIA - Vide: Ação anulatória

APELAÇÃO
Prazo - Autos retirados de cartório antes da publicação da sentença - Ciência inequívoca do teor da decisão - Carga ao advogado - Termo inicial do prazo 264

APROPRIAÇÃO INDÉBITA
Dolo - Exceção de suspeição - Indeferimento - Fundamentação - Ausência de cerceamento de defesa - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Cabimento - *Sursis* - Art. 77, III, do CP - Inaplicabilidade 428

Princípio da insignificância - Crime de bagatela - Interpretação - Absolvição 400

Tipicidade - Condenação - Exercício arbitrário das próprias razões - Elemento subjetivo do tipo - Ausência - Desclassificação do crime - Impossibilidade 476

ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL
Construção irregular - Ação civil pública - Interesse coletivo - Prevalência - Dano ao meio ambiente - Demolição - Necessidade - Dano moral coletivo - Inexistência 283

ARMA DE FOGO
Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Co-autoria - Divisão de tarefas - Grave ameaça - Circunstância objetiva - Comunicabilidade - Desclassificação do crime - Impossibilidade - *Res furtiva* - Posse - Crime consumado .. 408

Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Restrição à liberdade da vítima - Denúncia - Omissão - Circunstância agravante - Aplicação - Possibilidade - Confissão espontânea - Atenuante - Descaracterização - Seqüestro - Princípio da consunção - Art. 62, I, do CP - Art. 385 do CPP 389

Roubo qualificado - Grave ameaça - Violência - Desclassificação do crime - Furto - Impossibilidade - *Res furtiva* - Posse - Crime consumado 463

ARRAS
Restituição total - Compromisso de compra e venda - Bem imóvel - Rescisão contratual - Inadimplemento - Cláusula penal - Redução da pena - Possibilidade - Art. 924 do CC/1916 - Juros de mora - Direito de retenção - Valor - Fixação - Devolução de prestações 108

ARRENDAMENTO MERCANTIL
Inadimplemento - Veículo roubado - Fundamento insuficiente - Obrigatoriedade de seguro - Responsabilidade do arrendatário - Valor do bem arrendado - Indenização - Cabimento - Reintegração de posse - Extinção do processo sem resolução de mérito - Impossibilidade - Art. 515, § 3º do CPC - Aplicabilidade . . . 237

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA
Concessão parcial - Impossibilidade - Inventário - Carta de adjudicação - Registro no cartório de imóveis - Emolumentos - Taxa judiciária - Isenção - Lei n. 1.060/50 - Aplicabilidade 150

Custas recursais - Pagamento pela parte - Concessão do benefício - Impossibilidade 229

Isenção de custas do processo penal - Requisitos - Princípio da isonomia (igualdade) - Art. 10 da Lei 14.939/03 - Insuficiência de recursos - Prova - Ausência - Parte não beneficiária da assistência judiciária - Impossibilidade 424

Juízo *ad quem* - Concessão - Possibilidade . 303

Pessoa jurídica - Pobreza - Ausência de Prova - Indeferimento - Perícia contábil - Honorários de perito - Valor - Redução - Voto vencido . 358

ASSOCIAÇÃO EVENTUAL

Tráfico de entorpecentes - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação - Causa de aumento de pena - Inaplicabilidade - Retroatividade da Lei 11.343/2007 451

ASTREINTE

Inaplicabilidade - Execução por título judicial - Atraso no cumprimento da decisão judicial - Multa - Aplicação após o cumprimento da obrigação - Previsão legal - Ausência . 221

ATIPICIDADE

Dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei - Crime do art. 89 da Lei 8.666/93 - Não-configuração - Contrato administrativo - Empresa que presta serviço singular e ostenta notória especialização - Ausência de dolo - Capacitação técnico-profissional - Absolvição - Arts. 12, 25 e 89 da Lei 8.666/93 - Art. 386, III, do CPP 432

Falsa identidade - Dolo específico - Ausência - Direito de defesa 416

ATO ADMINISTRATIVO

Anulação - Motivação válida - Indispensabilidade - Remoção de pessoal - Necessidade de Portaria, nos termos da lei orgânica do município - Utilização de decreto - Norma hierarquicamente superior - Possibilidade - Ato anulatório - Vício de forma - Ausência 173

Vício de motivo - Ilegalidade - Poder de polícia - Agente fiscal da municipalidade - Apreensão de mercadorias - Vendedor ambulante - Dano moral sofrido - Indenização - Município - Responsabilidade civil - Dever de indenizar 195

ATO DE EXECUÇÃO

Ato preparatório - Furto - Tipicidade - Porte de arma - Ato preparatório - Dolo - Ausência de grave ameaça - Roubo - Desclassificação do crime - Possibilidade 443

ATO ILÍCITO

Não-ocorrência - Advogado - Representação Perante a OAB - Exercício - Regular do direito - Dano moral - Inexistência - Dever de indenizar - Ausência 186

ATO PREPARATÓRIO

Ato de execução - Furto - Tipicidade - Porte de arma - Dolo - Ausência de grave ameaça - Roubo - Desclassificação do crime - Possibilidade 443

AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO

Desnecessidade - Reintegração de posse - Liminar *inaudita altera parte* - Concessão - MST - Invasão de terreno - Ministério Público - Ausência de intimação - Nulidade - Não-ocorrência - Local do litígio - Vistoria pelo Juiz - Inexistência - Substituição por relatório da polícia militar - Possibilidade - Função social da propriedade - Apreciação na ação possessória - Descabimento - Posse - Esbulho - Prova 175

AUTORIA

Latrocínio - Materialidade - Valoração da prova - Dolo - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Condenação .. 471

Peculato - Crime contra as finanças públicas - Ordenação de despesa não autorizada - *Emendatio libelli* - Emprego irregular de verbas públicas - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Pena de multa . . 373

Tráfico de entorpecentes - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Causa de aumento de pena - Associação eventual -

Inaplicabilidade - Retroatividade da Lei 11.343/2006 451

AVAL
Execução - Exceção de pré-executividade - Título executivo extrajudicial - Nota promissória - Cônjuge - Consentimento - Co-devedor - Não-caracterização - Ilegitimidade passiva . . . 282

- B -

BAGAGEM - Vide: extravio de bagagem

BANCO
Cartão de crédito - Faturas mensais - Lançamentos - Discordância pelo titular do cartão - Prestação de contas - Banco que concedeu o empréstimo - Legitimidade passiva 306

BASE DE CÁLCULO
ISS - Empresa de concretagem - Material empregado - Dedução do preço total da prestação de serviços - Art. 7º, § 2º, I da LC 116/2003 - Art. 146 da CF 257

BEM PÚBLICO DE USO COMUM
Manutenção de posse - Esbulho - Medida de proteção - Particular - Possibilidade jurídica do pedido 154

BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO
Retificação de registro civil para fins previdenciários - Certidão de casamento - Qualificação profissional - Doméstica - Alteração para lavradora - Prova documental - Ausência - Prova testemunhal - Insuficiência 171

BENFEITORIA
Indenização - Cabimento - Compromisso de compra e venda de imóvel - Rescisão contratual c/c reintegração de posse 130

Indenização - Renúncia - Contrato de locação não residencial - Previsão - Cláusula abusiva - Descaracterização 211

BOA-FÉ OBJETIVA - Vide: Princípio da boa-fé objetiva

BONS ANTECEDENTES
Atestado - Concurso Público - Exigência como requisito para a posse - Inadmissibilidade - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - C.F. art. 5º, LVII 91

BUSCA E APREENSÃO
Alienação fiduciária - Contrato - Financiamento - Mora do devedor - Encargos - Revisão - CDC - Aplicação - Ampla defesa e contraditório - Garantias constitucionais - Comissão de permanência - Cumulação com juros e correção monetária - Taxa maior que a de mercado - Ausência de estipulação expressa do índice e de previsão de limite - Inadmissibilidade - Capitalização de juros Impossibilidade - Condição potestativa - Proibição - Restituição simples dos valores cobrados - Busca e apreensão dos bens 161

Alienação fiduciária - Contrato - Prestação - Não-pagamento - Mora *ex tempore* - Notificação - Assinatura por terceiro - Comunicação - Eficácia - Art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 611/1969 343

Possibilidade - Medida cautelar - Deferimento - Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação - Verossimilhança das alegações - Desenho industrial - Patente - Registro no INPI - Utilização indevida - Ato ilícito - Desrespeito ao art. 42 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) - Concorrência desleal - Objetos indevidamente produzidos - Continuidade da comercialização - Prejuízos econômicos 314

- C -

CADASTRO DE INADIMPLENTES
Negativação indevida de nome - Dívida paga - Dano moral - Indenização - Valor - Critério de fixação 301

CARÊNCIA DA AÇÃO
Ausência - Prestação de contas - Cartão de crédito - Faturas mensais - Lançamentos - Divergência - Titular de Cartão de Crédito - Interesse de agir 306

CARTA DE ADJUDICAÇÃO
Registro no cartório de imóveis - Emolumentos - Taxa judiciária - Isenção - Inventário - Assistência judiciária - Concessão parcial - Impossibilidade - Lei 1.060/50 - Aplicabilidade 150

CARTA PRECATÓRIA
Expedição - Intimação do advogado - Testemunha - Residência fora da jurisdição do Juiz - Oitiva - Data de audiência - Intimação da defesa - Ausência - Falta de previsão no art. 222 do CPP - Nulidade - Não-ocorrência - Súmula 273 do STJ - Aplicação (STJ) 497

CARTÃO DE CRÉDITO
Faturas mensais - Lançamentos - Divergência - Prestação de contas - Titular de cartão de crédito - Interesse de agir - Carência da ação - Ausência - Administradora de cartão de crédito - Banco - Legitimidade passiva . . 306

CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO
Permissão para dirigir - Infração de trânsito gravíssima - Pedido de Carteira Nacional de Habilitação definitiva - Negativa - Legalidade - Processo administrativo regular - Art. 148, §§ 3º e 4º do Código de Trânsito Brasileiro - Aplicação - Direito líquido e certo - Inexistência - Mandado de segurança - Denegação da ordem 346

CAUSA DE AUMENTO DE PENA
Tráfico de entorpecentes - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação - Associação eventual - Inaplicabilidade - Retroatividade da Lei 11.343/2006 451

CERCEAMENTO DE DEFESA
Ausência - Exceção de suspeição - Indeferimento - Fundamentação 428

Não-ocorrência - Julgamento antecipado da lide - Anuência da parte 125

CERTIDÃO DE CASAMENTO
Registro civil - Retificação - Qualificação profissional - Doméstica - Alteração para lavradora - Benefício previdenciário - Pretensão - Prova documental - Ausência - Prova testemunhal - Insuficiência 171

CHAVE FALSA
Furto qualificado - Concurso de pessoas - Delação - Valoração da prova - Condenação 424

CHEQUE
Furto - Receptação dolosa - Dolo específico - Elemento subjetivo do tipo - Valoração da prova - Condenação 459

CHEQUE SEM FUNDOS
Estelionato - Sigilo bancário - Direito à intimidade - Diligência - Fundamentação - Requisitos - Princípio do contraditório - Prova ilícita - Teoria dos frutos da árvore envenenada - Absolvição 466

CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE
Denúncia - Omissão - Aplicação - Possibilidade - Art. 62, I, do CP - Art. 385 do CPP . . . 389

CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE
Confissão espontânea - Descaracterização . .389

Redução da pena aquém do limite legal - Impossibilidade - Súmula 231 do STJ . . . 500

CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA
Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Co-autoria - Grave ameaça - Comunicabilidade - Desclassificação do crime - Impossibilidade - *Res furtiva* - Posse - Crime consumado 408

CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA
Homicídio - Agressões recíprocas - Perseguição empreendida pela vítima - Reação do réu - Circunstância qualificadora - Descaracterização - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Veredicto - Cassação 447

Vide também: Surpresa

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS
Art. 59 do CP - Favorecimento ao agente - Pena-base - Fixação - Mínimo legal - Possibilidade 416

Fixação da pena - Furto - Porte de arma - Culpabilidade 443

Fixação da pena - Furto qualificado - Fraude 396

CIRURGIA

Morte - Culpa - Médico - Hospital - Responsabilidade solidária - Indenização - Dano material - Dano moral - Valor - Critério de fixação 288

Obesidade mórbida e co-morbidades - Plano de saúde - Gastroplastia - Cobertura prevista no contrato - Redução de estômago - Cirurgia bariátrica - Custeio - Obrigatoriedade 261

Obesidade mórbida - Redução de estômago - Gastroplastia - Seguro de saúde - Cobertura contratual - Retirada de excesso de pele - Cirurgia reparadora - Caráter estético - Ausência - Parte integrante do tratamento da gastroplastia - Cobertura pelo seguro de saúde - Obrigatoriedade - Despesas médicas efetuadas pelo segurado - Ressarcimento - Ação de cobrança - Procedência do pedido 340

CITAÇÃO POR EDITAL

Possibilidade - Poder familiar - Suspensão - Cumulação com medida de proteção - Requerimento - Ministério Público - Procedência do pedido - Menor - Situação de risco - Réus em lugar incerto e não sabido - Art. 158, parágrafo único da Lei 8.069/90 - Violação - Inexistência 110

CLÁUSULA PENAL

Alteração pelo magistrado - Cumprimento parcial da obrigação - Redução proporcional da pena estipulada - Possibilidade - Compromisso de compra e venda - Inadimplemento - Rescisão contratual... 108

COAÇÃO IRRESISTÍVEL

Roubo qualificado - Arma de fogo- Concurso de pessoas - Inexigibilidade de conduta diversa - Obediência hierárquica - Excludente de culpabilidade - Condenação 408

CO-AUTORIA

Divisão de tarefas - Latrocínio - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Participação de menor importância - Descaracterização . 471

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Divisão de tarefas - Grave ameaça - Circunstância objetiva - Comunicabilidade - Desclassificação do crime - Impossibilidade - *Res furtiva* - Posse - Crime consumado 408

COBRANÇA

Ação regressiva - Indenização - Pacote turístico - Danos aos turistas - Ação indenizatória aviada em desfavor da agência de viagem e da operadora de turismo - Pagamento pela agência de viagem - Agência e operadora de turismo - Fornecedores de serviço - Responsabilidade subjetiva - Agência de viagem - Direito de regresso na medida de sua participação no evento danoso - Art. 13, parágrafo único do CDC - Aplicabilidade 139

CÓDIGO CIVIL/2002

Art. 1.243, 1.238 e 2.029 - Usucapião ordinário - Posse mansa e pacífica - Tempo necessário - Complemento no curso da ação - Admissibilidade 207

Art. 1.302 - Aplicabilidade - Vizinho - Construção irregular - Realização há mais de ano e dia - Ação demolitória - Inadmissibilidade - Levantamento da casa ou construção de muro mesmo que vede a claridade da janela irregular situada no imóvel contíguo - Possibilidade 98

Art. 186 - Responsabilidade subjetiva - Advogado - Representação perante a OAB - Exercício regular do direito - Ato ilícito - Não-ocorrência - Dano moral - Inexistência - Dever de indenizar - Ausência 186

Art. 668 - Inobservância - Mandato - Mandatário - Prestação de contas - Dever 191

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Aplicabilidade - Pessoa jurídica - Seguro - Patrimônio próprio - Proteção - Mercadoria -

Roubo - Furto - Carga - Transporte - Motorista - Apropriação indébita - Cobertura - Contrato - Exclusão expressa - Ausência - Cláusula contratual - Consumidor - Interpretação mais favorável - Art. 47 da Lei 8.078/90 - Dever de indenizar 349

Aplicação - Contrato de financiamento com alienação fiduciária - Mora do devedor - Encargos - Revisão - Ampla defesa e contraditório - Garantias constitucionais - Comissão de permanência - Cumulação com juros e correção monetária - Taxa maior que a de mercado - Ausência de estipulação expressa do índice e de previsão de limite - Inadmissibilidade - Capitalização de juros - Impossibilidade - Restituição simples dos valores cobrados - Busca e apreensão do bem 161

Art. 13, parágrafo único - Prestação de serviço - Responsabilidade subjetiva -Direito de regresso - Possibilidade 139

Art. 6º, VIII - Consumidor - Hipossuficiência - Facilitação da defesa - Inversão do ônus da prova - Furto de aparelho celular - Comunicação do fato - Prova - Operadora - Ausência de bloqueio da linha - Cadastros restritivos de crédito - Nome do usuário - Negativação - Ato ilícito - Dano moral - Indenização - Relação de consumo - Fornecedor de serviços - Responsabilidade objetiva 254

Construção civil - Publicidade enganosa - Alteração no projeto - Refazimento - Observância 127

Inaplicabilidade - Contrato - Compra e venda de imóvel - Sistema financeiro de habitação - Cohab - Mutuários - Não-pagamento das prestações do financiamento - Cessão do imóvel a terceiros - Rescisão da avença cumulada com reintegração de posse - Perda das quantias pagas - Admissibilidade (STJ) 483

Relação de consumo - Transporte aéreo - Extravio de bagagem - Dano material - Dano moral - Indenização - Convenção de Varsóvia - Inaplicabilidade - Inversão do ônus da prova - Possibilidade - Q*uantum* indenizatório - Critério de fixação 272

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 265, IV, *a* - Suspensão do processo - Consignação em pagamento - Aluguel - Dúvida sobre quem deva receber - Discussão acerca da propriedade do imóvel - Pendência de julgamento em mandado de segurança 133

Art. 267, III - Aplicabilidade - Execução - Embargos do devedor - Ausência - Relação processual - Inexistência - Exeqüente - Abandono da causa - Extinção do processo - Requerimento pelo executado - Desnecessidade - Súmula 240 do STJ - Inaplicabilidade - Voto vencido 353

Art. 290 - Aplicabilidade - Compromisso de compra e venda - Taxa de condomínio - Inadimplemento - Pagamento - Responsabilidade - Promissário Comprador - Posse com *aninus domini* - Ação de cobrança - Promitente vendedor - Ilegitimidade passiva - Rescisão contratual no curso do processo - Prestações vincendas até a desocupação do imóvel - Inclusão na sentença condenatória 202

Art. 333, II - Réu - Ônus da prova 254

Art. 462 - Aplicabilidade - Usucapião ordinário - Posse mansa e pacífica - Tempo necessário - Complemento no curso da ação - Admissibilidade 207

Art. 615, II - Credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou usufrutuário - Execução - Penhora - Intimação - Necessidade . . . 125

Art. 730, *caput* - Fazenda Pública - Embargos à execução - Prazo - Ampliação pela Medida provisória 2.189-35, que acrescentou o art. 1º-B à Lei Federal 9.494/97 - Limites constitucionais de urgência e relevância não ultrapassados - Dissídio jurisprudencial sobre a norma - Ação declaratória de constitucional-

idade - Liminar deferida - Aplicação do art. 21, caput, da Lei 9.868/1999 - Suspensão de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Lei 9.494/1997 acrescido pelo art. 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001 (STF) 505

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Art. 386, III - Apropriação indébita - Denunciação caluniosa - Atipicidade - Absolvição 400

