ANA MARCIA MACEDO REZENDE:83265503615

Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

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

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

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

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

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 60	v. 190	p. 1-414	jul./set. 2009

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Reynaldo Ximenes Carneiro

Superintendente Adjunto
Des. José Geraldo Saldanha da Fonseca

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

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

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Rosane Brandão Bastos Sales

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

Alexandre Silva Habib
Ana Márcia Macedo Rezende
Cecília Maria Alves Costa
Eliana Whately Moreira
Karina Carvalho de Rezende
Lúcia de Fátima Capanema
Maria Célia da Silveira
Maria da Consolação Santos
Maria Helena Duarte
Mauro Teles Cardoso
Myriam Goulart de Oliveira
Tadeu Rodrigo Ribeiro
Vera Lúcia Camilo Guimarães
Wolney da Cunha Soares

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

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

Fotos da Capa:

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

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

Projeto Gráfico e Diagramação: ASCOM/CECOV
Normalização Bibliográfica: EJEF/GEDOC/COBIB
Tiragem: 400 unidades
Distribuída em todo o território nacional

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

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 n° 1 1950-2009
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 SÉRGIO ANTÔNIO DE RESENDE

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador CLÁUDIO RENATO DOS SANTOS COSTA

Segundo Vice-Presidente
Desembargador REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Terceiro Vice-Presidente
Desembargador JARBAS DE CARVALHO LADEIRA FILHO

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador CÉLIO CÉSAR PADUANI

Tribunal Pleno
Desembargadores
(por ordem de antiguidade)

Cláudio Renato dos Santos Costa
Sérgio Antônio de Resende
Roney Oliveira
Reynaldo Ximenes Carneiro
Joaquim Herculano Rodrigues
Mário Lúcio Carreira Machado
José Tarcízio de Almeida Melo
José Antonino Baía Borges
José Francisco Bueno
Célio César Paduani
Kildare Gonçalves Carvalho
Márcia Maria Milanez
Jarbas de Carvalho Ladeira Filho
José Altivo Brandão Teixeira
Jane Ribeiro Silva
Antônio Marcos Alvim Soares
Eduardo Guimarães Andrade
Antônio Carlos Cruvinel
Edivaldo George dos Santos
Silas Rodrigues Vieira
Wander Paulo Marotta Moreira
Maria Elza de Campos Zettel
Geraldo Augusto de Almeida
Caetano Levi Lopes
Luiz Audebert Delage Filho
Ernane Fidélis dos Santos
José Nepomuceno da Silva
Manuel Bravo Saramago
Belizário Antônio de Lacerda
José Edgard Penna Amorim Pereira
José Carlos Moreira Diniz
Paulo Cézar Dias
Vanessa Verdolim Hudson Andrade
Edilson Olímpio Fernandes
Geraldo José Duarte de Paula
Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires
Armando Freire
Delmival de Almeida Campos
Alvimar de Ávila
Dárcio Lopardi Mendes
Valdez Leite Machado
Alexandre Victor de Carvalho
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
Eduardo Mariné da Cunha
Maria Celeste Porto Teixeira
Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa
José Affonso da Costa Côrtes
Antônio Armando dos Anjos

José Geraldo Saldanha da Fonseca
Geraldo Domingos Coelho
Osmando Almeida
Alberto Aluízio Pacheco de Andrade
Francisco Kupidlowski
Antoninho Vieira de Brito
Guilherme Luciano Baeta Nunes
Maurício Barros
Paulo Roberto Pereira da Silva
Mauro Soares de Freitas
Ediwal José de Morais
Dídimo Inocêncio de Paula
Eduardo Brum Vieira Chaves
Maria das Graças Silva Albergaria dos Santos Costa
Elias Camilo Sobrinho
Pedro Bernardes de Oliveira
Antônio Sérvulo dos Santos
Francisco Batista de Abreu
Heloísa Helena de Ruiz Combat
Sebastião Pereira de Souza
Selma Maria Marques de Souza
José Flávio de Almeida
Tarcísio José Martins Costa
Evangelina Castilho Duarte
Otávio de Abreu Portes
Nilo Nívio Lacerda
Irmar Ferreira Campos
Luciano Pinto
Márcia De Paoli Balbino
Hélcio Valentim de Andrade Filho
Antônio de Pádua Oliveira
Fernando Caldeira Brant
Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa
José de Anchieta da Mota e Silva
José Afrânio Vilela
Elpídio Donizetti Nunes
Fábio Maia Viani
Renato Martins Jacob
Antônio Lucas Pereira
José Antônio Braga
Maurílio Gabriel Diniz
Wagner Wilson Ferreira
Pedro Carlos Bitencourt Marcondes
Pedro Coelho Vergara
Marcelo Guimarães Rodrigues
Adilson Lamounier
Cláudia Regina Guedes Maia
José Nicolau Masselli
Judimar Martins Biber Sampaio
Antônio Generoso Filho
Fernando Alvarenga Starling
Álvares Cabral da Silva
Fernando Neto Botelho
Alberto Henrique Costa de Oliveira
Marcos Lincoln dos Santos
Rogério Medeiros Garcia de Lima
Carlos Augusto de Barros Levenhagen
Electra Maria de Almeida Benevides
Eduardo César Fortuna Grion
Tibúrcio Marques Rodrigues
Tiago Pinto
Antônio Carlos de Oliveira Bispo
Luiz Carlos Gomes da Mata
Júlio Cezar Guttierrez Vieira Baptista
Doorgal Gustavo Borges de Andrada
José Marcos Rodrigues Vieira
Gutemberg da Mota e Silva
Herbert José Almeida Carneiro
Arnaldo Maciel Pinto
Sandra Alves de Santana e Fonseca
Alberto Deodato Maia Barreto Neto
Eduardo Machado Costa

Composição de Câmaras e Grupos (em 30.09.2009) - Dias de Sessão

Primeira Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

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

Segunda Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

Roney Oliveira*
Mário Lúcio **Carreira Machado**
José Altivo **Brandão Teixeira**
Caetano Levi Lopes
José **Afrânio Vilela**

Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Terceira Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

Kildare Gonçalves Carvalho*
Silas Rodrigues **Vieira**
Dídimo Inocêncio de Paula
Maria das Graças Silva **Albergaria** dos Santos **Costa**
Elias Camilo Sobrinho

Quarta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

José Tarcízio de **Almeida Melo***
José Francisco Bueno
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. Almeida Melo)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Quinta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

Maria Elza de Campos Zettel
José **Nepomuceno** da **Silva***
Manuel Bravo **Saramago**
Mauro Soares de Freitas
Carlos Augusto de **Barros Levenhagen**

Sexta Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

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

Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis

3ª quarta-feira do mês (Quinta e Sexta Câmaras, sob a Presidência do Desª. Maria Elza)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Sétima Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

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

Oitava Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

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

Quarto Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Nona Câmara Cível
Terças-feiras

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

Décima Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores
Alberto Aluízio Pacheco de Andrade
Paulo Roberto **Pereira da Silva***
Álvares **Cabral da Silva**
Electra Maria de Almeida **Benevides**
Gutemberg da Mota e Silva

Quinto Grupo de Câmaras Cíveis
2ª terça-feira do mês
(Nona e Décima Câmaras, sob a Presidência do Des. Osmando Almeida)
- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Primeira Câmara Cível
Quartas-feiras

Desembargadores
Geraldo José **Duarte de Paula***
Selma Maria **Marques** de Souza
Fernando Caldeira Brant
Marcelo Guimarães **Rodrigues**
Marcos Lincoln dos Santos

Décima Segunda Câmara Cível
Quartas-feiras

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

Sexto Grupo de Câmaras Cíveis
3ª quarta-feira do mês
(Décima Primeira e Décima Segunda Câmaras, sob a Presidência do Des. Duarte de Paula)
- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Terceira Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores
Francisco Kupidlowski*
Cláudia Regina Guedes **Maia**
José **Nicolau Masselli**
Alberto Henrique Costa de Oliveira
Luiz Carlos Gomes da Mata

Décima Quarta Câmara Cível
Quintas-feiras

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

Sétimo Grupo de Câmaras Cíveis
2ª quinta-feira do mês
(Décima Terceira e Décima Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Valdez Leite Machado)
- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Quinta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores
José Affonso da Costa Côrtes*
Maurílio Gabriel Diniz
Tibúrcio Marques Rodrigues
Tiago Pinto
Antônio Carlos de Oliveira **Bispo**