Art. 386, III - Falsa identidade - Atipicidade - Absolvição 416

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Art. 148, §§ 3º e 4º - Permissão para dirigir - Infração de trânsito gravíssima - Carteira Nacional de Habilitação - Substituição - Negativa - Legalidade - Processo administrativo regular - Direito líquido e certo - Inexistência - Mandado de Segurança - Denegação da ordem 346

CÓDIGO PENAL

Art. 44, I - Inaplicabilidade - Violência contra a vítima - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Impossibilidade 463

Art. 62, I - Circunstância agravante - Aplicação - Possibilidade 389

Art. 77, III - S*ursis* - Inaplicabilidade quando for cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Apropriação indébita 428

Art. 155, § 4º e 157, § 2º - Furto qualificado - Causa de aumento de pena prevista para roubo - Aplicação - Inadmissibilidade - Ofensa ao princípio da reserva legal (STJ) 500

Art. 311 - Adulteração de sinal identificador de veículo automotor - Dolo - Tipicidade - Condenação 382

COISA JULGADA

Indenização - Ação proposta anteriormente - Decisão - Alcance dos autores da segunda ação versando sobre o mesmo pedido - Membros da mesma família - Coisa julgada - Aplicação de efeito negativo - Possibilidade mesmo inexistindo a tríplice identidade .146

COLAÇÃO DE GRAU

Participação simbólica - Grade curricular - Não-conclusão - Ação cominatória - Obrigação de fazer - Medida cautelar - Liminar - Ausência de plausibilidade jurídica do pedido - Art. 53, VI da Lei 9.39496 122

COMISSÃO

Ação de cobrança - Representação comercial - Pessoa jurídica - Pobreza - Ausência de prova - Assistência judiciária - Indeferimento - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - Produção de prova - Necessidade - Matéria de fato - Perícia contábil - Honorários de perito - Valor - Redução - Voto vencido 358

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

Alienação fiduciária - Contrato - Financiamento - Mora do devedor - Encargos - Revisão - CDC - Aplicação - Ampla defesa e contraditório - Garantias constitucionais - Comissão de permanência cumulada com juros e correção monetária - Taxa maior que a de mercado - Ausência de estipulação expressa do índice e de previsão de limite - Inadmissibilidade - Capitalização de juros - Impossibilidade - Condição potestativa - Proibição - Restituição simples dos valores cobrados - Busca e apreensão do bem 161

COMPETÊNCIA

Medida cautelar - Exibição de documento - Ação principal - Justiça Federal - Incidente processual - Justiça Comum - Incompetência absoluta - Preliminar - Nulidade - Declaração de ofício 96

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Bem imóvel - Rescisão contratual - Inadimplemento - Mora - Cláusula penal - Redução da pena - Possibilidade - Art. 924 do CC/1916 - Arras - Restituição total - Juros

de mora - Direito de retenção - Valor - Fixação - Devolução de prestações . . . 108

Imóvel - Ausência de inscrição no Registro de Imóveis - Irrelevância - Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça - Aplicabilidade - Execução - Contrato celebrado entre devedor e embargante antes da instauração do processo executivo - Executado - Hipoteca posterior - Impossibilidade 364

Imóvel - Inadimplemento do comprador - Rescisão contratual c/c reintegração de posse - Possibilidade - Parcelas pagas - Devolução - Benfeitorias - Indenização - Taxa de fruição do imóvel - Pagamento 130

Registro - Ausência - Taxa de condomínio - Inadimplemento - Pagamento - Responsabilidade - Promissário comprador - Posse com *aninus domini* - Ação de cobrança - Promitente vendedor - Ilegitimidade passiva - Contrato - Rescisão no curso do processo - Prestações vincendas até a desocupação do imóvel - Inclusão na sentença condenatória - Art. 290 do CPC - Aplicabilidade 202

CONCORRÊNCIA DESLEAL

Desenho industrial - Patente - Registro no INPI - Utilização indevida - Ato ilícito - Desrespeito ao art. 42 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) - Objetos indevidamente produzidos - Busca e apreensão - Continuidade da comercialização - Prejuízos econômicos - Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação - Verossimilhança das alegações - Medida cautelar - Produção antecipada de provas - Vistoria de livros contábeis - Possibilidade - - Tutela Antecipada - Deferimento 314

CONCURSO DE AGENTES

Furto qualificado - Art. 155, § 4º do CP - Pena - Aumento previsto no art. 157, § 2º do CP - Causa de aumento de pena prevista para roubo - Aplicação - Inadmissibilidade - Ofensa ao princípio da reserva legal - Circunstância atenuante - Redução da pena aquém do limite legal - Impossibilidade - Súmula 231 do STJ - Recurso exclusivo da acusação - *Reformatio in mellius* - Possibilidade - Art. 617 do CPP - Proibição apenas da *reformatio in pejus* (STJ) . . . 500

Furto qualificado - Chave falsa - Delação - Valoração da prova - Condenação 424

Latrocínio - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Participação de menor importância - Descaracterização - Divisão de tarefas - Co-autoria - Condenação 471

Roubo qualificado - Arma de fogo - Co-autoria - Divisão de tarefas - Grave ameaça - Circunstância objetiva - Comunicabilidade - Desclassificação do crime - Impossibilidade - *Res furtiva* - Posse - Crime consumado . . 408

Roubo qualificado - Arma de fogo - Restrição à liberdade da vítima - Denúncia - Omissão - Circunstância agravante - Aplicação - Possibilidade - Confissão espontânea - Atenuante - Descaracterização - Seqüestro - Princípio da consunção - Art. 62, I, do CP - Art. 385 do CPP 389

Roubo qualificado - *Res furtiva* - Posse - Crime consumado - Tentativa - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Regime semi-aberto - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Grave ameaça contra pessoa - Impossibilidade - Pena corporal superior àquela prevista no art. 77 do CP - *Sursis* - Impossibilidade 416

CONCURSO PÚBLICO

Atestado de bons antecedentes - Exigência como requisito para a posse - Inadmissibilidade - Ofensa ao princípio da presunção de inocência - Art. 5º, LVII, da CF 91

Candidato -Aprovação fora do número de vagas - Nomeação - Ausência de direito líquido e certo - Mandado de segurança - Ordem denegada 279

Vaga única - Ordem de classificação - Observância - Obrigatoriedade - Deficiente físico - Preferência - Inexistência - Deficiente

físico classificado em ordem inferior ao do impetrante - Nomeação - Desrespeito à ordem de classificação - Lesão a direito líquido e certo - Mandado de segurança - Concessão da ordem 270

CONDENAÇÃO

Adulteração de sinal identificador de veículo automotor - Dolo - Tipicidade - Condenação 382

Apropriação indébita - Tipicidade - Condenação - Exercício arbitrário das próprias razões - Elemento subjetivo do tipo - Ausência - Desclassificação do crime - Impossibilidade 476

Crime contra a ordem tributária - Débito tributário - Pagamento - Extinção da punibilidade - Descaracterização - Denúncia - Notificação - Desnecessidade - Redução de tributo - Nota fiscal - Declaração falsa - Materialidade - Valoração da prova - Pessoa jurídica - Gerente - Responsabilidade penal 403

Estabelecimento comercial - Representante - Crime contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Art. 7º, IX da Lei 8.137/90 - Crime formal - Perigo abstrato - Pena alternativa - Princípio da intervenção mínima - Pena de multa - Aplicabilidade 439

Extorsão - Flagrante esperado - Crime impossível - Não-configuração - Tipicidade . . 456

Furto qualificado - Chave falsa - Concurso de pessoas - Delação - Valoração da prova 424

Homicídio culposo - Erro médico - Negligência - Valoração da prova 383

Latrocínio - Concurso de pessoas - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Dolo - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Participação de menor importância - Descaracterização - Divisão de tarefas - Co-autoria - Condenação 471

Peculato - Crime contra as finanças públicas - Ordenação de despesa não autorizada - E*mendatio libelli* - Emprego irregular de verbas públicas - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Pena de multa . . 373

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Inexigibilidade de conduta diversa - Coação irresistível - Obediência hierárquica - Condenação 408

Tráfico de entorpecentes - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Causa de aumento de pena - Associação eventual - Inaplicabilidade - Retroatividade da Lei 11.343/2006 451

Valoração da prova - Receptação dolosa - Dolo específico - Elemento subjetivo do tipo - Cheque furtado 459

CONDOMÍNIO

Constituição - Bens do espólio - Partilha - Bem imóvel em que residia o casal - Inclusão na meação do cônjuge supérstite - Possibilidade - Sentença homologatória contra a vontade das partes - Anulabilidade . 112

Extinção - Imóvel - Abandono pelo condômino - Pedido improcedente 117

Prédio - Alteração de fachada - Ausência de prova - Utilização de área comum - Assembléia de condôminos - *Quorum* - Unanimidade - Desnecessidade - Convenção de condomínio - *Quorum* previsto - Prevalência 323

Prédio - Área comum - Uso exclusivo - Proibição - Convenção de condomínio - Regulamento interno - Desobediência - Ordem judicial - Descumprimento - Multa cominatória - Valor - Critério de fixação . 317

Taxa - Inadimplemento - Pagamento - Responsabilidade - Promissário comprador - Posse com *aninus domini* - Compromisso de

compra e venda - Registro - Ausência - Irrelevância - Ação de cobrança - Promitente vendedor - Ilegitimidade passiva - Contrato - Rescisão no curso do processo - Prestações vincendas até a desocupação do imóvel - Inclusão na sentença condenatória - Art. 290 do CPC - Aplicabilidade 202

CONFISSÃO ESPONTÂNEA
Atenuante - Descaracterização 389

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO
Suspensão do processo - Aluguel - Dúvida sobre quem deva receber - Discussão acerca da propriedade do imóvel - Pendência de julgamento em mandado de segurança - Artigo 265, IV, 'a', do CPC - Aplicabilidade 133

CONSTITUCIONALIDADE
Ação declaratória de constitucionalidade - Liminar deferida - Aplicação do art. 21, caput, da Lei 9.868/1999 - Suspensão de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Lei 9.494/1997 acrescentado pelo art. 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001 - Fazenda Pública - Embargos à execução - Prazos previstos no art. 730 do CPC e no art. 884 CLT - Ampliação - Limites constitucionais de urgência e relevância não ultrapassados - Dissídio jurisprudencial sobre a norma (STF) 505

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL
Art. 173, § 1º - Princípio da separação dos poderes - Violação - Câmara Municipal - Iniciativa de lei - Matéria de competência privativa do Executivo - Ação direta de inconstitucionalidade 61

CONSTITUIÇÃO FEDERAL
Art. 5º, LVII - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Concurso público - Atestado de bons antecedentes - Exigência como requisito para posse - Inadmissibilidade 91

Art. 37, § 6º - Responsabilidade objetiva do Estado - Prisão ilegal - Falha administrativa - Dano moral - Indenização 227

Art. 146 - Normas gerais em matéria de legislação tributária - Lei complementar 257

CONSTRUÇÃO CIVIL
Publicidade enganosa - Alteração no projeto - Refazimento - CDC - Observância 127

CONSTRUÇÃO IRREGULAR
Realização há mais de ano e dia - Ação demolitória - Inadmissibilidade - Levantamento da casa ou construção de muro mesmo que vede a claridade da janela irregular situada no imóvel contíguo - Possibilidade - Art. 1.302 CC/2002 - Aplicabilidade 98

CONSUMAÇÃO - Vide: Crime consumado

CONSUMIDOR
Cláusula contratual - Interpretação mais favorável - Art. 47 da Lei 8.078/90 - Seguro - Pessoa jurídica - CDC - Aplicabilidade - Mercadoria - Roubo - Furto - Patrimônio próprio - Proteção - Carga - Transporte - Motorista - Apropriação indébita - Cobertura - Contrato - Exclusão expressa - Ausência - Dever de indenizar.. 349

Furto de aparelho - Operadora - Ausência de bloqueio da linha - Cadastros restritivos de crédito - Nome do usuário - Negativação - Ato ilícito - Dano moral - Indenização - Comunicação do fato - Prova - Consumidor - Hipossuficiência - Facilitação da defesa - Inversão do ônus da prova - Art. 6º, VIII, do CDC - Art. 333, II, do CPC - Relação de consumo - Fornecedor de serviços - Responsabilidade objetiva - Q*uantum* indenizatório - Critério de fixação . . . 254

CONTRATO
Compra e venda de imóvel - Sistema financeiro de habitação - Cohab - Mutuários - Não-pagamento das prestações do financiamento - Cessão do imóvel a terceiros - Rescisão da avença cumulada com reintegração de posse - Perda das quantias pagas - Admissibilidade - CDC - Inaplicabilidade (STJ) . 483

Compromisso de compra e venda - Ausência de inscrição no Registro de Imóveis - Penhora - Embargos de terceiro - Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça - Aplicabilidade -

Execução - Contrato Celebrado entre devedor e embargante antes da instauração do processo executivo - Executado - Hipoteca posterior - Impossibilidade 364

Compromisso de compra e venda - Inadimplemento - Mora - Rescisão contratual - Cláusula penal - Redução da pena - Possibilidade - Art. 924 CC/1916 - Arras - Restituição total - Juros de mora - Direito de retenção - Valor - Fixação - Devolução de prestações . . . 108

Compromisso de compra e venda - Inadimplemento do comprador - Rescisão contratual Cumulada com reintegração de posse - Possibilidade - Parcelas pagas - Devolução - Benfeitorias - Indenização - Taxa de fruição do imóvel - Pagamento 130

Compromisso de compra e venda - Registro - Ausência - Taxa de condomínio - Inadimplemento - Pagamento - Responsabilidade - Promissário comprador - Posse com *aninus domini* - Ação de cobrança - Promitente vendedor - Ilegitimidade passiva - Rescisão contratual no curso do processo - Prestações vincendas até a desocupação do imóvel - Inclusão na sentença condenatória - Art. 290 do CPC - Aplicabilidade 202

Financiamento - Alienação fiduciária - Mora do devedor - Encargos - Revisão - CDC - Aplicação - Ampla defesa e contraditório - Garantias constitucionais - Comissão de permanência - Cumulação com juros e correção monetária - Taxa maior que a de mercado - Ausência de estipulação expressa do índice e de previsão de limite - Inadmissibilidade - Capitalização de juros Impossibilidade - Restituição simples dos valores cobrados - Busca e apreensão do bem 161

Financiamento - Alienação fiduciária - Prestação - Não-pagamento - Mora *ex tempore* - Notificação - Assinatura por terceiro - Comunicação - Eficácia - Art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 611/1969 - Busca e apreensão 343

Locação não-residencial - Benfeitorias - Indenização - Renúncia - Previsão contratual - Prazo - Rescisão unilateral antecipada - Multa - Cláusula abusiva - Descaracterização - *Shopping Center* - Regulamentação legal própria - Inexistência - Lei n. 8.245/95 - Aplicabilidade - Atividade comercial - Insucesso - Risco do lojista - Perdas e danos - Empreendedor - Princípio da boa-fé objetiva - Violação - Inocorrência - Culpa - Ausência - Responsabilização - Impossibilidade - Resolução do contrato c/c indenização por perdas e danos - Improcedência do pedido 211

CONTRATO ADMINISTRATIVO

Empresa que presta serviço singular e ostenta notória especialização - Licitação - Dispensa fora das hipóteses previstas em lei - Arts. 13, 25 da Lei de Licitação - Capacitação técnico-profissional - Crime do art. 89 da Lei 8.666/93 - Não-configuração - Ausência de dolo - Atipicidade - Absolvição - Art. 386, III, do CPP 432

CONVENÇÃO DE VARSÓVIA

Inaplicabilidade - Transporte aéreo - Extravio de bagagem - Dano material - Dano moral - Indenização - Relação de consumo - CDC - Inversão do ônus da prova - Possibilidade - Q*uantum* indenizatório - Critério de fixação 272

CORREÇÃO MONETÁRIA

Incidência - Previdência privada - Retirada de participante - Parcelas pagas - Devolução - Inflação - Índice - Equivalência - Ação de cobrança - Sucumbência mínima 309

Incidência - Termo inicial - Acidente de Trânsito - Trator - Seguro obrigatório - DPVAT - Indenização 265

CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Prescrição intercorrente - Reconhecimento de ofício pelo poder judiciário - Lei 11.051/2004 que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830/80 - Norma de caráter processual - Reforma - Lei ordinária - Suficiência - Art. 24, I e XI da CF - Direito material declinado pela Fazenda Pública - Ausência de modificação - Norma geral de direito tributário - Não-caracterização - Lei complementar - Desnecessidade - Art.