Décima Sexta Câmara Cível
Quartas-feiras

Desembargadores
Francisco **Batista de Abreu***
Sebastião Pereira de Souza
Otávio de Abreu Portes
Wagner Wilson Ferreira
José Marcos Rodrigues **Vieira**

Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis
3ª quinta-feira do mês
(Décima Quinta e Décima Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. José Affonso da Costa Côrtes)
- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

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

Nono Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Primeira Câmara Criminal Terças-feiras	Segunda Câmara Criminal Quintas-feiras	Terceira Câmara Criminal Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores	Desembargadores
Márcia Maria **Milanez***	Joaquim **Herculano Rodrigues***	**Jane** Ribeiro **Silva***
Delmival de Almeida Campos	**José Antonino Baía Borges**	**Antônio Carlos Cruvinel**
Ediwal José de Morais	Maria **Beatriz** Madureira **Pinheiro** Costa **Caires**	**Paulo Cézar Dias**
Judimar Martins **Biber** Sampaio	**Hélcio Valentim** de Andrade Filho	**Antônio Armando dos Anjos**
Alberto Deodato Maia Barreto **Neto**	**Renato Martins Jacob**	Eduardo César **Fortuna Grion**

** Presidente da Câmara*

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

Quarta Câmara Criminal Quartas-feiras	Quinta Câmara Criminal Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores
Eduardo Brum Vieira Chaves*	**Alexandre Victor de Carvalho***
Fernando Alvarenga **Starling**	**Maria Celeste Porto** Teixeira
Júlio Cezar **Guttierrez** Vieira Baptista	**Pedro** Coelho **Vergara**
Doorgal Gustavo Borges de **Andrada**	**Adilson Lamounier**
Herbert José Almeida **Carneiro**	**Eduardo Machado Costa**

** Presidente da Câmara*

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

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

Desembargadores

Sérgio Antônio de Resende
Presidente

Cláudio Renato dos Santos Costa
Primeiro Vice-Presidente

Reynaldo Ximenes Carneiro
Segundo Vice-Presidente

Célio César Paduani
Corregedor-Geral de Justiça

Jarbas de Carvalho Ladeira Filho
Terceiro Vice-Presidente

Maria Elza de Campos Zettel

José Edgard Penna Amorim Pereira

José Carlos Moreira Diniz

Paulo Cézar Dias

Vanessa Verdolim Hudson Andrade

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

Desembargadores

Cláudio Renato dos Santos Costa
Primeiro Vice-Presidente

Sérgio Antônio de Resende
Presidente

Roney Oliveira

Reynaldo Ximenes Carneiro
Segundo Vice-Presidente

Joaquim Herculano Rodrigues

Mário Lúcio Carreira Machado

José Tarcízio de Almeida Melo
Presidente do TRE

José Antonino Baía Borges
Vice-Presidente e Corregedor do TRE

José Francisco Bueno

Célio César Paduani
Corregedor-Geral de Justiça

Kildare Gonçalves Carvalho

Jarbas de Carvalho Ladeira Filho
Terceiro Vice-Presidente

José Altivo Brandão Teixeira

Antônio Marcos Alvim Soares
Vice-Corregedor-Geral de Justiça

Antônio Carlos Cruvinel

Edivaldo George dos Santos

Wander Paulo Marotta Moreira

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

Alexandre Victor de Carvalho

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

Comissão de Divulgação e Jurisprudência
(em 21.05.2008)

Desembargadores

Reynaldo Ximenes Carneiro - Presidente

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

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

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

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

Antônio de Pádua Oliveira - 12ª, 13ª, 14ª e 15ª Cíveis

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

Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires - 1ª, 2ª e 3ª Criminais

Maria Celeste Porto Teixeira - 4ª e 5ª Criminais

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Júlio Henrique Prado Bueno - Nota biográfica 15

Da incineração à preservação das relíquias das Minas Gerais - Nota histórica 16

DOUTRINA

Defensoria Pública e tutela dos interesses transindividuais - Rogério Medeiros Garcia de Lima 21

A sentença na cumulação subsidiária de pedidos - José Maria dos Reis e Francis Vanine de Andrade Reis . .37

A pretensão de gratuidade de justiça no processo - Homero Francisco Tavares Junior 44

Competência para processar e julgar o crime de uso de drogas - Gilson Santos Maciel 58

Direito autoral e a independência das autorizações de uso - Renato Dolabella Melo 63

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Corte Superior 71

Jurisprudência Cível 85

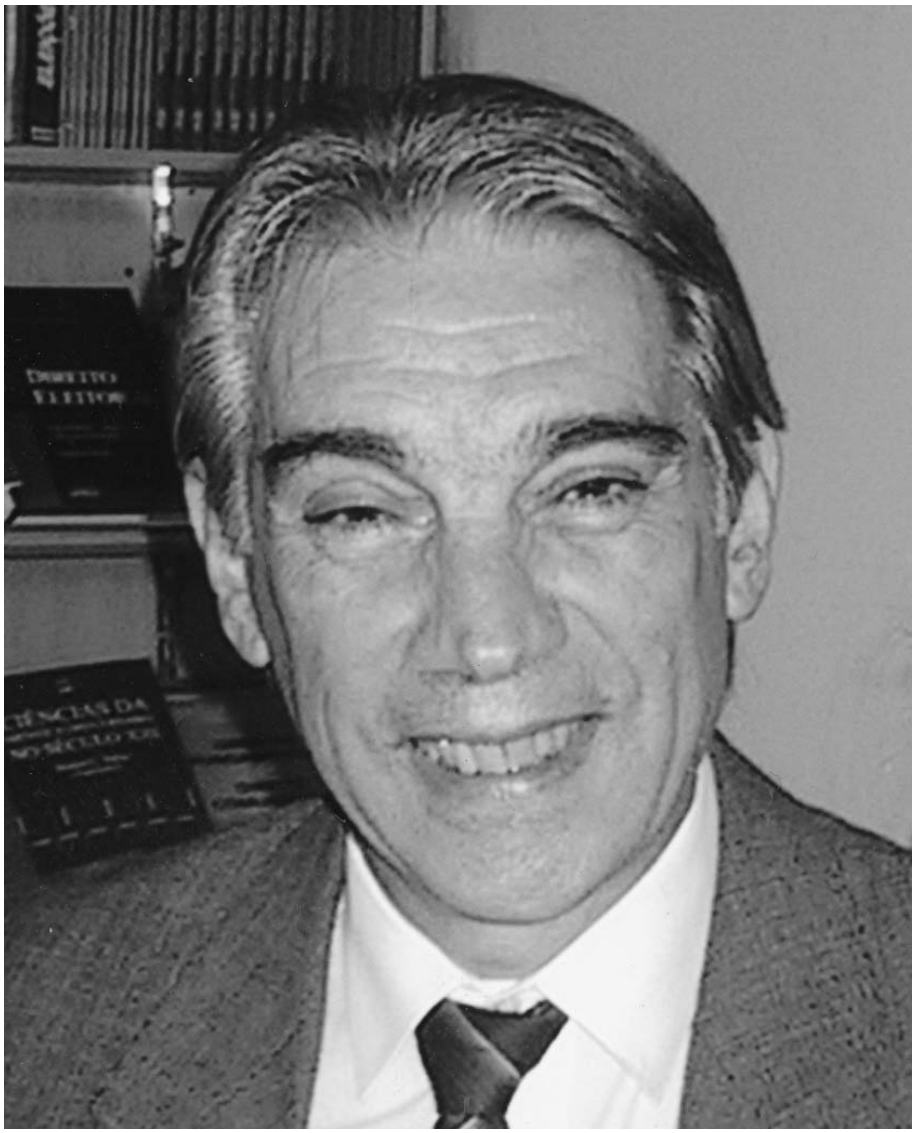
Jurisprudência Criminal 325

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 383

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 391

ÍNDICE NUMÉRICO 395

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO 399



Desembargador JÚLIO HENRIQUE PRADO BUENO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Nota Biográfica*

Desembargador Júlio Henrique Prado Bueno (1946-2010)

Júlio Henrique Prado Bueno, mineiro de Paraguaçu, nasceu em 15 de maio de 1946. Era filho do Desembargador Wagner Brandão Bueno e de Emerenciana Prado Bueno, casado com Márcia Maria Lopes Bueno. É sua filha Daniela Lopes Bueno.

Iniciou seus estudos no Colégio Marista Dom Silvério. Bacharelou-se em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG em 1972.