146 da CF - Violação - Não-ocorrência - Incidente de inconstitucionalidade - Desacolhimento - Voto vencido 76

CRIME

Art. 89 da Lei 8.666/93 - Dispensa de licitação fora das hipóteses prevista em lei - Contrato administrativo - Empresa que presta serviço singular e ostenta notória especialização - Inexigibilidade de procedimento licitatório - Capacitação técnico-profissional - Ausência de dolo - Atipicidade - Absolvição - Art. 386, III, do CPP . . 432

CRIME CONSUMADO

Caracterização - Furto 443

Extorsão - Crime formal - Grave ameaça - Vantagem indevida - Tentativa - Desclassificação do crime - Impossibilidade . . . 456

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - *Res furtiva* - Posse 408

Roubo qualificado - Arma de fogo - *Res furtiva* - Posse 463

Roubo qualificado - Concurso de pessoas - *Res furtiva* - Posse - Tentativa - Desclassificação do crime - Impossibilidade 416

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Testemunha - Residência fora da jurisdição do Juiz - Oitiva - Intimação da defesa da data de audiência - Ausência - Falta de previsão no art. 222 do CPP - Expedição de carta precatória - Intimação do advogado - Súmula 273 do STJ - Aplicação - Nulidade - Não-ocorrência - *Habeas corpus* - Denegação da ordem . . 497

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Débito tributário - Pagamento - Extinção da punibilidade - Descaracterização - Denúncia - Notificação - Desnecessidade - Redução de tributo - Nota fiscal - Declaração falsa - Materialidade - Valoração da prova - Pessoa jurídica - Gerente - Responsabilidade penal - Condenação. . 403

Dolo específico - Ausência - Absolvição . . 476

CRIME CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS

Peculato - Ordenação de despesa não autorizada - *Emendatio libelli* - Emprego irregular de verbas públicas - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Pena de multa 373

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Art. 7º, IX da Lei 8.137/90 - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Crime formal - Perigo abstrato - Estabelecimento comercial - Representante - Condenação - Pena alternativa - Princípio da intervenção mínima - Pena de multa - Aplicabilidade 439

CRIME DE BAGATELA

Apropriação indébita - Princípio da insignificância - Interpretação - Absolvição 400

Res furtiva - Pequeno valor - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Furto privilegiado 443

CRIME FORMAL

Crime contra as relações de consumo - Art. 7º, IX da Lei 8.137/90 - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Perigo abstrato - Estabelecimento comercial - Representante - Condenação - Pena alternativa - Princípio da intervenção mínima - Pena de multa - Aplicabilidade 439

Extorsão - Grave ameaça - Vantagem indevida - Crime consumado - Tentativa - Desclassificação do crime - Impossibilidade 456

CRIME IMPOSSÍVEL

Não-configuração - Extorsão - Flagrante esperado - Crime impossível - Não-configuração - Tipicidade - Condenação 456

CULPABILIDADE

Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Furto - Porte de arma 443

CULPA *IN VIGILANDO*

Proprietário de veículo conduzido por terceiro - Acidente de trânsito - Responsabilidade solidária - Indenização 229

CUSTAS

Processo penal - Isenção - Requisitos - Princípio da isonomia - Art. 10 da Lei 14.939/03 - Insuficiência de recursos - Prova - Ausência - Parte não beneficiária da assistência judiciária - Impossibilidade . 424

- D -

DANO AO MEIO AMBIENTE

Ação Civil Pública - Construção irregular em área de proteção ambiental - Interesse coletivo - Prevalência - Demolição - Necessidade - Dano moral coletivo - Inexistência 283

Responsabilidade objetiva - Art. 14, § 1º da Lei 6.938/81 - Animais silvestres em cativeiro - Indenização 268

DANO MATERIAL

Cirurgia - Morte - Culpa - Médico - Hospital - Responsabilidade solidária - Indenização . . . 288

DANO MORAL

Abuso na veiculação de imagens por canal de televisão - Desrespeito à honra e dignidade - Indenização - *Quantum* indenizatório - Redução (STJ) 479

Ausência de prova - Nome comercial - Marca notória - Utilização de nome semelhante - Impossibilidade - Concorrência desleal - Inexistência - Dolo - Não-ocorrência - Indenização - Descabimento 326

Configuração - Cadastro de inadimplentes - Dívida paga - Negativação indevida de nome - Indenização - Valor - Critério de fixação . . 301

Configuração - Cirurgia - Morte - Culpa - Médico - Hospital - Responsabilidade Solidária - Indenização - Valor - Critério de Fixação . 288

Configuração - Indenização - Vendedor ambulante - Mercadoria - Apreensão por agente fiscal da municipalidade - Poder de polícia - Ato administrativo - Vício de motivo - Ilegalidade - Município - Responsabilidade civil - Dever de indenizar 195

Configuração - Prisão ilegal - Responsabilidade objetiva do Estado - Falha administrativa - Indenização 227

Indenização - Direito à própria imagem - Fotografia - Publicação sem autorização - Dever de indenizar - Critério de fixação . . 135

Indenização - Furto de aparelho celular - Operadora - Ausência de bloqueio da linha - Cadastros restritivos de crédito - Nome do usuário - Negativação - Ato ilícito - Comunicação do fato - Prova - Consumidor - Hipossuficiência - Facilitação da defesa - Inversão do ônus da prova - Art. 6º, VIII, do CDC - Art. 333, II, do CPC - Relação de consumo - Fornecedor de serviços - Responsabilidade objetiva - Q*uantum* indenizatório - Critério de fixação 254

Indenização - Imprensa - Matéria divulgada - Ofensa à honra - Proprietário do veículo de divulgação - Autor do escrito - Legitimidade passiva - Súmula 221 do STJ 338

Indenização - Rede de esgoto - Refluxo - Decisão - Alcance dos autores da segunda ação versando sobre o mesmo pedido - Membros da mesma família - Coisa julgada - Aplicação de efeito negativo - Possibilidade mesmo inexistindo a tríplice identidade. .146

Inexistência - Advogado - Representação perante a OAB - Exercício regular do direito - Ato ilícito - Não-ocorrência - Dever de indenizar - Ausência 186

Inexistência - Indenização - Descabimento - Hemominas - Exame de sangue falso-positivo - HIV - Responsabilidade objetiva do Estado - Não-configuração - Dano - Fato administrativo - Nexo causal - Inexistência 367

Não-configuração - Indenização - Descabimento - Veículo - Aquisição - Vistoria - Adulteração de chassi - Laudo do Detran - Insuficiência - Perícia - Determinação - Prova - Juiz - Princípio da íntima convicção - Laudo pericial - Conclusão - Defeito no veículo - Ausência -

Adquirente - Sofrimento de dano moral - Inexistência - Ação ordinária - Improcedência do pedido 331

DÉBITO TRIBUTÁRIO

Crime contra a ordem tributária - Pagamento - Extinção da punibilidade - Descaracterização - Denúncia - Notificação - Desnecessidade - Redução de Tributo - Nota fiscal - Declaração falsa - Materialidade - Valoração da prova - Pessoa jurídica - Gerente - Responsabilidade penal - Condenação . . . 403

Inscrição na dívida ativa - Dissolução irregular da empresa - Infração à lei - Sócios-gerentes - Diretores - Representantes da empresa - Co-responsáveis - Execução fiscal - Sócios-coobrigados - Inclusão no pólo passivo da ação - Art. 135, III do CTN - Aplicabilidade 156

DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS

Homicídio qualificado - Agressões recíprocas - Perseguição empreendida pela vítima - Reação do réu - Surpresa - Circunstância qualificadora - Descaracterização - Tribunal do Júri - Veredicto - Cassação 447

DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE

Incidente de inconstitucionalidade - Lei 11.051/2004 que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830/80 - Prescrição intercorrente do crédito tributário - Reconhecimento de ofício pelo Poder Judiciário - Norma de caráter processual - Reforma - Lei ordinária - Suficiência - Art. 24, I e XI da CF - Direito material declinado pela fazenda pública - Ausência de modificação - Norma geral de direito tributário - Não-caracterização - Lei complementar - Desnecessidade - Art. 146 da CF - Violação - Não-ocorrência - Inconstitucionalidade - Inexistência - Desacolhimento do incidente - Voto vencido 76

DECRETO ESTADUAL

43.709/03, Art. 7º - Descumprimento - IPVA - Isenção - Veículo adaptado - Deficiente físico - Uso exclusivo - Aprovação em exame de direção - Ausência de prova - Concessão do benefício - Impossibilidade - Mandado de segurança - Denegação da ordem 321

DECRETO-LEI

611/1969, art. 2º, § 2º - Alienação fiduciária - Contrato - Prestação - Não-pagamento - Mora *ex tempore* - Notificação - Assinatura por terceiro - Comunicação - Eficácia - Busca e apreensão 343

DEFICIENTE FÍSICO

Concurso Público - Vaga única - Preferência - Inexistência - Provimento de cargo - Ordem de classificação - Observância - Obrigatoriedade - Deficiente físico classificado em ordem inferior ao do impetrante - Nomeação - Desrespeito à ordem de classificação - Lesão a direito líquido e certo - Mandado de segurança - Concessão da Ordem 270

IPVA - Isenção - Veículo adaptado - Uso exclusivo - Aprovação em exame de direção - Ausência de prova - Art. 3º da Lei Estadual 14.937/03 - Art. 7º do Decreto Estadual 43.709/03 - Descumprimento - Concessão do benefício - Impossibilidade - Mandado de segurança - Denegação da Ordem 321

DELAÇÃO

Furto qualificado - Chave falsa - Concurso de pessoas - Valoração da prova - Condenação. 424

Retratação - Valoração da prova - Partícipe - Absolvição 396

DENÚNCIA

Crime contra a ordem tributária - Débito tributário - Pagamento - Extinção da punibilidade - Descaracterização - Notificação - Desnecessidade - Redução de tributo - Nota fiscal - Declaração falsa - Materialidade - Valoração da prova - Pessoa jurídica - Gerente - Responsabilidade penal - Condenação. . . 403

Omissão - Circunstância agravante - Aplicação - Possibilidade - Art. 62, I, do CP - Art. 385 do CPP 389

DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA

Atipicidade - Art. 386, III, do CPP 400

DENUNCIAÇÃO DA LIDE
Impossibilidade - Art. 70, III do CPC - Requisitos - Ausência - Indenização - Contrato - Direito de regresso - Cláusula expressa - Inexistência - Ação de obrigação dar c/c indenização por perdas e danos - Litisconsórcio necessário - Inexistência 334

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME
Impossibilidade - Apropriação indébita - Tipicidade - Condenação - Exercício arbitrário das próprias razões - Elemento subjetivo do tipo - Ausência 476

Impossibilidade - Extorsão - Crime formal - Grave ameaça - Vantagem indevida - Crime consumado - Tentativa 456

Impossibilidade - Homicídio - Latrocínio - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Dolo - Condenação 471

Impossibilidade - Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Co-autoria - Divisão de tarefas - Grave ameaça - Circunstância objetiva - Comunicabilidade - *Res furtiva* - Posse - Crime consumado. . 408

Impossibilidade - Roubo qualificado - Concurso de pessoas - *Res furtiva* - Posse - Tentativa. . 416

Possibilidade - Roubo - Tipicidade - Porte de arma - Ato preparatório - Ato de execução - Dolo - Ausência de grave ameaça - Furto 443

Roubo qualificado - Arma de fogo - Grave ameaça - Violência - *Res furtiva* -Posse - Crime consumado - Desclassificação do delito do art. 157 do CP para o do art. 155 do CP - Impossibilidade 463

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
Descabimento - Atividades empresariais - Encerramento irregular -Inexistência de bens da empresa - Ausência de prova - Transferência da responsabilidade da sociedade para os sócios - Impossibilidade 235

DESEMBARGADOR AYRTON MAIA
Nota biográfica - Memória do Judiciário Mineiro 13

DESENHO INDUSTRIAL
Patente - Registro no INPI - Utilização indevida - Ato ilícito - Desrespeito ao art. 42 da Lei de propriedade industrial (Lei 9.279/96) - Concorrência desleal - Objetos indevidamente produzidos - Continuidade da comercialização - Prejuízos econômicos - Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação - Verossimilhança das alegações - Medida cautelar - Busca e apreensão - Possibilidade - Produção antecipada de provas - Vistoria de livros contábeis - Cabimento - Tutela antecipada - Deferimento 314

DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA
Inocorrência - Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Condenação. . 408

DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO
Falência - Imóvel comercial - Desocupação - Impossibilidade - Sublocação - Irregularidade - Infração contratual - Prejuízo - Ausência - Improcedência do pedido . . 223

DILIGÊNCIA
Fundamentação - Requisitos - Estelionato - Cheque sem fundos - Sigilo bancário - Direito à intimidade - Princípio do contraditório - Prova ilícita - Teoria dos frutos da árvore envenenada - Absolvição 466

DIREITO À EDUCAÇÃO
Educação infantil - Ensino fundamental - Limite de idade - Escola estadual - Matrícula - Indeferimento - Ilegalidade - Prática abusiva - Inconstitucionalidade 115

DIREITO À INTIMIDADE
Estelionato - Cheque sem fundos - Sigilo bancário - Diligência - Fundamentação - Requisitos - Princípio do contraditório - Prova ilícita - Teoria dos frutos da árvore envenenada - Absolvição 466

DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM
Abuso na veiculação de imagens por canal de televisão - Desrespeito à honra e dignidade

- Dano moral - Indenização - *Quantum* indenizatório - Redução (STJ) 479

Indenização - Dano moral - Fotografia - Publicação sem autorização - Dever de indenizar - Critério de fixação 135

DIREITO DA PERSONALIDADE
Indenização - Dano moral - Fotografia - Publicação sem autorização - Ressarcimento - Dever - *Quantum* indenizatório - Critério de fixação 135

DIREITO DE DEFESA
Falsa identidade - Dolo específico - Ausência - Atipicidade - Absolvição - Art. 386, III, do CPP 416

DIREITO DE REGRESSO
Ação regressiva de cobrança - Indenização - Pacote turístico - Danos aos turistas - Ação indenizatória aviada em desfavor da agência de viagem e operadora de turismo - Pagamento pela agência de viagem - Agência e operadora de turismo - Fornecedores de serviço - Responsabilidade subjetiva - Agência de viagem - Direito de regresso na medida de sua participação no evento danoso - Art. 13, parágrafo único do CDC - Aplicabilidade 139

Possibilidade - Acordo judicial celebrado no curso do processo de execução - Título executivo judicial - Denunciação da lide - Sentença . 200

Seguradora - Acidente de trânsito - Veículo conduzido por terceiro - Culpa do condutor - Responsabilidade - Indenização 229

DIREITO DE VIZINHANÇA
Vizinho - Construção irregular com mais de ano e dia - Demolição - Inadmissibilidade - Levantamento da casa ou construção de muro mesmo que vede a claridade da janela irregular situada no imóvel contíguo - Possibilidade - Art. 1.302 C.C./2002 - Aplicabilidade 98

DIREITO INTERTEMPORAL
Requisitório de pequeno valor: direito intertemporal, inconstitucionalidade na inobservância ao princípio da proporcionalidade - Renato Luís Dresch - Doutrina 49

DOLO ESPECÍFICO
Ausência - Crime contra a ordem tributária - Absolvição 476

Ausência - Falsa identidade - Direito de defesa 416

DOLO
Adulteração de sinal identificador de veículo automotor - Tipicidade - Condenação . . 382

Apropriação indébita - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Cabimento - S*ursis* - Inaplicabilidade - Art. 77, III, do CP 428

Furto - Tipicidade - Porte de arma - Ato preparatório - Ato de execução - Ausência de grave ameaça - Roubo - Desclassificação do crime - Possibilidade 443

Latrocínio - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Dolo - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Condenação . . . 471

DOUTRINA
A eficácia da boa-fé objetiva no negócio jurídico de crédito - Carlos Frederico Braga da Silva 21

DROGARIA - Vide: Farmácia

DUPLICATA SEM ACEITE
Protesto - Prestação de serviços - Título executivo acompanhado de documento e de contrato autorizador - Validade - Requisitos de executividade - Complemento - Art. 20, § 3º da Lei 5.474/68 - Emissão de título contra a municipalidade - Vedação legal - Ausência - Art. 5º da Resolução 43/2001 do Senado Federal - Execução por título extrajudicial - Executado - Município - Título protestado em comarca diversa - Nulidade - Não-ocorrência 225

- E -

EDUCAÇÃO INFANTIL

Estabelecimento de ensino estadual - Ensino fundamental - Limite de idade -Matrícula - Indeferimento - Ilegalidade - Prática abusiva - Inconstitucionalidade 115

EDUCADOR INFANTIL

Professor municipal - Identidade de funções - Ausência - Isonomia - Inexistência - Equiparação salarial - Impossibilidade . . 99

ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

Ausência - Apropriação indébita - Tipicidade - Condenação - Exercício arbitrário das próprias razões - Desclassificação do crime - Impossibilidade 476

Receptação dolosa - Dolo específico - Valoração da prova - Cheque furtado — Condenação 459

EMBARGOS À EXECUÇÃO

Fazenda Pública - Prazos previstos no art. 730 do CPC e no art. 884 da CLT - Ampliação pela Medida Provisória 2.180-35/2001 que acrescentou o art. 1º-B à Lei Federal 9.494/1997 - Limites constitucionais de urgência e relevância não ultrapassados - Dissídio jurisprudencial sobre a norma - Ação declaratória de constitucionalidade - Liminar deferida - Aplicação do art. 21, caput, da Lei 9.868/1999 - Suspensão de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Lei 9.494/1997 acrescido pelo art. 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001 (STF) 505

EMBARGOS DE TERCEIRO

Credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou usufrutuário - Legitimidade passiva - Interesse de agir - Execução - Penhora - Intimação - Necessidade - Art. 615, II do CPC - Julgamento antecipado da lide - Anuência da parte - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência 125

Imóvel - Penhora - Compromisso de compra e venda - Registro de Imóveis - Inscrição - Ausência - Irrelevância - Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça - Aplicabilidade - Execução - Contrato - Celebração entre devedor e embargante antes da instauração do processo executivo - Executado - Hipoteca posterior - Impossibilidade . . . 364

Usufruto - Penhora sobre a nua propriedade - Ausência de turbação ou esbulho da posse - Usufrutuário - Interesse de agir - Inexistência 303

EMBARGOS DO DEVEDOR

Ausência - Execução - Relação processual - Inexistência - Exeqüente - Abandono da causa - Extinção do processo - Requerimento pelo executado - Desnecessidade - Súmula 240 do STJ - Inaplicabilidade - Art. 267, III do CPC - Aplicabilidade - Voto vencido 353

EMENDATIO LIBELLI

Peculato - Crime contra as finanças públicas - Ordenação de despesa não autorizada - Emprego irregular de verbas públicas - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Pena de multa 373

EMPREGO IRREGULAR DE VERBAS PÚBLICAS

Peculato - Crime contra as finanças públicas - Ordenação de despesa não autorizada - *Emendatio libell*i - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Pena de multa 373

ENFITEUSE

Direito real constituído na vigência do CC/1916 - Irregularidades e vícios - Ausência de prova - Escritura de concessão de título de aforamento perpétuo de domínio útil - Registro de Imóveis - Anulação - Impossibilidade 106

ENSINO FUNDAMENTAL

Educação infantil - Escola estadual - Matrícula - Indeferimento - Limite de idade - Ilegalidade - Prática abusiva - Inconstitucionalidade . . 115

EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Educador Infantil - Professor Municipal - Identidade de funções - Ausência - Isonomia - Inexistência 99

ERÁRIO
Dano - Agente Público - Licitação - Fraude - Improbidade administrativa - Dever de indenizar - Imprescritibilidade - Comissão de licitação - Responsabilidade solidária - Sanção administrativa - Prescrição - Prazo - Lei 8.429/92 - Aplicabilidade - Medida cautelar - Requisitos - Observância - Indisponibilidade dos bens - Possibilidade 241

ERRO MÉDICO
Homicídio culposo - Negligência - Valoração da prova - Condenação 383

ESCOLA ESTADUAL - Vide: Estabelecimento de ensino estadual

ESTABELECIMENTO COMERCIAL
Representante - Condenação - Crime contra as relações de consumo - Art. 7º, IX da Lei 8.137/90 - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Crime formal -Perigo abstrato - Pena alternativa - Princípio da intervenção mínima - Pena de multa - Aplicabilidade 439

ESTABELECIMENTO DE ENSINO ESTADUAL
Escola estadual - Educação infantil - Ensino fundamental - Matrícula - Indeferimento - Limite de idade - Ilegalidade - Prática abusiva - Inconstitucionalidade 115

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
Art. 112, 120. § 2º, 121, §§ 3º e 5º, e 122, § 1º - Medida socioeducativa - Semiliberdade - Extinção aos 18 anos de idade inversamente da internação que vai até os 21 anos - *Habeas corpus* - Denegação da ordem (STF) 511

ESTELIONATO
Cheque sem fundos - Sigilo bancário - Direito à intimidade - Diligência - Fundamentação - Requisitos - Princípio do contraditório - Prova ilícita - Teoria dos frutos da árvore envenenada - Absolvição 466

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE
Execução - Título executivo extrajudicial - Nota promissória - Aval - Cônjuge - Consentimento - Co-devedor - Não-caracterização - Ilegitimidade passiva 282

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO
Indeferimento - Fundamentação - Ausência de cerceamento de defesa 428

EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE
Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Inexigibilidade de conduta diversa - Coação irresistível - Obediência hierárquica - Condenação 408

EXECUÇÃO
Atraso no cumprimento da decisão judicial - Multa - Aplicação posterior ao cumprimento da obrigação - Previsão Legal - Ausência - Astreinte - Inaplicabilidade 221

Certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas - Ministério Público - Ilegitimidade passiva - Voto vencido 63