Aprovado em concurso público realizado em 1976, foi nomeado para o cargo de 15º Juiz de Direito Auxiliar de 1ª Entrância em 11 de janeiro de 1978. Foi designado, em 1º de fevereiro daquele ano, para substituir o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Ponte Nova. Em 11 de maio de 1979, foi removido, a pedido, do cargo de 15º Juiz de Direito Auxiliar, para a Comarca de Barão de Cocais, de 1ª Entrância. Em 28 de maio de 1980, promovido por merecimento, transferiu-se para a Comarca de Santa Bárbara e, em 7 de outubro de 1981, também por merecimento, mudou-se para a Comarca de Viçosa, de 3ª Entrância. Foi Juiz Substituto em Ervália, Teixeiras e Visconde do Rio Branco.

Por merecimento, foi promovido, em 23 de setembro de 1986, para o cargo de 9º Juiz de Direito Substituto da Comarca de Belo Horizonte. Em janeiro de 1989, foi removido para o cargo de Juiz de Direito da 14ª Vara Cível da Capital, passando a atuar na 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Capital, em dezembro de 1990.

Por antiguidade, foi promovido para o extinto Tribunal de Alçada, em 14 de dezembro de 1996, sendo designado para atuar na 5ª Câmara Cível, onde veio a se aposentar em maio de 1998.

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

Além de sua carreira judicante, atuou junto à Associação dos Magistrados Mineiros, Amagis, desempenhando os seguintes cargos: Subdiretor do Departamento de Assistência Médica, Hospitalar e Odontológica, com nomeação em julho de 1991; Subdiretor Cultural do Departamento Sociocultural Esportivo, com nomeação em fevereiro de 1996. Além dessas atividades, foi membro do Conselho de Administração da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Integrantes do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais Ltda., Coopermagis, no período de 2004 a 2007.

Faleceu no último dia 8 de fevereiro de 2010. Na Sessão Extraordinária da Corte Superior, realizada em 10 de fevereiro deste, o Desembargador Baía Borges referiu-se ao saudoso Desembargador como "grande amigo e querido colega" e manifestou o seguinte voto de pesar pelo seu falecimento:

> Registro, ainda, com carinho, que o Julinho era filho de um colega nosso, Desembargador Wagner Brandão Bueno, e irmão de um querido colega de turma, Marcelo Wagner Prado Bueno, que ingressou na Magistratura Trabalhista e também já se aposentou. Tudo isso o liga mais ainda à Magistratura e faz com que a dor de sua perda tenha sido muito grande.

Referências

ARQUIVO DA FAMÍLIA. *Curriculum vitae*, 23 mar. 2010.

CORTE SUPERIOR (Sessão Extraordinária, 8 mar. 2010). *Diário do Judiciário*, Belo Horizonte, 10 mar. 2010, p. 2.

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

---

* Autoria: Andréa Vanêssa da Costa Val e Tânia Mara Cunha Caçador, sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

Da incineração à preservação das relíquias das Minas Gerais*

Nas entrelinhas de milhares de processos judiciais manuscritos do século XIX, pertencentes ao Poder Judiciário Mineiro, encontram-se riquezas que retratam não só os costumes da época, mas também, através da vida cotidiana e privada descrita nesses processos, características determinantes da história jurídica, social, cultural, econômica e política da localidade, do Estado ou até mesmo da própria nação.

Diante de um acervo judicial tão vasto como o do Poder Judiciário Mineiro, se a incineração fosse o único critério utilizado para eliminar o grande número de papéis do passado, boa parte da história de Minas Gerais já se teria perdido.

A guarda do grande volume de processos judiciais findos sempre foi problema, devido à falta de espaço físico nos Fóruns. Mas, a partir da Resolução nº 252, de 25 de maio de 1993, da Corte Superior, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG vem esforçando-se para encontrar uma saída na obtenção da conciliação entre a urgente necessidade de aliviar o grande acúmulo de processos nos arquivos judiciais, às vezes sem condições de conservação satisfatórias, e a preservação de processos, livros e documentos de interesse histórico, autorizando a transferência de autos judiciais definitivamente arquivados para museus públicos ou entidades oficiais assemelhadas.

O art. 1º da citada resolução dispõe que:

> Nas comarcas onde exista Museu Público ou entidade oficial assemelhada, poderá ser autorizada, pelo Juiz de Direito Diretor do Foro, após ouvido o Corregedor de Justiça, a transferência, para essas entidades, dos autos de processos judiciais com decisão definitiva proferida há mais de 20 (vinte) anos, desde que por eles não se interesse a Superintendência da Memória do Judiciário Mineiro.

A Memória do Judiciário Mineiro - Mejud sempre foi favorável à celebração de convênios com Museu Público ou entidade oficial assemelhada, pois acredita que o recolhimento de tão avultado número de acervo judicial por essas entidades solicitantes constitui uma atitude que minimiza o número de processos em vias de serem destruídos, promovendo a sua preservação, sem contar que a permanência do acervo na própria comarca é um critério aconselhado por facilitar o estudo da história local.

Posteriormente, através da Resolução nº 267, de 23 de novembro de 1994, da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, como medida encontrada para solucionar parte deste obstáculo desafiador, que são os exíguos espaços físicos destinados à guarda do acervo judicial, autoriza o Corregedor-Geral de Justiça a: "baixar instrução objetivando um expurgo nos arquivos forenses do Estado, incinerando-se autos judiciais findos, cuja conservação seja de nenhum interesse".

Mas, devido à complexidade da conceituação do que deva realmente ser preservado e eliminado, foram necessárias diversas disposições disciplinadoras, tanto no tocante à incineração de autos judiciais findos quanto à preservação do acervo considerado de interesse histórico, pois a falta de cautela e de critérios legais poderia acarretar eventual possibilidade de perda do acervo judicial de valor histórico.

Desse modo, considerando a autorização contida no art. 1º, da Resolução nº 267/94, o Provimento nº 009, de 7 de março de 1997, da Corregedoria-Geral de Justiça, disciplina a incineração de autos judiciais findos. O art. 3º desse provimento prescreve a remessa dos processos de valor histórico à Mejud, a critério do Juiz Diretor do Foro. Outras cautelas também foram determinadas por essa norma, visando à salvaguarda de toda documentação cartorial, dentre elas a especificação dos tipos de processos sujeitos à destruição, determinando-se a expedição de edital para ciência às pessoas e instituições eventualmente interessadas na preservação.

Passaram, então, os Juízes Diretores de Foro a selecionar os processos destinados à destruição, muitos dos quais já foram transferidos a entidades públicas interessadas na conservação, mas sempre observando as providências necessárias contidas no provimento supracitado, bem como as determinadas na aludida Resolução nº 252/93, dentre as quais sobressaem a audiência da Corregedoria-Geral de Justiça e a consulta à Memória do Judiciário Mineiro para manifestar seu eventual interesse no recolhimento dos processos.

Estando, naquele momento, como Superintendente da Mejud, o digno Desembargador Walter Veado, que sempre se destacou pela sensibilidade e acuidade em resguardar processos, livros e documentos que possam representar uma contribuição para a pesquisa histórico-judiciária, solicitou[1] à Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais a adoção de providências complementares às já adotadas no Provimento nº 009/97, com o intuito de evitar a eventual incineração de processos de interesse para a preservação da memória judiciária do Estado.

---

* Autoria: Andréa Vanêssa da Costa Val e Rosane Vianna Soares, sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

[1] A solicitação foi feita através do Ofício s/nº, de 6 de maio de 1997.

Considerando o requerimento formulado pelo Desembargador Walter Veado, o Corregedor-Geral de Justiça, o então Desembargador Lauro Pacheco de Medeiros Filho, baixou o Provimento nº 013, de 23 de maio de 1997, que introduz modificações nos arts. 3º e 4º do Provimento nº 009/97.

O art. 1º do Provimento nº 013/97 modifica o art. 3º do Provimento nº 009/97, determinando aos Juízes Diretores do Foro que, depois de encerrado o levantamento dos autos findos em condições de incineração, seja cientificada a Mejud para que esta avalie o valor histórico dos feitos selecionados para incineração ou eliminação mecânica e manifeste seu interesse na preservação do processo.