Embargos do devedor - Ausência - Relação processual - Inexistência - Exeqüente - Abandono da causa - Extinção do processo - Executado - Requerimento - Desnecessidade - Súmula 240 do STJ - Inaplicabilidade - Art. 267, III do CPC - Aplicabilidade - Voto vencido . 353

Exceção de pré-executividade - Título executivo extrajudicial - Nota promissória - Aval - Cônjuge - Consentimento - Co-devedor - Não-caracterização -Ilegitimidade passiva 282

Penhora - Compromisso de compra e venda - Ausência de inscrição no Registro de Imóveis - Embargos de terceiro - Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça - Aplicabilidade - Contrato celebrado entre devedor e embargante antes da instauração do processo executivo - Executado - Hipoteca posterior - Impossibilidade . . . 364

Penhora *on line* - Possibilidade - Executado - Servidor público federal - Conta-corrente em que recebe proventos - Descontos efetuados - Limitação - Art. 11 do Decreto-Lei 3.297/99 - Art. 45 da Lei 8.112/90 89

Título executivo judicial - Denunciação da Lide - Acordo judicial - Celebração no curso do processo - Sentença - Direito de regresso - Possibilidade 200

EXECUÇÃO DA PENA

Falta grave - Perda total dos dias remidos - Possibilidade - Art. 127 da Lei 7.210/84 - Aplicabilidade - Ofensa aos princípios da proporcionalidade, igualdade e individualização da pena - Inocorrência - Limitação temporal da sanção - Impossibilidade - Art. 58 da LEP - Inaplicabilidade por se tratar de matéria distinta - *Habeas corpus* - Denegação da ordem (STF) 511

Remição da pena pelo estudo - Possibilidade - Art. 126 da Lei 7.210/84 - Analogia . . . 387

EXECUÇÃO FISCAL

Dissolução irregular da empresa - Infração à lei - Débito tributário - Inscrição na dívida ativa - Sócios-gerentes - Diretores - Representantes da empresa - Co-responsáveis - Sócios-coobrigados - Inclusão no pólo passivo da ação - Art. 135, III do CTN - Aplicabilidade 156

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Duplicata sem aceite protestada - Prestação de serviços - Título executivo acompanhado de documento e de contrato autorizador - Validade - Requisitos de executividade - Complemento - Art. 20, § 3º da Lei 5.474/68 - Emissão de título contra a municipalidade - Vedação legal - Ausência - Art. 5º da Resolução 43/2001 do Senado Federal - Executado - Município - Título protestado em comarca diversa - Nulidade - Não-ocorrência 225

EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Desconsideração da personalidade jurídica - Requisitos - Não-configuração - Produção de prova - Inexistência - Agravo de instrumento - Pretensão do agravante - Tutela de urgência - Conversão em agravo retido - Impossibilidade 235

EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES

Elemento subjetivo do tipo - Ausência - Apropriação indébita - Tipicidade - Condenação - Desclassificação do crime - Impossibilidade 476

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO

Medida cautelar - Ação principal - Justiça Federal - Incidente processual - Justiça Comum - Incompetência absoluta - Preliminar - Nulidade - Declaração de ofício 96

Medida Cautelar - Pessoa que não será parte na ação principal - Terceiro na relação jurídica - Ilegitimidade passiva - Petição inicial - Indeferimento - Impossibilidade jurídica do pedido. 152

EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA EM DESACORDO COM A PRESCRIÇÃO LEGAL

Crime contra as relações de consumo - Art. 7º, IX da Lei 8.137/90 - Crime formal - Perigo abstrato - Estabelecimento comercial - Representante - Condenação - Pena alternativa - Princípio da intervenção mínima - Pena de multa - Aplicabilidade 439

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Descaracterização - Crime contra a ordem tributária - Débito tributário - Pagamento Denúncia - Notificação - Desnecessidade - Redução de tributo - Nota fiscal - Declaração falsa - Materialidade - Valoração da prova - Pessoa jurídica - Gerente - Responsabilidade penal - Condenação 403

EXTINÇÃO DO PROCESSO

Execução - Embargos do devedor - Ausência - Relação processual - Inexistência - Exeqüente - Abandono da causa - Extinção do processo - Requerimento pelo executado - Desnecessidade - Súmula 240 do STJ - Inaplicabilidade - Art. 267, III do CPC - Aplicabilidade - Voto vencido 353

EXTORSÃO

Flagrante esperado - Crime impossível - Não-configuração - Tipicidade - Condenação - Crime formal - Grave ameaça - Vantagem indevida - Crime consumado - Tentativa - Desclassificação do crime - Impossibilidade 456

EXTRAVIO DE BAGAGEM
Indenização - Dano material - Dano moral - Transporte aéreo - Convenção de Varsóvia - Inaplicabilidade - Relação de consumo - CDC - Inversão do ônus da prova - Possibilidade - Q*uantum* indenizatório - Critério de fixação 272

- F -

FALÊNCIA
Crédito de natureza salarial - Dívida insusceptível de penhora - Compensação de crédito - Impossibilidade - Art. 1.015, III do CC/1916 - Art. 649, IV do CPC 158

Empresa falida - Ex-sócio - Obrigação de fazer - Legitimidade ativa - Cumprimento de obrigação pelo síndico - Pedido - Acolhimento 120

Imóvel comercial - Desocupação - Impossibilidade - Sublocação - Irregularidade - Infração contratual - Prejuízo - Ausência - Improcedência do pedido 223

FALSA IDENTIDADE
Dolo específico - Ausência - Atipicidade - Direito de defesa 416

FALSIFICAÇÃO
Procuração - Indenização - Serviço notarial e de registro - Tabelião - Lavratura de escritura de compra e venda com Procuração falsa - Dever de Indenizar - Lei 8.935/94 - Dano material - Dano moral - Valor - Critério de fixação - Condição da ação - Requisitos - Observância - Sucumbência recíproca 214

FALTA DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO
Roubo qualificado- Arma de fogo - Concurso de pessoas - Princípio da consunção 408

FARMÁCIA
Drogaria - Recebimento de contas públicas - Possibilidade - Riscos à saúde e à segurança públicas - Não-ocorrência - Desvio de finalidade - Descaracterização - Município - Poder de polícia - Ausência de previsão legal para restrição - Lei 5.991/73 - Vedação - Inexistência - Mandado de segurança - Concessão da ordem. . 232

FAZENDA PÚBLICA
Embargos à execução - Prazos previstos no art. 730 do CPC e no art. 884 da CLT - Ampliação pela Medida Provisória 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-B à Lei federal 9.494/1997 - Limites constitucionais de urgência e relevância não ultrapassados - Dissídio jurisprudencial sobre a norma - Ação declaratória de constitucionalidade - Liminar deferida - Aplicação do art. 21, *caput*, da Lei 9.868/1999 - Suspensão de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Lei 9.494/1997 acrescido pelo art. 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001(STF) 505

FINANCIAMENTO
Contrato - Alienação fiduciária - Mora do devedor - Encargos - Revisão - CDC - Aplicação - Ampla defesa e contraditório - Garantias constitucionais - Comissão de permanência - Cumulação com juros e correção monetária - Taxa maior que a de mercado - Ausência de estipulação expressa do índice e de previsão de limite - Inadmissibilidade - Capitalização de juros Impossibilidade - Restituição simples dos valores cobrados - Busca e apreensão do bem 161

Contrato - Alienação fiduciária - Prestação - Não-pagamento - Mora *ex tempore* - Não comprovação - Notificação - Assinatura por terceiro - Comunicação - Eficácia - Art. 2º, § 2º do Decreto-Lei 611/1969 343

FLAGRANTE ESPERADO
Extorsão - Crime impossível - Não-configuração - Tipicidade - Condenação 456

FRAUDE
Furto qualificado - Art. 155, § 2º, II, do CPC - Caracterização - Fixação da pena 396

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE
Apreciação na ação possessória - Descabimento 175

FUNDAMENTAÇÃO
Diligência - Requisitos - Estelionato - Cheque sem fundos - Sigilo bancário - Direito à intimidade - Princípio do contraditório - Prova

ilícita - Teoria dos frutos da árvore envenenada - Absolvição 466

FURTO

Tipicidade - Porte de arma - Ato preparatório - Ato de execução - Dolo - Ausência de grave ameaça - Roubo - Desclassificação do crime - Possibilidade - *Res furtiva* - Pequeno valor - Crime de bagatela - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Furto privilegiado - Crime consumado - Caracterização - Fixação da pena- Circunstâncias judiciais - Culpabilidade 443

FURTO PRIVILEGIADO

Res furtiva - Pequeno valor - Crime de bagatela - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade 443

FURTO QUALIFICADO

Art.. 155, § 2º, II do CP - Delação - Retratação - Valoração da prova - Partícipe - Absolvição - Fraude - Caracterização - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais 396

Chave falsa - Concurso de pessoas - Delação - Valoração da prova - Condenação 424

Concurso de agentes - Art. 155, § 4º do CP - Pena - Aumento previsto no art. 157, § 2º do CP - Causa de aumento de pena prevista para roubo - Aplicação - Inadmissibilidade - Ofensa ao princípio da reserva legal - Circunstância atenuante - Redução da pena aquém do limite legal - Impossibilidade - Súmula 231 do STJ - Recurso exclusivo da acusação - *Reformatio in mellius* - Possibilidade - Art. 617 do CPP - Proibição apenas da *reformatio in pejus* (STJ) . . . 500

- G -

GARANTIA REAL

Hipoteca - Anticrese - Penhor - Usufruto - Credor - Embargos de terceiro - Interesse de agir - Legitimidade passiva - Execução - Penhora - Intimação - Necessidade - Art. 165, II, do CPC 125

GERENTE

Crime contra a ordem tributária - Débito tributário - Pagamento - Extinção da punibilidade - Descaracterização - Denúncia - Notificação - Desnecessidade - Redução de tributo - Nota fiscal - Declaração falsa - Materialidade - Valoração da prova - Pessoa jurídica - Gerente - Responsabilidade penal - Condenação 403

GRATIFICAÇÃO

Inventariante - Exercício da inventariança - Remuneração - Possibilidade - Prêmio - Art. 1.138 do CPC - Analogia - Valor - Critério de fixação 102

GRAVE AMEAÇA

Ausência - Furto - Tipicidade - Porte de arma - Ato preparatório - Ato de execução - Dolo - Roubo - Desclassificação do crime - Possibilidade 443

Extorsão - Crime formal - Vantagem indevida - Crime consumado - Tentativa - Desclassificação do crime - Impossibilidade 456

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Co-autoria - Divisão de tarefas - Circunstância objetiva - Comunicabilidade - Desclassificação do crime - Impossibilidade - *Res furtiva* - Posse - Crime consumado . . 408

Roubo qualificado - Arma de fogo - Violência - Desclassificação do crime para furto - Impossibilidade - *Res furtiva* - Posse - Crime consumado 463

- H -

HABEAS CORPUS

Denegação - Crime contra a administração pública -Testemunha - Residência fora da jurisdição do Juiz - Oitiva - Data de audiência - Intimação da defesa - Ausência - Falta de previsão no art. 222 do CPP - Expedição de carta precatória - Intimação do advogado - Súmula 273 do STJ - Aplicação - Nulidade - Não-ocorrência (STJ) 497

Denegação - Estatuto da Criança e do Adolescente - Arts. 112, 120. § 2º, 121, §§ 3º

e 5º, e 122, § 1º - Medida-socioeducativa - Semiliberdade - Extinção aos dezoito anos de idade diversamente da internação que vai até aos vinte e um anos (STF) 511

HIPOTECA
Execução - Embargos de terceiro - Compromisso de compra e venda - Contrato celebrado entre devedor e embargante antes da instauração do processo executivo - Executado - Hipoteca posterior - Impossibilidade 364

HOMICÍDIO
Latrocínio - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Dolo - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Condenação 471

HOMICÍDIO CULPOSO
Erro médico - Negligência - Valoração da prova - Condenação - Pena de multa - Redução - Impossibilidade 383

HOMICÍDIO QUALIFICADO
Agressões recíprocas - Perseguição empreendida pela vítima - Reação do réu - Surpresa - Circunstância qualificadora - Descaracterização - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Veredicto - Cassação 447

HONORÁRIOS DE ADVOGADO
Fixação - Abusividade ou ilegalidade - Inexistência - Patamar estipulado na sentença - Manutenção 261

Fixação - Apreciação eqüitativa do Juiz . . . 265

Inaplicabilidade no processo penal - Ação penal pública - Sucumbência - Inexistência. . . 459

HONORÁRIOS DE PERITO
Perícia contábil - Valor - Redução - Representação comercial - Comissão - Ação de cobrança - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - Produção de prova - Necessidade - Matéria de fato - Pessoa jurídica - Pobreza - Ausência de Prova - Assistência judiciária - Indeferimento - Voto Vencido 358

HOSPITAL
Responsabilidade solidária - Cirurgia - Morte - Culpa - Médico - Dano moral - Dano material - Indenização 288

- I -

ICMS
Não-incidência - Provedor de acesso à internet - Serviço de valor adicionado ao serviço de telecomunicação - Lei 9.472/97 - ISSQN - Incidência 94

ILEGITIMIDADE PASSIVA - Vide: *Legitimatio ad causam*

IMÓVEL
Aluguel - Dúvida sobre quem deva receber - Discussão acerca da propriedade do bem - Pendência de julgamento em mandado de segurança - Consignação em pagamento - Suspensão do processo - Art. 265, IV, *a*, do CPC - Aplicabilidade 133

Condomínio - Extinção - Abandono pelo condômino - Pedido improcedente 117

Taxa de fruição - Pagamento - Compra e venda de imóvel - Inadimplemento do comprador - Rescisão contratual c/c reintegração de posse - Possibilidade 130

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO
Inexistência - Procuração - Falsificação - Lavratura de escritura de compra e venda de imóvel com procuração falsa - Ação de indenização por ato ilícito aviada contra tabelião - Providência judicial pretendida pelo autor - Existência no ordenamento jurídico - Preliminar rejeitada 214

Medida cautelar - Exibição de documento - Pessoa que não será parte na ação principal - Terceiro na relação jurídica - Ilegitimidade passiva - Petição inicial - Indeferimento - Impossibilidade jurídica do pedido 152

IMPOSTO DE RENDA
Restituição - Valores não recebidos em vida pelo *de cujus* - Dependentes habilitados per-

ante a Previdência Social - Destinação da verba - Arts. 1º e 2º da Lei 6.858/80 - Sucessores excluídos - Legalidade - Irresignação - Não-provimento 124

IMPRENSA

Jornal - Matéria divulgada - Ofensa à honra - Dano moral - Indenização - Proprietário do veículo de divulgação - Autor do escrito - Legitimidade passiva - Súmula 221 do STJ 338

IMPRESCRITIBILIDADE

Improbidade administrativa - Dano ao erário - Agente público - Dever de indenizar . . . 241

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ação civil pública - Agente público - Licitação - Fraude - Dano ao erário - Dever de indenizar - Imprescritibilidade - Comissão de licitação - Responsabilidade solidária - Sanção administrativa - Prescrição - Prazo - Lei 8.429/92, art. 23, I - Aplicabilidade - Medida cautelar - Requisitos - Observância - Indisponibilidade dos bens - Possibilidade 241

INADIMPLEMENTO

Compromisso de compra e venda de imóvel - Rescisão contratual c/c reintegração de posse - Possibilidade - Parcelas pagas - Devolução - Benfeitorias - Indenização - Taxa de fruição do imóvel - Pagamento . 130

INAUDITA ALTERA PARTE

Liminar - Concessão - Reintegração de posse - MST - Invasão de terreno - Ministério Público - Ausência de intimação - Nulidade - Não-ocorrência - Local do litígio - Vistoria pelo Juiz - Inexistência - Substituição por relatório da polícia militar - Possibilidade - Audiência de justificação - Desnecessidade - Função social da propriedade - Apreciação na ação possessória - Descabimento - Posse - Esbulho - Prova - Procedência do pedido 175

INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL

Instauração - Dúvida quando à higidez mental do réu - Existência - Indeferimento de pedido - Cerceamento de defesa 400

INCONSTITUCIONALIDADE

Incidente - Lei n. 11.051/2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830/80 - Prescrição intercorrente do crédito tributário - Reconhecimento de ofício pelo Poder Judiciário - Norma de caráter processual - Reforma - Lei ordinária - Suficiência - Art. 24, I e XI da CF - Direito material declinado pela fazenda pública - Ausência de modificação - Norma .geral de direito tributário - Não-caracterização - Lei complementar - Desnecessidade - Art. 146 da CF - Violação - Não-ocorrência - Incidente de inconstitucionalidade - Desacolhimento - Voto vencido 76

Vide também: Ação direta de inconstitucionalidade

INDENIZAÇÃO

Ação de obrigação dar c/c indenização por perdas e danos - Litisconsórcio necessário - Inexistência - Denunciação da lide - Impossibilidade - Art. 70, III do CPC - Requisitos - Ausência - Indenização - Contrato - Direito de regresso - Cláusula expressa - Inexistência 334

Acidente de trânsito - Veículo conduzido por terceiro - Proprietário - Culpa *in vigilando* - Responsabilidade solidária - Condutor - Culpa - Seguradora - Direito de regresso - Prejuízo - Prova - Nota fiscal - Recibo de quitação - Orçamento único - Custas recursais - Pagamento pela parte - Assistência judiciária - Concessão - Impossibilidade 229

Arrendamento mercantil - Inadimplemento - Veículo roubado - Fundamento insuficiente - Obrigatoriedade de seguro - Responsabilidade do arrendatário - Valor do bem arrendado - Dever de indenizar 237

Dano material - Dano moral - Cirurgia - Morte - Culpa - Médico - Hospital - Responsabilidade solidária - Valor - Critério de fixação . . . 288

Dano material - Dano moral - Transporte aéreo - Extravio de bagagem - Convenção de Varsóvia - Inaplicabilidade - Relação de consumo - CDC - Inversão do ônus da prova - Possibilidade - Q*uantum* indenizatório - Critério de Fixação 272

Dano moral - Abuso na veiculação de imagens por canal de televisão - Desrespeito à honra e dignidade - *Quantum* indenizatório - Redução (STJ) 479

Dano moral - Configuração - Vendedor ambulante - Mercadoria - Apreensão por agente fiscal da municipalidade - Poder de polícia - Ato administrativo - Vício de motivo - Ilegalidade - Município - Responsabilidade civil - Dever de indenizar 195

Dano moral - Direito à própria imagem - Fotografia - Publicação sem autorização - Dever de indenizar - Valor - Critério de fixação 135

Dano moral - Furto de aparelho celular - Operadora - Ausência de bloqueio da linha - Nome do usuário - Cadastros restritivos de crédito - Negativação - Ato ilícito - Comunicação do fato - Prova - Consumidor - Hipossuficiência - Facilitação da defesa - Inversão do ônus da prova - Art. 6º, VIII, do CDC - Art. 333, II, do CPC - Relação de consumo - Fornecedor de serviços - Responsabilidade objetiva - Q*uantum* indenizatório - Critério de fixação 254

Dano moral - Imprensa - Matéria divulgada - Ofensa à honra - Proprietário do veículo de divulgação - Autor do escrito - Legitimidade passiva - Súmula 221 do STJ 338