Paralelamente, foi divulgado o Provimento nº 556, de 14 de fevereiro de 1997, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, autorizando a destruição física de autos de processos arquivados há mais de cinco anos em Primeira Instância devido ao grave problema de armazenamento de autos judiciais arquivados. Após a edição do provimento, houve ampla discussão não só no meio jurídico, mas também entre historiadores e pesquisadores que se interessam na preservação da memória judiciária daquele Estado. Diante da celeuma, a Associação dos Advogados de São Paulo - ASSP impetrou mandado de segurança coletivo[2] contra o ato, perante o Superior Tribunal de Justiça - STJ, impugnando a legalidade do provimento. Concomitantemente, a questão foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade[3] ajuizada junto ao Supremo Tribunal Federal - STF pela Procuradoria-Geral da República.

Diante dos fatos, o Desembargador Walter Veado envia proposta ao Presidente do TJMG solicitando-lhe submeter a questão à consideração da Corte Superior, "propondo-lhe suspensão da vigência da Resolução nº 267/94, até que se complete o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade retrorreferida, quando se terá uma orientação definitiva para a matéria[4].

Assim sendo, através da constante preocupação da Superintendência da Mejud na preservação de tão valioso patrimônio arquivístico, se deu mais uma conquista concernente à incineração de autos findos. Acolhendo sugestão do Superintendente da Mejud, Desembargador Walter Veado, a Corte Superior do TJMG baixou a Resolução nº 344, de 28 de dezembro de 1998, que suspendia a vigência da Resolução nº 267/94, até que o Supremo Tribunal Federal se pronunciasse a respeito da matéria levada a seu julgamento em ação direta de inconstitucionalidade.

Tal ato administrativo resultou na emissão do Aviso nº 03/99, da Corregedoria-Geral de Justiça, que suspende a vigência dos Provimentos nº 009/97 e nº 013/97. Contudo, não prejudicou a Resolução nº 252/93, que continuou, em pleno vigor, a autorizar "a transferência de autos judiciais definitivamente arquivados para museus Públicos ou entidades oficiais assemelhadas, nas hipóteses que especifica".

Tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal manifestaram-se pela ilegalidade do Provimento nº 556/97. Essa decisão teve repercussão não só no Estado de São Paulo, mas para todos os tribunais de justiça estaduais.

Frequentemente, Juízes Diretores das Comarcas estabelecem contato com a Mejud comunicando a existência de processos merecedores de preservação e solicitando esclarecimentos concernentes aos acervos cartorários, objeto de interesse de museus públicos ou entidades oficiais assemelhadas, que os reclamam como de direito.

São vários os expedientes enviados pelos Juízes Diretores do Foro solicitando autorização para a celebração de convênios com universidades, fundações e museus públicos interessados na recuperação do acervo cartorário e sua guarda e conservação. Cita-se, como exemplo, as gestões do IPHAN e da Universidade Federal de São João del-Rei, ambas interessadas no estudo de importantes fontes históricas da antiga Comarca do Rio das Mortes. Essas instituições firmaram convênio de cooperação mútua para conservação, manutenção e disponibilidade de acesso ao acervo cartorário daquela região. A Comarca de São João del-Rei possui um riquíssimo acervo cartorário; instalada em 1714, abrangia os Termos de Jacuí, Baependi, Campanha, Barbacena,

---

[2] Ementa da decisão referente ao Recurso Ordinário em MS nº 11.824 - SP: "Recurso ordinário. Mandado de segurança. Destruição física de processos. Provimento CSM 556/97. Nulidade. Recurso ordinário conhecido e provido para declarar a nulidade do Provimento nº 556/97, do Conselho Superior da Magistratura, por sua flagrante ilegalidade.

[3] Decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1919-8 São Paulo: "Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento n. 556, de 14.02.97, do Conselho Superior de Magistratura do Estado de São Paulo. Destruição física dos autos de processos judiciais arquivados há mais de cinco anos em primeira instância. Alegação de invasão da competência privativa da União para legislar sobre matéria processual. Artigos 22, I, e 48, *caput*, da Constituição Federal. - Tendo em vista o trânsito em julgado de acórdão da egrégia Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.824, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* 27.05.2002, concedeu a segurança pleiteada para declarar a nulidade do provimento impugnado, é de ser reconhecer a perda superveniente do objeto da presente ação direta, tornando-se prejudicado o pedido formulado na inicial".

[4] A solicitação foi feita através do Ofício nº 32, de 22 de dezembro de 1998.