Dano moral - Inexistência - Advogado - Representação perante a OAB - Exercício regular do direito - Ato ilícito - Não-ocorrência - Dever de indenizar - Ausência . . . 186

Dano moral - Prisão ilegal - Falha administrativa - Responsabilidade objetiva do Estado . . 227

Dano moral - Rede de esgoto - Refluxo - Decisão - Alcance dos autores da segunda ação versando sobre o mesmo pedido - Membros da mesma família - Coisa julgada - Aplicação de efeito negativo - Possibilidade mesmo inexistindo a tríplice identidade 146

Dano moral - Valor - Critério de fixação - Cadastro de inadimplentes - Dívida paga - Negativação indevida de nome 301

Descabimento - Dano moral - Ausência - Hemominas - Exame de sangue - Resultado Falso Positivo - HIV - Dano - Fato administrativo - Nexo causal - Inexistência - Responsabilidade objetiva do Estado - Não-configuração 367

Descabimento - Dano moral - Ausência de prova - Marca notória - Proteção especial - Nome comercial - Semelhança - Utilização - Impossibilidade - Propriedade industrial - Violação - Concorrência desleal - Não-ocorrência - Dolo - Inexistência - Lucro cessante - Direito não comprovado 326

Descabimento - Dano moral - Não-configuração - Veículo - Aquisição - Vistoria - Adulteração de chassi - Laudo do Detran - Insuficiência - Perícia - Determinação - Prova - Juiz - Princípio da íntima convicção - Laudo pericial - Conclusão - Defeito no veículo - Ausência - Adquirente - Sofrimento de dano moral - Inexistência - Ação ordinária - Improcedência do pedido 331

Seguro - DPVAT- Acidente de trânsito - Trator - Seguradora - Legitimidade passiva - Dever de indenizar - Valor - Critério de fixação - Salário mínimo - Legalidade - Correção monetária - Incidência - Litigância de má-fé - Não-caracterização - Honorários de advogado - Fixação 265

Seguro - Veículo - Sinistro - Perda total - Perícia - Obrigatoriedade - Lucros cessantes - Valores recebidos - Verificação - Declaração de renda - Ofício à Receita Federal - Necessidade - Prova - Unilateralidade - Descabimento 205

Seguro de saúde - Obesidade mórbida - Redução de estômago - Gastroplastia - Cobertura contratual - Retirada de excesso de pele - Cirurgia reparadora - Caráter estético - Ausência - Parte integrante do tratamento da gastroplastia - Cobertura pelo seguro - Obrigatoriedade - Despesas médicas efetuadas pelo segurado - Ressarcimento - Ação de cobrança - Procedência do pedido 340

Seguro de vida - Suicídio - Premeditação - Má-Fé - Prova - Ausência - Doença preexistente - Exame médico - Avaliação prévia - Não-ocorrência - Cobertura - Obrigatoriedade - Ação de cobrança - Procedência do pedido 295

Serviço notarial e de registro - Oficial de registro e notários - Danos causados a terceiros - Procuração - Falsificação - Lavratura de escritura de compra e venda com Procuração falsa - Tabelião - Dever de indenizar - Lei 8.935/94 - Dano material - Dano moral - Valor - Critério de fixação - Condição da ação - Requisitos - Observância - Sucumbência recíproca 214

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA
Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Coação irresistível - Obediência hierárquica - Excludente de culpabilidade - Condenação 408

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO
Natureza gravíssima - Permissão para dirigir - Carteira Nacional de Habilitação - Substituição - Negativa - Legalidade - Processo administrativo regular - Art. 148, §§ 3º e 4º do Código de Trânsito Brasileiro - Aplicação - Direito líquido e certo - Inexistência - Mandado de Segurança - Denegação da ordem 346

INTERESSE DE AGIR
Ausência - Embargos de Terceiro - Penhora da nua propriedade - Ausência de turbação ou esbulho da posse - Usufrutuário - Interesse processual - Inexistência 303

Embargos de terceiro - Credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou usufrutuário - Legitimidade passiva - Interesse de agir - Execução - Penhora - Intimação - Necessidade - Art. 615, II do CPC 125

Existência - Procuração - Falsificação - Lavratura de escritura de compra e venda de imóvel com procuração falsa - Ação de indenização por ato ilícito aviada contra tabelião - Necessidade/utilizada da providência judicial - Adequação do procedimento eleito - Interesse processual evidenciado - Preliminar rejeitada 214

Prestação de contas - Cartão de Crédito - Faturas mensais - Lançamento - Divergência - Titular de cartão de crédito - Interesse processual 306

INTERESSE PROCESSUAL - Vide: Interesse de agir

INTERNET
Provedor de acesso - Serviço de valor adicionado ao serviço de telecomunicação - Lei 9.472/97 - ISSQN - Incidência 94

INTERPRETAÇÃO
Princípio da insignificância - Crime de bagatela - Apropriação indébita - Absolvição . . . 400

INTIMAÇÃO
Data da audiência de oitiva de testemunha residente fora da jurisdição do Juiz - Intimação da defesa - Ausência - Falta de previsão no art. 222 do CPP - Expedição de carta precatória - Intimação do advogado - Súmula 273 do STJ - Aplicação - Nulidade - Não-ocorrência (STJ) 497

Necessidade - Embargos de terceiro - Credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou usufrutuário - Legitimidade passiva - Interesse de agir - Execução - Penhora - Art. 615, II do CPC - Aplicabilidade 125

INVENTARIANÇA
Exercício - Inventariante - Remuneração - Possibilidade - Gratificação - Prêmio - Art. 1138 do CPC - Analogia - Valor - Critério de fixação 102

INVENTARIANTE
Exercício da inventariança - Remuneração - Gratificação - Possibilidade - Prêmio - Art. 1.138 do CPC - Analogia - Valor - Critério de fixação 102

INVENTÁRIO
Assistência judiciária - Concessão parcial - Impossibilidade - Carta de adjudicação -

Registro no cartório de imóveis - Emolumentos - Taxa judiciária - Isenção - Lei 1.060/50 - Aplicabilidade 150

Imposto de Renda - Restituição - Valores não recebidos em vida pelo *de cujus* - Restituição - Dependentes habilitados perante a Previdência Social - Destinação da verba - Arts. 1º e 2º da Lei 6.858/80 - Sucessores excluídos - Legalidade - Irresignação - Não-provimento 124

Partilha - Bens do espólio - Constituição de condomínio - Imóvel em que residia o casal - Inclusão na meação do cônjuge supérstite - Possibilidade - Sentença homologatória contra a vontade das partes - Anulabilidade 112

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE
Cumulação com alimentos - Registro civil - Ação anulatória - Pai registral - Pai natural - Litisconsórcio passivo necessário - Citação - Ausência - Sentença - Ineficácia 181

IPVA
Isenção - Veículo adaptado - Deficiente físico - Uso exclusivo - Aprovação em exame de direção - Ausência de prova - Art. 3º da Lei Estadual 14.937/03 - Art. 7º do Decreto Estadual 43.709/03 - Descumprimento - Concessão do benefício - Impossibilidade - Mandado de segurança - Denegação da ordem 321

ISENÇÃO TRIBUTÁRIA
IPVA - Veículo adaptado - Deficiente físico - Uso exclusivo - Aprovação em exame de direção - Ausência de prova - Art. 3º da Lei Estadual 14.937/03 - Art. 7º do Decreto Estadual 43.709/03 - Descumprimento - Concessão do benefício - Impossibilidade - Mandado de segurança - Denegação da Ordem . . . 321

ISONOMIA
Educador infantil - Professor municipal - Identidade de funções - Ausência - Equiparação salarial - Impossibilidade . . 99

ISS
Empresa de concretagem - Material empregado - Dedução do preço total da prestação de serviços - Base de cálculo - Art. 7º, § 2º, I da LC 116/2003 - Art. 146 da CF 257

Incidência - Internet - Provedor de acesso - Serviço de valor adicionado ao serviço de telecomunicação - Lei 9.472/97 - ICMS - Não-incidência 94

Serviço de vigilância eletrônica e monitoramento de área - Previsão no item 11.02 da lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/2003 - Prestação de serviço de comunicação - Não-caracterização - ISSQN - Incidência 105

ISSQN - Vide: ISS

- J -

JORNAL - Vide: Imprensa

JUIZ
Princípio da íntima convicção - Prova - Perícia - Determinação - Veículo - Aquisição - Vistoria - Adulteração de chassi - Laudo do Detran - Insuficiência - Laudo pericial - Conclusão - Ausência de defeito no veículo - Adquirente - Dano moral - Não-configuração - Indenização - Descabimento - Ação ordinária - Improcedência do pedido 331

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE
Anuência da parte - Cerceamento de defesa - Inocorrência 125

Impossibilidade - Produção de prova - Necessidade - Matéria de fato 358

Questão de direito - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência 191

JÚRI - Vide: Tribunal do Júri

JUROS
Capitalização - Inadmissibilidade 161

JUROS DE MORA
Valor - Fixação - Direito de retenção - Rescisão contratual - Bem imóvel - Compromisso de compra e venda - Inadimplemento -

Cláusula penal - Redução - Possibilidade - Art. 924 do CC/1916 - Arras - Restituição total - Devolução de prestações 108

- L -

LEGADO

Universalidade - Testamento - Nulidade - Não-ocorrência - Conta corrente - Aplicação financeira - Especificação - Desnecessidade - Irregularidade - Inexistência 147

LEGITIMATIO AD CAUSAM

Dano moral - Imprensa - Matéria divulgada - Ofensa à honra - Indenização - Proprietário do veículo de divulgação - Autor do escrito - Legitimidade passiva - Súmula n. 221 do STJ 338

Embargos de terceiro - Credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou usufrutuário - Legitimidade passiva - Interesse de agir - Execução - Penhora - Intimação - Necessidade - Art. 615, II do CPC 125

Exceção de pré-executividade - Título executivo extrajudicial - Nota promissória - Aval - Cônjuge - Consentimento - Co-devedor - Não-caracterização -Ilegitimidade passiva . . . 282

Medida cautelar - Exibição de documento - Pessoa que não será parte na ação principal - Terceiro na relação Jurídica - Ilegitimidade passiva - Petição Inicial - Indeferimento - Impossibilidade jurídica do pedido 152

Obrigação de fazer - Empresa falida - Ex-sócio - Pedido de cumprimento de obrigação pelo síndico - Acolhimento 120

Prestação de contas - Cartão de crédito - Faturas mensais - Lançamentos - Discordância pelo titular do cartão - Banco que concedeu o empréstimo - Administradora do cartão de crédito - Legitimidade passiva 306

Seguro obrigatório - DPVAT - Indenização - Acidente de trânsito - Trator - Seguradora - Legitimidade passiva - Dever de indenizar 265

Taxa de condomínio - Inadimplemento - Pagamento - Responsabilidade - Promissário comprador - Posse com *aninus domini* - Compromisso de compra e venda - Registro - Ausência - Irrelevância - Ação de cobrança - Promitente vendedor - Ilegitimidade passiva 202

Uniformização de jurisprudência - Tribunal de Contas - Condenação - Certidão de débito - Execução - Ministério Público - Ilegitimidade passiva - Voto vencido 63

LEGITIMIDADE ATIVA - Vide: *Legitimatio ad causam*

LEGITIMIDADE PASSIVA - Vide: *Legitimatio ad causam*

LEI

n. 4.591/64, art. 10, § 2º - Condomínio - Prédio - Alteração de fachada - Ausência de prova - Assembléia de condôminos - Q*uorum* de deliberação da unanimidade - Desnecessidade - Convenção de condomínio - Q*uorum* previsto - Prevalência 323

n. 5.474/68, art. 20, § 3º - Título executivo extrajudicial - Duplicata sem aceite protestada - Prestação de serviços - Título executivo acompanhado de documento e de contrato autorizador - Validade - Requisitos de executividade - Complemento 225

n. 5.991/73 - Farmácias e drogarias - Recebimento de contas públicas - Possibilidade - Riscos à saúde e à segurança públicas - Não-ocorrência - Desvio de finalidade - Descaracterização - Município - Poder de polícia - Ausência de previsão legal para restrição - Mandado de segurança - Concessão da ordem 232

n. 6.830/80, art. 40 - Acréscimo do § 4º pela Lei 11.051/2004 Inconstitucionalidade - Inexistência - Voto vencido 76

n. 6.858/80, art. 1º e 2º - Imposto de renda - Restituição - Valores não recebidos em vida pelo *de cujus* - Dependentes habilitados na previdência social - Destinação da verba - Sucessores excluídos - Legalidade . . . 124

n. 6.938/81, art. 14, § 1º - Dano ao meio ambiente - Responsabilidade objetiva - Indenização 268

n. 7.210/84, art. 126 - Analogia - Remição da pena pelo estudo 387

n. 8.078/90 - Vide: Código de Defesa do Consumidor

n. 8.247/95 - Lei do Inquilinato - Locação não-residencial - *Shopping Center* - Aplicabilidade 211

n. 8.429/92 , art. 23, I - Aplicabilidade - Improbidade administrativa - Dano ao erário - Seção administrativa - Prescrição qüinqüenal . . . 241

n. 8.666/93, art. 13, 25 e 89 - Crime do art. 89 da Lei de Licitação - Não configuração - Ausência de dolo - Atipicidade - Absolvição - Art. 386, III, do CPP - Licitação - Inexigibilidade 432

n. 8.906/94, art. 34, XXI - Advogado - Mandatário - Prestação de contas - Dever - Ausência - Infração disciplinar 191

n. 8.935/94 - Oficial de registro e notários - Danos a terceiros - Dever de indenizar . 214

n. 9.394/96, art. 53, VI - Colação de grau - Participação simbólica - Grade curricular - Não-conclusão - Ação cominatória - Obrigação de fazer - Medida cautelar - Liminar - Ausência de plausibilidade jurídica do pedido 122

n. 9.472/97 - Internet - Provedor de Acesso - Serviço de valor adicionado ao serviço de telecomunicação - ISSQN - Incidência - ICMS - Não-incidência 94

n. 9.494/1997 - Acréscimo do art. 1º-B pelo art. 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001 - Ação declaratória de constitucionalidade - Liminar deferida - Aplicação do art. 21, caput, da Lei 9.868/1999 - Suspensão de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Lei 9.494/1997 - Fazenda Pública - Embargos à execução - Prazos previstos no art. 730 do CPC e no art. 884 CLT - Ampliação - Limites constitucionais de urgência e relevância não ultrapassados - Dissídio jurisprudencial sobre a norma (STF) . . . 505

n. 9.503/97, art 148, §§ 3º e 4º - Permissão para dirigir - Infração de trânsito gravíssima - Carteira Nacional de Habilitação - Substituição - Negativa - Legalidade - Processo administrativo regular - Direito líquido e certo - Inexistência - Mandado de Segurança - Denegação da ordem 346

n. 9.868/1999, art. 21, *caput* - Aplicação - Ação declaratória de constitucionalidade - Liminar deferida - Suspensão de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Lei Federal 9.494/1997 acrescentado pelo art. 4º da Medida provisória 2.180-35/2001 - Fazenda Pública - Embargos à execução - Prazos previstos no art. 730 do CPC e no art. 884 CLT - Ampliação - Limites constitucionais de urgência e relevância não ultrapassados - Dissídio jurisprudencial sobre a norma (STF) . . 505

n. 11.051/2004, art. 6º - Acréscimo do § 4º ao art. 40 da Lei 6.830/80 - Inconstitucionalidade - Inexistência - Voto vencido 76

n. 11.343/2006 - Retroatividade - Tráfico de entorpecentes - Aplicação imediata - Associação eventual - Majorante da pena - Inexistência na nova lei - Acréscimo imposto - Decote - Usuário de drogas - Situação mais benigna ao acusado - Art. 2º do CP - Aplicabilidade 451

n. 14.939/03, art.. 10 - Processo penal - Custas - Isenção - Princípio da isonomia - Insuficiência de recursos - Prova - Ausência - Parte não beneficiária da assistência judiciária - Impossibilidade 424

n. 15.424/04 - Emolumentos - Taxa judiciária - Isenção - Carta de adjudicação - Registro no Cartório de Imóveis - Inventário - Assistência judiciária - Concessão parcial - Impossibilidade - Lei 1.060/50 - Aplicabilidade . . 150

LEI COMPLEMENTAR
n. 101/2000, art. 21, parágrafo único - Lei de responsabilidade fiscal - Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal - Aumento de despesa com pessoal cento e oitenta dias antes do término do mandato do prefeito - Nulidade do ato 61

n. 116/2003, art. 7º, § 2º, I - ISS - Base de cálculo - Empresa de concretagem - Material empregado - Dedução do preço total da prestação de serviços 257

n. 116/2003, item 11.02 da lista de serviços anexa - Serviço de vigilância eletrônica e monitoramento de área - ISSQN - Incidência 105

LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL
Art. 21, Parágrafo único - Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal - Aumento de despesa com pessoal cento e oitenta dias antes do término do mandato do prefeito - Nulidade do ato 61

LEI DO INQUILINATO
Aplicabilidade - *Shopping Center* - Locação não-residencial - Atividade comercial - Insucesso - Risco do lojista - Perdas e danos - Empreendedor - Princípio da boa-fé objetiva - Violação - Inocorrência - Culpa - Ausência - Responsabilização - Impossibilidade - Locação não-residencial - Benfeitorias - Indenização - Renúncia - Previsão - Contrato - Prazo - Rescisão unilateral antecipada - Multa - Cláusula abusiva - Descaracterização - Resolução do contrato c/c indenização por perdas e danos - Improcedência do pedido 211

LEI ESTADUAL
n. 14.937/03, art. 3º - Descumprimento - IPVA - Isenção - Veículo adaptado - Deficiente físico - Uso exclusivo - Aprovação em exame de direção - Ausência de prova - Concessão do benefício - Impossibilidade - Mandado de segurança - Denegação da Ordem . . . 321

LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE
Ônus da prova - Princípio *in dubio pro reo* - Absolvição 377

LICITAÇÃO
Dispensa fora das hipóteses prevista em lei - Crime do art. 89 da Lei 8.666/93 - Não-configuração - Empresa que presta serviço singular e ostenta notória especialização - Inexigibilidade de procedimento licitatório - Ausência de dolo - Atipicidade - Absolvição - Art. 386, III, do CPP 432

Fraude - Ação civil pública - Improbidade administrativa - Agente público - Dano ao erário - Dever de indenizar - Imprescritibilidade - Comissão de licitação - Responsabilidade solidária - Sanção administrativa - Prescrição - Prazo - Lei 8.429/92 - Aplicabilidade - Medida cautelar - Requisitos - Observância - Indisponibilidade dos bens - Possibilidade 241

LIMINAR
Inaudita altera parte - Concessão - Reintegração de posse - MST - Invasão de terreno - Ministério Público - Ausência de intimação - Nulidade - Não-ocorrência - Local do litígio - Vistoria pelo Juiz - Inexistência - Substituição por relatório da Polícia Militar - Possibilidade - Audiência de justificação - Desnecessidade - Função social da propriedade - Apreciação na ação possessória - Descabimento - Posse - Esbulho - Prova - Procedência do pedido . . 175

LIMITE DE IDADE
Educação infantil - Estabelecimento de ensino estadual - Ensino fundamental - Matrícula - Indeferimento - Ilegalidade - Prática abusiva - Inconstitucionalidade 115

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ
Não-configuração 265

LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO
Inexistência - Ação de obrigação dar c/c indenização por perdas e danos - Denunciação da lide - Impossibilidade - Art. 70, III do CPC - Requisitos - Ausência - Indenização - Contrato - Direito de regresso - Cláusula expressa - Inexistência 334

LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO
Ação anulatória - Registro civil - Investigação de paternidade - Alimentos - Pai registral - Pai

natural - Citação - Ausência - Sentença - Ineficácia 181

LOCAÇÃO NÃO-RESIDENCIAL

Benfeitorias - Indenização - Renúncia - Previsão - Contrato - Prazo - Rescisão unilateral antecipada - Multa - Cláusula abusiva - Descaracterização - *Shopping Center* - Regulamentação legal própria - Inexistência - Lei n. 8.245/95 - Aplicabilidade - Atividade comercial - Insucesso - Risco do lojista - Perdas e danos - Empreendedor - Princípio da boa-fé objetiva - Violação - Inocorrência - Culpa - Ausência - Responsabilização - Impossibilidade - Resolução do contrato c/c indenização por perdas e danos - Improcedência do pedido . . 211

LUCRO CESSANTE

Direito não comprovado - Marca notória - Proteção especial - Nome comercial - Semelhança - Utilização - Impossibilidade - Propriedade industrial - Violação - Concorrência desleal - Não-ocorrência - Dolo - Inexistência - Dano moral - Ausência de prova - Indenização - Descabimento 326

Valor - Prova - Unilateralidade - Impossibilidade - Valores recebidos - Verificação - Declaração de renda - Ofício à Receita Federal - Necessidade Seguro - Veículo - Sinistro - Indenização . 205

- M -

MANDADO DE SEGURANÇA

Concessão - Ato administrativo - Anulação - Motivação válida - Indispensabilidade - Remoção de pessoal - Necessidade de Portaria, nos termos da lei orgânica do município - Utilização de decreto - Norma hierarquicamente superior - Possibilidade - Ato anulatório - Vício de forma - Ausência 173

Concessão - Concurso público - Atestado de bons antecedentes - Requisito para a posse - Exigência - Descabimento - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Art. 5º, LVII, da CF 91

Concessão - Concurso público - Vaga única - Deficiente físico - Preferência - Inexistência - Provimento de cargo - Ordem de classificação - Observância - Obrigatoriedade - Deficiente físico classificado em ordem inferior ao do impetrante - Nomeação - Desrespeito à ordem de classificação - Lesão a direito líquido e certo 270

Concessão - Farmácias e drogarias - Recebimento de contas públicas - Possibilidade - Riscos à saúde e à segurança públicas - Não-ocorrência - Desvio de finalidade - Descaracterização - Município - Poder de polícia - Ausência de previsão legal para restrição - Lei n. 5.991/73 - Vedação - Inexistência 232

Denegação - Concurso público - Candidato - Aprovação fora do número de vagas - Nomeação - Ausência de direito líquido e certo 279

Denegação - IPVA - Isenção - Veículo adaptado - Deficiente físico - Uso exclusivo - Aprovação em exame de direção - Ausência de prova - Art. 3º da Lei Estadual 14.937/03 - Art. 7º do decreto estadual 43.709/03 - Descumprimento - Concessão do benefício - Impossibilidade 321

Denegação - Permissão para dirigir - Infração de trânsito gravíssima - Carteira Nacional de Habilitação - Substituição - Negativa - Legalidade - Processo administrativo regular - Art. 148, §§ 3º e 4º do Código de Trânsito Brasileiro - Aplicação - Direito líquido e certo - Inexistência 346

Pendência de julgamento - Discussão sobre a propriedade de imóvel alugado - Aluguel - Dúvida sobre quem deva receber - Consignação em pagamento - Suspensão do processo - Art. 265, IV,a do CPC - Aplicabilidade . . 133

MANDATO

Mandatário - Prestação de contas - Dever - Ausência - Advogado - Infração disciplinar - Art. 34, XXI, da Lei 8.906/94 - Art. 668, do CC/2002 - Inobservância - Prestação de contas na esfera extrajudicial - Prova - Inexistência 191

MANUTENÇÃO DE POSSE
Bem público de uso comum - Esbulho - Medida de Proteção - Particular - Possibilidade Jurídica do Pedido 154

MARCA NOTÓRIA
Proteção especial - Nome comercial - Semelhança - Utilização - Impossibilidade - Propriedade industrial - Violação - Concorrência desleal - Não-ocorrência - Dolo - Inexistência - Lucro cessante - Dano moral - Ausência de prova - Indenização - Descabimento . . . 326

MATERIALIDADE
Crime contra a ordem tributária - Débito tributário - Pagamento - Extinção da punibilidade - Descaracterização - Denúncia - Notificação - Desnecessidade - Redução de tributo - Nota fiscal - Declaração falsa - Materialidade - Valoração da prova - Pessoa jurídica - Gerente - Responsabilidade penal - Condenação . 403

Latrocínio - Autoria - Valoração da prova - Dolo - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Condenação 471

Peculato - Crime contra as finanças públicas - Ordenação de despesa não autorizada - *Emendatio libelli* - Emprego irregular de verbas públicas - Autoria - Valoração da prova - Condenação - Pena de multa 373

Tortura - Ausência de prova - Ministério Público - Ônus da prova - Absolvição 393

Tráfico de entorpecentes - Autoria - Valoração da prova - Condenação 451

MATRÍCULA
Indeferimento - Estabelecimento de ensino estadual - Educação infantil - Ensino fundamental - Escola estadual - Limite de idade - Ilegalidade - Prática abusiva - Inconstitucionalidade . . . 115

MÉDICO
Cirurgia - Morte - Culpa - Indenização - Dano material - Dano moral - Valor - Critério de Fixação 288

MEDIDA CAUTELAR
Exibição de documento - Ação principal - Justiça Federal - Incidente processual - Justiça Comum - Incompetência absoluta - Preliminar - Nulidade - Declaração de ofício . 96

Liminar - Ação cominatória - Obrigação de fazer - Colação de grau - Participação simbólica - Grade Curricular - Não-conclusão - Ausência de plausibilidade jurídica do pedido - Art. 53, VI da Lei 9.394/96 122

Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação - Verossimilhança das alegações - Desenho industrial - Patente - Registro no INPI - Utilização indevida - Ato ilícito - Desrespeito ao art. 42 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) - Concorrência desleal - Continuidade da comercialização -objetos indevidamente produzidos - Busca e apreensão - Possibilidade - Produção antecipada de provas - Vistoria de livros contábeis - Cabimento . 314

Requisitos - Observância - Ação civil pública - Agente público - Dano ao erário - Indisponibilidade de bens - Possibilidade . . . 241

Exibição de documento - Pessoa que não será parte na ação principal - Terceiro na relação jurídica - Ilegitimidade passiva - Petição inicial - Indeferimento - Impossibilidade jurídica do pedido 152

MEDIDA PROVISÓRIA
2.180-35/2001, art. 4º - Acréscimo do art. 1º-B à Lei Federal 9.494/1997 - Fazenda Pública - Embargos à execução - Prazos previstos no art. 730 do CPC e no art. 884 CLT - Ampliação - Limites constitucionais de urgência e relevância não ultrapassados - Dissídio jurisprudencial sobre a norma - Ação declaratória de constitucionalidade - Liminar deferida - Aplicação do art. 21, caput, da Lei 9.868/1999 - Suspensão de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Lei 9.494/1997 acrescido pelo art. 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001 (STF) 505

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA
Semiliberdade - Extinção aos dezoito anos de idade inversamente da internação que vai

até os vinte e um anos - Estatuto da criança e do adolescente - Art. 112, 120. § 2º, 121, §§ 3º e 5º, e 122, § 1º - *Habeas corpus* - Denegação da ordem (STF) 511

MEIO AMBIENTE

Dano - Ação civil pública - Construção irregular em área de proteção ambiental - Interesse coletivo - Prevalência - Demolição - Necessidade - Dano moral coletivo - Inexistência 283

Dano - Responsabilidade 268

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Nota biográfica - Desembargador Ayrton Maia .13

Nota histórica - A visita da família real ao Tribunal da Relação de Ouro Preto... 17

MENOR

Situação de risco - Pedido de suspensão de poder familiar cumulada com medida de proteção - Ministério Público - Requerimento - Procedência do pedido - Réus em lugar incerto e não sabido - Citação por edital - Possibilidade - Art. 158, parágrafo único da Lei 8.069/90 - Violação - Inexistência . . 110

MERCADORIA

Seguro - Roubo - Furto - Patrimônio próprio - Proteção - Pessoa jurídica - CDC - Aplicabilidade - Carga - Transporte - Motorista - Apropriação indébita - Cobertura - Contrato - Exclusão expressa - Ausência - Cláusula contratual - Consumidor - Interpretação mais favorável - Art. 47 da Lei 8.078/90 - Dever de indenizar 349

Vendedor ambulante - Apreensão das mercadorias por agente fiscal da municipalidade - Poder de polícia - Ato administrativo - Vício de motivo - Ilegalidade - Dano moral - Configuração - Indenização - Município - Responsabilidade civil - Dever de indenizar 195

MINISTÉRIO PÚBLICO

Ônus da prova - Tortura - Policial civil - Materialidade - Ausência de prova - Absolvição 393

MORA

Mora *ex tempore* - Alienação fiduciária - Contrato - Financiamento - Prestação - Não-pagamento - Notificação - Assinatura por terceiro - Comunicação - Eficácia - Art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 611/1969 343

MST

Invasão de terreno - Reintegração de posse - Liminar *inaudita altera parte* - Concessão - Ministério Público - Ausência de intimação - Nulidade - Não-ocorrência - Local do litígio - Vistoria pelo Juiz - Inexistência - Substituição por relatório da Polícia Militar - Possibilidade - Audiência de Justificação - Desnecessidade - Função social da propriedade - Apreciação na ação possessória - Descabimento - Posse - Esbulho - Prova - Procedência do Pedido . 175

MULTA

Atraso no cumprimento da decisão judicial - Aplicação de multa posterior ao cumprimento da obrigação - Previsão Legal - Ausência - Astreinte - Inaplicabilidade 221

MULTA COMINATÓRIA

Descumprimento de ordem judicial - Valor - Critério de fixação 317

MULTA CONTRATUAL

Locação não-residencial - Prazo - Rescisão unilateral antecipada do contrato - Multa - Previsão - Cláusula abusiva - Descaracterização . . 211

MUNICÍPIO

Emissão de título contra a municipalidade - Vedação legal - Ausência - Art. 5º da Resolução 43/2001 do Senado Federal - Execução por título extrajudicial - Título protestado em comarca diversa - Nulidade - Não-ocorrência - Duplicata sem aceite Protestada - Título executivo acompanhado de documento e de contrato autorizador de prestação de serviços - Validade - Requisitos de executividade - Complemento - Art. 20, § 3º da Lei 5.474/68 225

- N -

NEGLIGÊNCIA

Homicídio culposo - Erro médico - Valoração da prova - Condenação 383

NEGÓCIO JURÍDICO DE CRÉDITO
A eficácia da boa-fé objetiva no negócio jurídico de crédito - Carlos Frederico Braga da Silva - Doutrina 21

NOME COMERCIAL
Marca notória - Proteção especial - Utilização de nome semelhante - Impossibilidade - Propriedade industrial - Violação - Concorrência desleal - Não-ocorrência - Dolo - Inexistência - Lucro cessante - Dano moral - Ausência de prova - Indenização - Descabimento . . . 326

NOTA BIOGRÁFICA
Desembargador Ayrton Maia - Memória do Judiciário Mineiro 13

NOTA FISCAL
Declaração falsa - Crime contra a ordem tributária - Débito tributário - Pagamento - Extinção da punibilidade - Descaracterização - Denúncia - Notificação - Desnecessidade - Redução de tributo - Materialidade - Valoração da prova - Pessoa jurídica - Gerente - Responsabilidade penal - Condenação 403

NOTA HISTÓRICA
Memória do Judiciário Mineiro - A visita da família real ao Tribunal da Relação de Ouro Preto. 17

NOTÁRIO
Danos causados a terceiros - Dever de indenizar - Lei 8.935/94 - Procuração - Falsificação - Lavratura de escritura de compra e venda com procuração falsa - Dano material e dano moral - Indenização . . 214

NOTAS E COMENTÁRIOS
Fórum da Comarca de Mar de Espanha . . . 19

NOTIFICAÇÃO
Assinatura por terceiro - Alienação fiduciária - Contrato - Prestação - Não-pagamento - Mora *ex tempore* - Comunicação - Eficácia - Art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 611/69 - Busca e apreensão 343

Desnecessidade - Crime contra a ordem tributária - Débito tributário - Pagamento - Extinção da punibilidade - Descaracterização - Denúncia - Redução de tributo - Nota fiscal - Declaração falsa - Materialidade - Valoração da prova - Pessoa jurídica - Gerente - Responsabilidade penal - Condenação 403

Declaração de ofício - Medida cautelar - Exibição de documento - Ação principal - Justiça Federal - Incidente processual - Justiça Comum - Incompetência absoluta 96

NULIDADE
Não-ocorrência - Testemunha - Residência fora da jurisdição do Juiz - Oitiva - Intimação da defesa da data de audiência - Ausência - Falta de previsão no art. 222 do CPP - Expedição de carta precatória - Intimação do advogado - Súmula 273 do STJ - Aplicação - *Habeas corpus* - Denegação da ordem (STJ) 497

- O -

OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA
Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Inexigibilidade de conduta diversa - Coação irresistível - Excludente de culpabilidade - Condenação 408

OBESIDADE MÓRBIDA
Co-morbidades - Gastroplastia - Plano de saúde - Cobertura prevista no contrato - Redução de estômago - Cirurgia bariátrica - Custeio - Obrigatoriedade 261

Redução de estômago - Seguro de saúde - Gastroplastia - Cobertura contratual - Retirada de excesso de pele - Cirurgia reparadora - Caráter estético - Ausência - Parte integrante do tratamento da gastroplastia - Custas pela seguradora de saúde - Obrigatoriedade - Despesas médicas efetuadas pelo segurado - Ressarcimento - Ação de cobrança - Procedência do pedido . 340

OBRIGAÇÃO DE DAR
Ação de obrigação dar c/c indenização por perdas e danos - Litisconsórcio necessário - Inexistência - Denunciação da lide - Impossibilidade - Art. 70, III do CPC - Requisitos - Ausência - Indenização - Contrato - Direito de regresso - Cláusula expressa - Inexistência 334

OBRIGAÇÃO DE FAZER
Ação cominatória - Medida liminar - Colação de grau - Participação simbólica - Grade curricular - Não-conclusão - Ausência de plausibilidade jurídica do pedido - Art. 53, VI da Lei 9.39496 122

Empresa falida - Ex-sócio - Devedor solidário - Legitimidade ativa - Cumprimento de obrigação pelo síndico - Pedido - Acolhimento 120

OFENSA À HONRA
Abuso na veiculação de imagens por canal de televisão - Desrespeito à honra e dignidade - Dano moral - Indenização - *Quantum* indenizatório - Redução (STJ) 479

Imprensa - Matéria divulgada - Dano moral - Indenização - Proprietário do veículo de divulgação - Autor do escrito - Legitimidade passiva - Súmula 221 do STJ 338

OFICIAL DE REGISTRO
Responsabilidade objetiva - Danos causados a terceiros - Dever de indenizar - Lei 8.935/94 . 214

ÔNUS DA PROVA
Lesão corporal seguida de morte - Princípio *in dubio pro reo* - Absolvição 377

Ministério Público - Tortura - Policial civil - Materialidade - Ausência de prova - Absolvição 393

ORDENAÇÃO DE DESPESA NÃO AUTORIZADA
Crime contra as finanças públicas - Peculato - Ordenação de despesa não autorizada - *Emendatio libelli* - Emprego irregular de verbas públicas - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Pena de Multa 373

- P -

PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA
Descaracterização - Latrocínio - Concurso de pessoas - Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Divisão de tarefas - Co-autoria - Condenação 471

PARTÍCIPE
Absolvição - Delação - Retratação - Valoração da prova - Absolvição 396

PARTILHA
Inventário - Bens do espólio - Constituição de condomínio - Imóvel em que residia o casal - Inclusão na meação do cônjuge supérstite - Possibilidade - Sentença homologatória contra a vontade das partes - Anulabilidade 112

PATENTE
Desenho industrial - Registro no INPI - Utilização indevida - Ato ilícito - Desrespeito ao art. 42 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) - Concorrência desleal - Objetos indevidamente produzidos - Continuidade da comercialização - Prejuízos econômicos - Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação - Verossimilhança das alegações - Medida Cautelar - Busca e apreensão - Possibilidade - Produção antecipada de provas - Vistoria de livros contábeis - Cabimento - Tutela Antecipada - Deferimento 314

PECULATO
Crime contra as finanças públicas - Ordenação de despesa não autorizada - E*mendatio libelli* - Emprego irregular de verbas públicas - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Pena de Multa . . 373

PENA
Apropriação indébita - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Cabimento - Art. 77, III, do CP - *Sursis* - Inaplicabilidade 428

Fixação - Furto - Porte de arma - Circunstâncias judiciais - Culpabilidade 443

Fixação - Furto qualificado - Fraude - Circunstâncias judiciais 396

Fixação - Peculato - Crime contra as finanças públicas - Ordenação de despesa não autorizada - E*mendatio libelli* - Emprego irregular de verbas públicas - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Condenação - Multa. 373

Fixação - Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Grave ameaça contra pessoa - Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Descabimento - Circunstâncias judiciais - Regime semi-aberto - S*ursis* - Pena corporal superior àquela prevista no art. 77 do CP - Concessão do benefício - Impossibilidade 416

Furto qualificado - Concurso de agentes - Art. 155, § 4º do CP - Aumento de pena previsto no art. 157, § 2º do CP - Causa de aumento de pena prevista para roubo - Aplicação - Inadmissibilidade - Ofensa ao princípio da reserva legal - Circunstância atenuante - Redução da pena aquém do limite legal - Impossibilidade - Súmula 231 do STJ (STJ) 500

Remição pelo estudo - Possibilidade - Art. 126 da Lei 7.210/84 - Analogia 387

Privativa de liberdade - Substituição por restritivas de direitos - Violência contra a vítima - Benefício do art. 44 do CP - Inaplicabilidade . . . 463

Vide também: Causa de aumento de pena - Circunstâncias judiciais - Culpabilidade - Execução da pena - Pena alternativa - Pena-base - Pena de multa - Regime de cumprimento da pena - *Sursis*

PENA ALTERNATIVA

Crime contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Art. 7º, IX da Lei 8.137/90 - Crime formal - Perigo abstrato - Estabelecimento comercial - Representante - Condenação - Princípio da intervenção mínima - Pena de multa - Aplicabilidade 439

Uso de entorpecente - Retroatividade da Lei 11.343/2006 451

PENA DE MULTA

Aplicabilidade - Crime contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Art. 7º, IX da Lei 8.137/90 - Crime formal - Perigo abstrato - Estabelecimento comercial - Representante - Condenação - Princípio da intervenção mínima 439

Condenação - Peculato - Crime contra as finanças públicas - Ordenação de despesa não autorizada - E*mendatio libelli* - Emprego irregular de verbas públicas - Autoria - Materialidade . 373

Redução - Impossibilidade 383

PENA PECUNIÁRIA - Vide: Pena de multa

PENA-BASE

Fixação no mínimo legal - Possibilidade - Circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP favoráveis ao réu 416

PENHORA

Imóvel - Embargos de terceiro - Compromisso de compra e venda - Ausência de inscrição no Registro de Imóveis - Irrelevância - Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça - Aplicabilidade - Execução - Contrato celebrado entre devedor e embargante antes da instauração do processo executivo - Executado - Hipoteca posterior - Impossibilidade 364

PENHORA *ON LINE*

Dinheiro - 620 e 655 do CPC - Conta bancária - Valores - Bloqueio *on line* - Possibilidade - Executado - Servidor Público federal - Conta-corrente em que recebe proventos - Descontos efetuados - Limitação - Art. 11 do Decreto-Lei 3.297/99 - Art. 45 da Lei 8.112/90 89

PERDAS E DANOS

Ação de obrigação dar c/c indenização por perdas e danos - Litisconsórcio necessário - Inexistência - Denunciação da lide - Impossibilidade - Art. 70, III do CPC - Requisitos - Ausência - Indenização - Contrato - Direito de regresso - Cláusula expressa - Inexistência 334

PERÍCIA

Determinação pelo Juiz - Princípio da íntima convicção - Veículo - Aquisição - Vistoria - Adulteração de chassi - Laudo do Detran - Insuficiência - Laudo pericial - Conclusão - Ausência de defeito no veículo - Adquirente - Dano moral - Não-configuração - Indeniza-

ção - Descabimento - Ação ordinária - Improcedência do pedido 331

Perícia contábil - Honorários de perito - Valor - Redução - Representação comercial - Comissão - Ação de cobrança - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - Produção de prova - Necessidade - Matéria de fato - Pessoa jurídica - Pobreza - Ausência de prova - Assistência judiciária - Indeferimento - Voto vencido 358

PERIGO ABSTRATO

Crime contra as relações de consumo - Art. 7º, IX da Lei 8.137/90 - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Crime formal - Estabelecimento comercial - Representante - Condenação - Pena alternativa - Princípio da intervenção mínima - Pena de multa - Aplicabilidade 439

PESSOA JURÍDICA

Assistência judiciária - Pobreza - Ausência de prova - Indeferimento - Voto vencido . . 358

Crime contra a ordem tributária - Débito tributário - Pagamento - Extinção da punibilidade - Descaracterização - Denúncia - Notificação - Desnecessidade - Redução de tributo - Nota fiscal - Declaração falsa - Materialidade - Valoração da prova - Gerente - Condenação 403

Seguro - Patrimônio próprio - Proteção - Mercadoria - Roubo - Furto - CDC - Aplicabilidade - Carga - Transporte - Motorista - Apropriação indébita - Cobertura - Contrato - Exclusão expressa - Ausência - Cláusula contratual - Consumidor - Interpretação mais favorável - Art. 47 da Lei 8.078/90 - Dever de indenizar 349

PETIÇÃO INICIAL

Indeferimento - Medida cautelar - Exibição de documento - Pessoa que não será parte na ação principal - Terceiro na relação jurídica - Ilegitimidade passiva - Impossibilidade Jurídica do pedido 152

PLANO DE SAÚDE

Obesidade mórbida - Redução de estômago - Seguro de saúde - Gastroplastia - Cobertura contratual - Retirada de excesso de pele - Cirurgia reparadora - Caráter estético - Ausência - Parte integrante do tratamento da gastroplastia - Custas pela seguradora de saúde - Obrigatoriedade - Despesas médicas efetuadas pelo segurado - Ressarcimento - Ação de cobrança - Procedência do pedido 340

Obesidade mórbida e co-morbidades - Gastroplastia - Cobertura prevista no contrato - Redução de estômago - Cirurgia bariátrica - Custeio pelo plano de saúde - Obrigatoriedade . . 261

PODER DE POLÍCIA

Ato administrativo - Vício de motivo - Ilegalidade - Vendedor ambulante - Apreensão de mercadoria por agente fiscal municipal - Dano moral - Configuração - Indenização - Município - Responsabilidade civil - Dever de indenizar . . 195

Farmácias e drogarias - Recebimento de contas públicas - Possibilidade - Riscos à saúde e à segurança públicas - Não-ocorrência - Desvio de finalidade - Descaracterização - Município - Ausência de previsão legal para restrição - Lei n. 5.991/73 - Vedação - Inexistência - Mandado de segurança - Concessão da ordem 232

PODER FAMILIAR

Suspensão - Cumulação com medida de proteção - Requerimento - Ministério Público - Procedência do pedido - Menor - Situação de risco - Réus em lugar incerto e não sabido - Citação por edital - Possibilidade - Art. 158, parágrafo único da Lei 8.069/90 - Violação - Inexistência 110

POLICIAL CIVIL

Tortura - Materialidade - Ausência de prova - Ministério Público - Ônus da prova - Absolvição 393

PORTE DE ARMA

Furto - Tipicidade - Ato preparatório - Ato de execução - Dolo - Ausência de grave ameaça - Roubo - Desclassificação do crime - Possibilidade 443

POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO
Particular - Ação de manutenção de posse - Bem público de uso comum - Esbulho - Medida de proteção 154

PRAZO
Apelação - Autos retirados de cartório antes da publicação da sentença - Ciência inequívoca do teor da decisão - Carga ao advogado - Termo inicial do prazo 264

Fazenda Pública - Embargos à execução - Prazos previstos no art. 730 do CPC e no art. 884 da CLT - Ampliação pela Medida Provisória 2.180-35/2001 que acrescentou o art. 1º-B à Lei Federal 9.494/1997 - Limites constitucionais de urgência e relevância não ultrapassados - Dissídio jurisprudencial sobre a norma - Ação declaratória de constitucionalidade - Liminar deferida - Aplicação do art. 21, *caput*, da Lei 9.868/1999 - Suspensão de todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Lei 9.494/1997 acrescido pelo art. 4º da Medida Provisória 2.180-35/2001(STF). . .505

PRÊMIO
Inventariante - Exercício da inventariança - Remuneração - Possibilidade - Gratificação - Prêmio - Art. 1138 do CPC - Analogia - Valor - Critério de fixação 102

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE
Crédito tributário - Reconhecimento de ofício pelo poder judiciário - Lei 11.051/2004 que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830/80 - Inconstitucionalidade - Inexistência - Norma de caráter processual - Reforma - Lei ordinária - Suficiência - Art. 24, I e XI da CF - Direito material declinado pela fazenda pública - Ausência de modificação - Norma geral de direito tributário - Não-caracterização - Lei complementar - Desnecessidade - Art. 146 da CF - Violação - Não-ocorrência - Incidente de inconstitucionalidade - Desacolhimento - Voto vencido . . . 76

PRESTAÇÃO DE CONTAS
Ausência - Dever do mandatário - Advogado - Infração disciplinar - Art. 34, XXI, da Lei 8.906/94 - Art. 668, do CC/2002 - Inobservância - Prestação de contas na esfera extrajudicial - Ausência de prova - Julgamento antecipado da lide - Possibilidade - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência 191

Cartão de crédito - Faturas mensais - Lançamentos - Divergência - Titular de cartão de crédito - Interesse de agir - Carência da ação - Ausência - Administradora de cartão de crédito - Banco - Legitimidade passiva - Sentença - Republicação - Prazo recursal - Reabertura - Recurso - Tempestividade 306

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO
Execução por título extrajudicial - Duplicata sem aceite protestada - Título executivo acompanhado de documento e de contrato autorizador da prestação de serviços - Validade - Requisitos de executividade - Complemento - Art. 20, § 3º da Lei 5.474/68 - Emissão de título contra a municipalidade - Vedação legal - Ausência - Art. 5º da Resolução 43/2001 do Senado Federal - Executado - Município - Título protestado em comarca diversa - Nulidade - Não-ocorrência . . . 225

Pacote turístico - Danos aos turistas - Indenização - Agência e operadora de turismo - Responsabilidade subjetiva - Direito de regresso - Possibilidade - Art. 13, parágrafo único do CDC - Aplicabilidade 139

PREVIDÊNCIA PRIVADA
Retirada de participante - Parcelas pagas - Devolução - Correção monetária - Incidência - Inflação - Índice - Equivalência - Ação de cobrança - Sucumbência mínima 309

PREVIDÊNCIA SOCIAL
Imposto de Renda - Restituição - Valores não recebidos em vida pelo *de cujus* - Dependentes habilitados na previdência social - Destinação de verba - Arts. 1º e 2º da Lei 6.858/80 - Sucessores excluídos - Legalidade - Irresignação - Não- provimento 124

PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA
A eficácia da boa-fé objetiva no negócio jurídico de crédito - Carlos Frederico Braga da Silva - Doutrina 21

Violação - Inocorrência - Locação não-residencial - S*hopping Center* - Regulamentação legal própria - Inexistência - Lei n. 8.245/95 - Aplicabilidade - Atividade comercial - Insucesso - Risco do lojista - Perdas e danos - Empreendedor - Culpa - Ausência - Responsabilização - Impossibilidade - Benfeitorias - Indenização - Renúncia - Previsão - Contrato - Prazo - Rescisão unilateral antecipada - Multa - Cláusula abusiva - Descaracterização - Resolução do contrato c/c indenização por perdas e danos - Improcedência do pedido 211

PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Falta de habilitação para dirigir veículo 408

Seqüestro - Roubo qualificado - Restrição à liberdade da vítima 389

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Apropriação indébita - Crime de bagatela - Interpretação - Absolvição 400

Res furtiva - Pequeno valor - Crime de bagatela - Inaplicabilidade - Furto privilegiado . . 443

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Crime contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Art. 7º, IX da Lei 8.137/90 - Crime formal - Perigo abstrato - Estabelecimento comercial - Representante - Condenação - Pena alternativa - Pena de multa - Aplicabilidade . 439

PRINCÍPIO DA ÍNTIMA CONVICÇÃO

Juiz - Prova - Perícia - Determinação - Veículo - Aquisição - Vistoria - Adulteração de chassi - Laudo do Detran - Insuficiência - Laudo pericial - Conclusão - Ausência de defeito no veículo - Adquirente - Dano moral - Não-configuração - Indenização - Descabimento - Ação ordinária - Improcedência do pedido 331

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (DIREITO PENAL)

Ofensa - Furto qualificado - Concurso de agentes - Art. 155, § 4º do CP - Aumento de pena previsto no art. 157, § 2º do CP - Causa de aumento de pena prevista para roubo - Aplicação - Inadmissibilidade (STJ) 500

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Requisitório de pequeno valor: direito intertemporal, inconstitucionalidade na inobservância ao princípio da proporcionalidade - Renato Luís Dresch - Doutrina 49

PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL - Vide: Princípio da legalidade (Direito Penal)

PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Art. 173, § 1º da Constituição Estadual - Violação - Câmara municipal - Iniciativa de lei - Matéria de competência privativa do Executivo - Ação direta de inconstitucionalidade 61

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Estelionato - Cheque sem fundos - Sigilo bancário - Direito à intimidade - Diligência - Fundamentação - Requisitos - Prova ilícita - Teoria dos frutos da árvore envenenada - Absolvição 466

PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*

Lesão corporal seguida de morte - Ônus da prova - Absolvição 377

PRISÃO ILEGAL

Falha administrativa - Responsabilidade objetiva do Estado - Dano moral - Indenização . . 227

PROCESSO PENAL

Honorários de advogado - Inaplicabilidade - Ação penal pública - Sucumbência - Inexistência 459

Isenção de custas - Requisitos - Princípio da isonomia - Art. 10 da Lei 14.939/03 - Insuficiência de recursos - Prova - Ausência - Parte não beneficiária da assistência judiciária - Impossibilidade 424

PROCURAÇÃO

Falsificação - Indenização - Serviço notarial e de registro - Lavratura de escritura de com-

pra e venda com procuração falsa - Tabelião - Dever de indenizar - Lei 8.935/94 - Dano material - Dano moral - Valor - Critério de fixação - Condição da ação - Requisitos - Observância - Sucumbência recíproca 214

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Medida Cautelar - Desenho industrial - Patente - Registro no INPI - Utilização indevida - Ato ilícito - Desrespeito ao art. 42 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) - Concorrência desleal - Objetos indevidamente produzidos - Continuidade da comercialização - Prejuízos econômicos - Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação - Verossimilhança das alegações - Vistoria de livros contábeis - Possibilidade 314

PROFESSOR

Professor municipal - Educador infantil - Indenidade de funções - Ausência - Equiparação salarial - Impossibilidade . . . 99

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - Vide: Compromisso de compra e venda

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Nome comercial - Marca notória - Utilização de nome semelhante - Impossibilidade - Concorrência desleal - Não-ocorrência - Dolo - Inexistência - Lucro cessante - Dano moral - Ausência de prova - Indenização - Descabimento 326

PROVA

Valoração - Crime contra a ordem tributária - Débito tributário - Pagamento - Extinção da punibilidade - Descaracterização - Denúncia - Notificação - Desnecessidade - Redução de tributo - Nota fiscal - Declaração falsa - Materialidade - Pessoa jurídica - Gerente - Responsabilidade penal - Condenação . . 403

Valoração - Delação - Furto qualificado - Chave falsa - Concurso de pessoas - Condenação 424

Valoração - Elemento subjetivo do tipo - Dolo específico - Receptação dolosa- Cheque furtado - Condenação 459

Valoração - Homicídio culposo - Erro médico - Condenação 383

Valoração - Latrocínio - Materialidade - Autoria - Dolo - Homicídio - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Condenação 471

Valoração - Peculato - Crime contra as finanças públicas - Ordenação de despesa não autorizada - E*mendatio libelli* - Emprego irregular de verbas públicas - Autoria - Materialidade - Condenação - Pena de multa 373

Valoração - Tráfico de entorpecentes - Materialidade - Autoria - Condenação - Causa de aumento de pena - Associação eventual - Inaplicabilidade - Retroatividade da Lei 11.343/2006 451

Vide também: Ônus da prova

PROVA ILÍCITA

Estelionato - Cheque sem fundos - Sigilo bancário - Direito à intimidade - Diligência - Fundamentação - Requisitos - Princípio do contraditório - Teoria dos frutos da árvore envenenada - Absolvição 466

PROVA PERICIAL

Necessidade - Indenização - Seguro - Veículo sinistrado - Perda total - Perícia - Obrigatoriedade - Prova - Unilateralidade - Descabimento 205

Vide também: Perícia

PROVENTOS

Servidor público federal - Execução - Penhora *on line* - Conta-corrente em que recebe Proventos - Descontos efetuados - Limitação - Art. 11 do Decreto-Lei 3.297/99 - Art. 45 da Lei 8.112/90 89

PUBLICIDADE ENGANOSA

Construção civil - Alteração no projeto - Refazimento - Código de Defesa do Consumidor - Observância 127

- Q -

QUALIFICADORA - Vide: Circunstância qualificadora

- R -

RECEPTAÇÃO DOLOSA
Cheque furtado - Elemento subjetivo do tipo - Dolo específico - Valoração da prova - Condenação - Processo penal - Ação penal pública - Sucumbência - Ausência - Honorários de advogado - Inaplicabilidade 459

RECURSO
Apelação - Prazo - Autos retirados de cartório antes da publicação da sentença - Ciência inequívoca do teor da decisão - Carga ao advogado - Termo inicial do prazo 264

Tempestividade - Sentença - Republicação - Prazo recursal - Reabertura 306

REDUÇÃO DE TRIBUTO
Crime contra a ordem tributária - Débito tributário - Pagamento - Extinção da punibilidade - Descaracterização - Denúncia - Notificação - Desnecessidade - Nota fiscal - Declaração falsa - Materialidade - Valoração da prova - Pessoa jurídica - Gerente - Responsabilidade penal - Condenação 403

REEXAME NECESSÁRIO
Execução por título extrajudicial contra o município - Direito discutido no feito - Valor superior a sessenta salários mínimos - Remessa obrigatória - Ausência - Reexame necessário de ofício pelo Tribunal 334

REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA
Regime semi-aberto - Roubo qualificado - Concurso de pessoas - Agente não reincidente - Fixação da Pena - Art. 33, § 2º, *a* , do CP 416

REGISTRO CIVIL
Ação anulatória - Investigação de paternidade - Alimentos - Pai registral - Pai natural - Litisconsórcio passivo necessário - Citação - Ausência - Sentença - Ineficácia - Preliminar - Decisão - Fundamento amparado no parecer do Ministério Público - Ausência de fundamentação - Não-configuração - Nulidade - Não-ocorrência 181

Retificação - Certidão de casamento - Qualificação profissional - Doméstica - Alteração para lavradora - Benefício previdenciário - Pretensão - Prova documental - Ausência - Prova testemunhal - Insuficiência 171

REINTEGRAÇÃO DE POSSE
Arrendamento mercantil - Inadimplemento - Veículo roubado - Fundamento insuficiente - Obrigatoriedade de seguro - Responsabilidade do arrendatário - Valor do bem arrendado - Indenização - Cabimento - Extinção do processo sem resolução de mérito - Impossibilidade - Art. 515, § 3º do CPC - Aplicabilidade 237

Cumulação com rescisão de contrato de compra e venda de imóvel - Sistema financeiro de habitação - Cohab - Mutuários - Não-pagamento das prestações do financiamento - Cessão do imóvel a terceiros - Perda das quantias pagas - Admissibilidade - CDC - Inaplicabilidade (STJ) 483

Liminar *inaudita altera parte* - Concessão - MST - Invasão de terreno - Ministério Público - Ausência de intimação - Nulidade - Não-ocorrência - Local do litígio - Vistoria pelo Juiz - Inexistência - Substituição por relatório da Polícia Militar - Possibilidade - Audiência de justificação - Desnecessidade - Função social da propriedade - Apreciação na ação possessória - Descabimento - Posse - Esbulho - Prova - Procedência do Pedido 175

RELAÇÃO DE CONSUMO
Fornecedor de serviços - Responsabilidade objetiva 254

REMOÇÃO
Ato administrativo - Anulação - Motivação válida - Indispensabilidade - Remoção de pessoal - Necessidade de Portaria, nos termos da lei orgânica do município - Utilização de decreto - Norma hierarquicamente superior -

Possibilidade - Ato anulatório - Vício de forma - Ausência 173

REMUNERAÇÃO

Inventariante - Exercício da inventariança - Gratificação - Possibilidade - Prêmio - Art. 1.138 do CPC - Analogia - Valor - Critério de fixação 102

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

Ação de cobrança - Comissão - Pessoa jurídica - Pobreza - Ausência de prova - Assistência judiciária - Indeferimento - Julgamento antecipado da lide - Impossibilidade - Produção de prova - Necessidade - Matéria de fato - Perícia contábil - Honorários de perito - Valor - Redução - Voto vencido 358

REPRESENTANTE

Condenação - Estabelecimento comercial - Crime contra as relações de consumo - Exposição à venda de mercadoria em desacordo com a prescrição legal - Art. 7º, IX da Lei 8.137/90 - Crime formal - Perigo abstrato - Pena alternativa - Princípio da intervenção mínima - Pena de multa - Aplicabilidade 439

REQUISITÓRIO DE PEQUENO VALOR

RPV - Requisitório de pequeno valor: direito intertemporal, inconstitucionalidade na inobservância ao princípio da proporcionalidade - Renato Luís Dresch - Doutrina 49

RES FURTIVA

Pequeno valor - Crime de bagatela - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Furto privilegiado 443

Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Posse - Crime consumado . . 408

RESCISÃO CONTRATUAL

Compra e venda de imóvel - Sistema Financeiro de Habitação - Cohab - Mutuários - Não-pagamento das prestações do financiamento - Cessão do imóvel a terceiros - Rescisão da avença cumulada com reintegração de posse - Perda das quantias pagas - Admissibilidade - CDC - Inaplicabilidade (STJ) 483

Cumulação com reintegração de posse - Imóvel - Compromisso de compra e venda - Inadimplemento do comprador - Rescisão do contrato - Possibilidade - Parcelas pagas - Devolução - Benfeitorias - Indenização - Taxa de fruição do imóvel - Pagamento 130

Compromisso de compra e venda de imóvel - Inadimplemento - Mora -Cláusula penal - Redução da pena - Possibilidade - Art. 924 do CC/1916 - Arras - Restituição total - Juros de mora - Direito de retenção - Valor - Fixação - Devolução de prestações . . . 108

RESOLUÇÃO

n. 43/2001 do Senado Federal, art. 5º - Emissão de título contra a municipalidade - Vedação legal - Ausência 225

RESOLUÇÃO DO CONTRATO

Cumulação c/c indenização por perdas e danos - Improcedência do pedido - S*hopping Center* - Regulamentação legal própria - Inexistência - Locação não-residencial - Lei n. 8.245/95 - Aplicabilidade - Atividade Comercial - Insucesso - Risco do lojista - Perdas e danos - Empreendedor - Princípio da boa-fé objetiva - Violação - Inocorrência - Culpa - Ausência - Responsabilização - Impossibilidade - Benfeitorias - Indenização - Renúncia - Previsão - Contrato - Prazo - Rescisão unilateral antecipada - Multa - Cláusula abusiva - Descaracterização . 211

RESPONSABILIDADE CIVIL

Abuso na veiculação de imagens por canal de televisão - Desrespeito à honra e dignidade - Dano moral - Indenização - *Quantum* indenizatório - Redução (STJ) 479

Município - Vendedor ambulante - Mercadoria - Apreensão por agente fiscal da municipalidade - Poder de polícia - Ato administrativo - Vício de motivo - Ilegalidade - Dano moral - Configuração - Dever de indenizar 195

RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Dano ao meio ambiente - Art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81 - Animais silvestres em cativeiro - Indenização 268

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO
Não-configuração - Hemominas - Exame de sangue - Resultado falso positivo - HIV - Dano - Fato administrativo - Nexo causal - Inexistência - Dano moral - Ausência - Indenização - Descabimento 367

Configuração - Prisão ilegal - Falha administrativa - Dano moral - Indenização 227

RESPONSABILIDADE PENAL
Crime contra a ordem tributária - Débito tributário - Pagamento - Extinção da punibilidade - Descaracterização - Denúncia - Notificação - Desnecessidade - Redução de tributo - Nota fiscal - Declaração falsa - Materialidade - Valoração da prova - Pessoa jurídica - Gerente - Condenação 403

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA
Hospital - Cirurgia - Morte - Culpa - Médico - Indenização - Dano material - Dano moral - Valor - Critério de fixação - Sucumbência recíproca 288

Proprietário de veículo conduzido por terceiro - Acidente de trânsito - Culpa *in vigilando* - Indenização 229

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA
Art. 186 do CC/2002 - Advogado - Representação perante a OAB - Exercício regular do direito - Ato ilícito - Não-ocorrência - Dano moral - Inexistência - Dever de indenizar - Ausência 186

RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA
Roubo qualificado - Arma de fogo - Concurso de pessoas - Denúncia - Omissão - Circunstância agravante - Aplicação - Possibilidade - Confissão espontânea - Atenuante - Descaracterização - Seqüestro - Princípio da consunção - Art. 62, I, do CP - Art. 385 do CPP 389

RETRATAÇÃO
Delação - Valoração da prova - Partícipe - Absolvição 396

ROUBO CIRCUNSTANCIADO - Vide: Roubo qualificado

ROUBO QUALIFICADO
Arma de fogo - Concurso de pessoas - Falta de habilitação para dirigir veículo - Princípio da consunção - Co-autoria - Divisão de tarefas - Grave ameaça - Circunstância objetiva - Comunicabilidade - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Inexigibilidade de conduta diversa - Coação irresistível - Obediência hierárquica - Excludente de culpabilidade - Condenação - R*es furtiva* - Posse - Crime consumado - Desistência voluntária - Inocorrência 408

Arma de fogo - Concurso de pessoas - Restrição à liberdade da vítima - Denúncia - Omissão - Circunstância agravante - Aplicação - Possibilidade - Confissão espontânea - Atenuante - Descaracterização - Seqüestro - Princípio da consunção - Art. 62, I, do CP - Art. 385 do CPP 389

Arma de fogo - Grave ameaça - Violência - Desclassificação do crime - Furto - Impossibilidade - *Res furtiva* - Posse - Crime consumado - Circunstâncias judiciais - Pena privativa de liberdade - Substituição por restritivas de direitos - Requisitos - Ausência - Art. 44, I, do CP - Inaplicabilidade . . . 463

Concurso de pessoas - R*es furtiva* - Posse - Crime consumado - Tentativa - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Regime semi-aberto - Requisitos - S*ursis* - Inaplicabilidade 416

RPV - Vide: Requisitório de pequeno valor

- S -

SAÚDE - Vide: Plano de saúde e saúde pública

SAÚDE PÚBLICA
Riscos - Ausência - Farmácias e drogarias - Recebimento de contas públicas - Possibilidade - Desvio de finalidade - Descaracterização - Município - Poder de Polícia - Ausência de previsão legal para restrição - Lei 5.991/73 - Vedação - Inexistência - Mandado de segurança - Concessão da Ordem 232

SEGURADORA
Direito de regresso - Acidente de trânsito - Veículo conduzido por terceiro - Condutor - Culpa - Proprietário - Culpa *in vigilando* - Responsabilidade solidária - Indenização - Prejuízo - Prova - Nota fiscal - Recibo de quitação - Orçamento único 229

SEGURO
Indenização - Veículo - Sinistro - Perda total - Perícia - Obrigatoriedade - Lucros cessantes - Valores recebidos - Verificação - Declaração de renda - Ofício à Receita Federal - Necessidade - Prova - Unilateralidade - Descabimento 205

Mercadoria - Roubo - Furto - Patrimônio próprio - Proteção - Pessoa jurídica - CDC - Aplicabilidade - Carga - Transporte - Motorista - Apropriação indébita - Cobertura - Contrato - Exclusão expressa - Ausência - Cláusula contratual - Consumidor - Interpretação mais favorável - Art. 47 da Lei 8.078/90 - Dever de indenizar 349

SEGURO DE SAÚDE - Vide: Plano de saúde

SEGURO DE VIDA
Suicídio - Premeditação - Má-Fé - Prova - Ausência - Doença preexistente - Exame médico - Avaliação prévia - Não-ocorrência - Cobertura - Obrigatoriedade - Indenização - Ação de cobrança - Procedência do pedido 295

SEGURO OBRIGATÓRIO
DPVAT - Indenização - Acidente de trânsito - Trator - Seguradora - Legitimidade passiva - Dever de indenizar - Valor - Critério de fixação - Salário mínimo - Legalidade - Correção monetária - Incidência - Termo inicial - Litigância de má-fé - Não-caracterização - Honorários de advogado - Fixação 265

SENTENÇA
Republicação - Prazo recursal - Reabertura - Recurso - Tempestividade 306

SEQÜESTRO
Princípio da consunção - Roubo qualificado - Restrição à liberdade da vítima 389

SEQÜESTRO RELÂMPAGO - Vide: Restrição à liberdade da vítima

SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO
Não-caracterização - Serviço de vigilância eletrônica e monitoramento de área - Previsão no item 11.02 da Lista de serviços anexa à Lei complementar n. 116/2003- Prestação de serviço de comunicação - Não-configuração - ISSQN - Incidência 105

SERVIÇO NOTARIAL E DE REGISTRO
Oficial de registro e notários - Danos causados a terceiros - Indenização - Procuração - Falsificação - Lavratura de escritura de compra e venda com procuração falsa - Tabelião - Dever de indenizar - Lei 8.935/94 - Dano material - Dano moral - Valor - Critério de fixação - Condição da ação - Requisitos - Observância - Sucumbência recíproca. . 214

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL
Educador infantil - Professor municipal - Identidade de funções - Ausência - Equiparação salarial - Impossibilidade - Isonomia - Inexistência 99

SFH
Cohab - Mutuários - Não-pagamento das prestações - Cessão do imóvel a terceiros - Rescisão da avença cumulada com reintegração de posse - Perda das quantias pagas - Admissibilidade - CDC - Inaplicabilidade (STJ) 483

SHOPPING CENTER
Regulamentação legal própria - Inexistência - Locação não-residencial - Lei n. 8.245/95 - Aplicabilidade - Atividade comercial - Insucesso - Risco do lojista - Perdas e danos - Empreendedor - Princípio da boa-fé objetiva - Violação - Inocorrência - Culpa - Ausência - Responsabilização - Impossibilidade - Benfeitorias - Indenização - Renúncia - Previsão - Contrato - Prazo - Rescisão unilateral antecipada - Multa - Cláusula abusiva - Descaracterização - Resolução do contrato c/c indenização por perdas e danos - Improcedência do pedido . . 211

SIGILO BANCÁRIO

Estelionato - Cheque sem fundos - Direito à intimidade - Diligência - Fundamentação - Requisitos - Princípio do contraditório - Prova ilícita - Teoria dos frutos da árvore envenenada - Absolvição 466

SUBLOCAÇÃO
Irregularidade - Infração Contratual - Prejuízo - Ausência - Falência - Imóvel Comercial - Desocupação - Impossibilidade - Improcedência do pedido 223

SUBSTITUIÇÃO DA PENA - Vide : Pena

SUCUMBÊNCIA
Processo penal - Ausência - Ação penal pública - Honorários de advogado - Inaplicabilidade. 459

SUICIDIO
Seguro de vida - Premeditação - Má-fé - Prova - Ausência - Doença preexistente - Exame médico - Avaliação prévia - Não-ocorrência - Cobertura - Obrigatoriedade - Indenização - Ação de cobrança - Procedência do pedido . . . 295

SÚMULA
n. 84 do STJ - Embargos de terceiro - Compromisso de compra e venda - Ausência de inscrição no Registro de Imóveis - Penhora - Possibilidade 364

n. 221 do STJ - Imprensa - Matéria divulgada - Ofensa à honra - Dano moral - Indenização - Proprietário do veículo de divulgação - Autor do escrito - Legitimidade passiva. 338

n. 240 do STJ - Inaplicabilidade - Execução - Embargos do devedor - Ausência - Relação processual - Inexistência - Exeqüente - Abandono da causa - Extinção do processo - Requerimento pelo executado - Desnecessidade - Art. 267, III do CPC - Aplicabilidade - Voto vencido 353

SURPRESA
Homicídio qualificado - Agressões recíprocas - Perseguição empreendida pela vítima - Reação do réu - Circunstância qualificadora - Descaracterização - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Veredicto - Cassação 447

SURSIS
Inaplicabilidade quando for cabível a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos - Apropriação indébita 428

Pena corporal superior àquela prevista no art. 77 do CP - Suspensão condicional da pena - Benefício - Concessão - Impossibilidade 416

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - Vide: *Sursis*

SUSPENSÃO DO PROCESSO
Consignação em pagamento - Aluguel - Dúvida sobre quem deva receber - Discussão acerca da propriedade do imóvel - Pendência de julgamento em mandado de segurança - Art. 265, IV,a do CPC - Aplicabilidade 133

- T -

TABELIÃO
Danos causados a terceiros - Indenização - Serviço Notarial e de Registro - Procuração - Falsificação - Lavratura de escritura de compra e venda com Procuração falsa - Dever de indenizar - Lei 8.935/94 - Dano material - Dano moral - Valor - Critério de fixação - Condição da ação - Requisitos - Observância - Sucumbência recíproca . 214

TAXA DE CONDOMÍNIO - Vide: Condomínio

TAXA JUDICIÁRIA
Isenção - Inventário - Assistência judiciária - Concessão parcial - Impossibilidade - Carta de adjudicação - Registro no cartório de imóveis - Emolumentos - Lei 1.060/50 - Aplicabilidade 150

TELEFONE CELULAR
Furto do aparelho - Operadora - Ausência de bloqueio da linha - Cadastros restritivos de crédito - Nome do usuário - Negativação - Ato ilícito - Dano moral - Indenização - Comunicação do fato - Prova - Consumidor - Hipossuficiência - Facilitação da defesa -

Inversão do ônus da prova - Art. 6º, VIII, do CDC - Art. 333, II, do CPC - Relação de consumo - Fornecedor de serviços - Responsabilidade objetiva - Q*uantum* indenizatório - Critério de fixação 254

TENTATIVA
Extorsão - Crime formal - Grave ameaça - Vantagem indevida - Crime consumado - Desclassificação do crime - Impossibilidade . . 456

Roubo qualificado - Concurso de pessoas - *Res furtiva* - Posse - Crime consumado - Desclassificação do crime - Impossibilidade . . 416

TESTAMENTO
Nulidade - Não-ocorrência - Legado - Universalidade - Conta corrente - Aplicação Financeira - Especificação - Desnecessidade - Irregularidade - Inexistência 147

TESTEMUNHA
Residência fora da jurisdição do Juiz - Oitiva - Data da audiência - Intimação da defesa - Ausência - Falta de previsão no art. 222 do CPP - Expedição de carta precatória - Intimação do advogado - Súmula 273 do STJ - Aplicação - Nulidade - Não-ocorrência (STJ) 497

TIPICIDADE
Adulteração de sinal identificador de veículo automotor - Dolo - Condenação 382

Apropriação indébita - Condenação - Exercício arbitrário das próprias razões - Elemento subjetivo do tipo - Ausência - Desclassificação do crime - Impossibilidade - Crime contra a ordem tributária - Dolo específico - Ausência - Absolvição 476

Extorsão - Crime impossível - Não-configuração - Tipicidade - Condenação 456

Furto - Porte de arma - Ato preparatório - Ato de execução - Dolo - Ausência de grave ameaça - Roubo - Desclassificação do crime - Possibilidade 443

TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL
Ação monitória - Escolha - Possibilidade . . 183

TORTURA
Policial civil - Materialidade - Ausência de prova - Ministério Público - Ônus da prova - Absolvição 393

TÓXICO - Vide: Tráfico de entorpecentes

TRÁFICO DE ENTORPECENTES
Materialidade - Autoria - Valoração da prova - Condenação - Causa de aumento de pena - Associação eventual - Inaplicabilidade - Uso de entorpecente - Pena alternativa - Retroatividade da Lei 11.343/2006 451

TRANSPORTE AÉREO
Indenização - Dano material - Dano moral - Extravio de bagagem - Convenção de Varsóvia - Inaplicabilidade - Relação de consumo - CDC - Inversão do ônus da prova - Possibilidade - Q*uantum* indenizatório - Critério de fixação 272

TRATOR
Acidente de trânsito - Seguro obrigatório - DPVAT - Indenização - Seguradora - Legitimidade passiva - Dever de indenizar - Valor - Critério de fixação - Salário mínimo - Legalidade - Correção monetária - Incidência 265

TRIBUNAL DE CONTAS
Condenação - Certidão de débito - Execução - Ministério Público - Ilegitimidade passiva - Voto vencido 63

TRIBUNAL DO JÚRI
Homicídio qualificado - Agressões recíprocas - Perseguição empreendida pela vítima - Reação do réu - Surpresa - Descaracterização - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos - Veredicto - Cassação 447

TRIBUTAÇÃO
Serviço de vigilância eletrônica e monitoramento de área - Previsão no item 11.02 da lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/2003 - Prestação de serviço de comunicação - Não-caracterização - ISS - Incidência 105

TUTELA ANTECIPADA
Deferimento - Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação - Verossimilhança das alegações - Desenho industrial - Patente - Registro no INPI - Utilização indevida - Ato ilícito - Desrespeito ao art. 42 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) - Concorrência desleal - Objetos indevidamente produzidos - Continuidade da comercialização - Prejuízos econômicos - Busca e apreensão - Possibilidade - Produção antecipada de provas - Vistoria de livros contábeis - Cabimento 314

- U -

UNIÃO ESTÁVEL
Prova - Ação declaratória - Procedência - Sucessão - Falecimento da autora - Direito real de habitação - Perda do objeto - Meação - Bens adquiridos com esforço comum - Apuração - Execução da sentença - Aqüestos - Usufruto - Exame da matéria - Via judicial - Inventário e partilha 143

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
Tribunal de Contas - Condenação - Certidão de débito - Execução - Ministério Público - Ilegitimidade passiva - Voto vencido 63

USO DE DOCUMENTO FALSO
Atipicidade 396

USO DE ENTORPECENTE
Pena alternativa - Retroatividade da Lei 11.343/2006 451

USUCAPIÃO ORDINÁRIO
Posse mansa e pacífica - Tempo necessário - Complemento no curso da ação - Admissibilidade - Art. 462 do CPC - Aplicação - Art. 1.243, 1.238 e 2.029 do CC/2002 . . . 207

USUFRUTO
Penhora sobre a nua propriedade - Embargos de terceiro - Turbação ou esbulho da posse - Inexistência - Usufrutuário - Interesse processual - Ausência 303

- V -

VALORAÇÃO DA PROVA - Vide: prova

VEÍCULO
Aquisição - Vistoria - Adulteração de chassi - Laudo do Detran - Insuficiência - Perícia - Determinação - Prova - Juiz - Princípio da íntima convicção - Laudo pericial - Conclusão - Defeito no veículo - Ausência - Adquirente - Dano moral - Não-configuração - Indenização - Descabimento - Ação ordinária - Improcedência do pedido 331

Sinistro - Seguro - Indenização - Perda total - Perícia - Obrigatoriedade - Lucros cessantes - Valores recebidos - Verificação - Declaração de renda - Ofício à Receita Federal - Necessidade - Prova - Unilateralidade - Descabimento . 205

Vide também: Acidente de trânsito - Arrendamento mercantil

VENDEDOR AMBULANTE
Mercadoria - Apreensão por agente fiscal da municipalidade - Poder de polícia - Ato administrativo - Vício de motivo - Ilegalidade - Dano moral - Configuração - Município - Responsabilidade civil - Dever de indenizar. . 195

VEREDICTO
Cassação - Homicídio qualificado - Agressões recíprocas - Perseguição empreendida pela vítima - Reação do réu - Surpresa - Qualificadora - Descaracterização - Tribunal do Júri - Decisão contrária à prova dos autos. 447

-:::-