Queluz (atual Conselheiro Lafaiete), Oliveira, São José do Rio das Mortes (atual Tiradentes) e Tamanduá (atual Itapecerica)[5].

Diante da concomitância de acontecimentos houve por bem a Corregedoria-Geral de Justiça baixar o Provimento nº 117, de 10 de fevereiro de 2004. Ele contém disposições disciplinadoras fixando procedimentos a serem adotados pelos Juízes Diretores de Foro das Comarcas do Estado de Minas Gerais. Posteriormente, através do Aviso nº 21/CGJ/2009, de 22 de julho de 2009, foi comunicado aos Juízes Diretores do Foro das Comarcas "que se abstenham de firmar convênios e dirijam à Mejud as propostas que desejem apresentar, relativamente a qualquer ação que envolva o acervo cartorário de valor histórico existente em suas comarcas".

Esta Superintendência, como órgão responsável pela preservação do acervo histórico relacionado com o Poder Judiciário do Estado, cumpre o estabelecido na Resolução nº 519, de 8 de janeiro de 2007. O seu art. 65 diz, expressamente, o seguinte:

> A Memória do Judiciário Mineiro, museu do Poder Judiciário, subordina-se diretamente à Presidência do Tribunal de Justiça e tem como objetivo manter o acervo histórico do Tribunal de Justiça atualizado e acessível às diversas áreas do Órgão e à sociedade em geral, de modo a contribuir para fortalecer e aprimorar a imagem institucional.

O art. 66, inciso I, estabeleceu, como atribuição da Mejud, "propor e viabilizar a implementação de políticas e diretrizes relacionadas com a manutenção do acervo histórico do Poder Judiciário Mineiro localizado na Secretaria do Tribunal e nas comarcas.

Nestes 20 anos de existência, a Mejud vem apresentando propostas e recomendações de forma a concretizar a eliminação dos obstáculos no tocante aos espaços físicos, às atividades preliminares de guarda e/ou transferência do acervo às dependências de entidades afins. Desse modo, assegura-se aos Juízes Diretores do Foro orientações pertinentes à identificação, preservação e difusão do acervo cartorário de valor histórico da comarca, dentro dos critérios de exigência técnica e de acordo com as instruções contidas nos atos administrativos, de modo a alcançar a melhoria na salvaguarda do riquíssimo acervo espalhado nas comarcas do Estado.

Atualmente, a Memória do Judiciário Mineiro está sob a direção do Exmo. Desembargador Hélio Costa, o qual, pelos seus excepcionais atributos de cultura e relevantes serviços prestados à causa da preservação em todos estes anos de sua profícua e digna atividade, tem contribuído e enriquecido sobremaneira a divulgação e o desenvolvimento permanentes, na busca dos objetivos primordiais desta Superintendência.

O primeiro Superintendente, Desembargador Pedro Braga, realizou, com brilho e eficiência, a missão de constituir o acervo da Mejud, procedendo ao registro e à catalogação das peças coletadas, bem como à divulgação de dados biográficos de figuras expressivas da Magistratura mineira e de fatos históricos de marcante interesse. Na gestão do Desembargador Walter Veado, segundo Superintendente da Mejud, traçaram-se linhas gerais na defesa do precioso acervo judicial, apontando meios para sua identificação e conservação. Entretanto, é na gestão do Desembargador Hélio Costa que as ações desenvolvidas sofreram intervenções significativas; além das atividades acima citadas, tem-se estabelecido uma política "museal" com o intuito de transmitir a memória do nosso rico patrimônio cultural, onde a difusão assume papel importante, introduzindo, portanto, no contexto das atividades do museu, a ação educativo-cultural.

Assim, da incineração à preservação, a Mejud, hoje, transmite o legado deixado por esta Instituição dos desafios na conquista do objetivo único de valorizar e divulgar as relíquias do Poder Judiciário, sempre sobrepujando os obstáculos. Ao longo do caminho percorrido, esta Superintendência pôde acompanhar de perto as diversas etapas de todo o processo e, a partir das experiências do passado, passa a fornecer mecanismos e medidas de valorização sempre mais eficientes e eficazes dentro dos princípios orientadores das normas e procedimentos fixados por esta egrégia Casa.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário. Mandado de Segurança. Destruição física de processos. Provimento CSM 556/97. Nulidade. Recurso ordinário conhecido e provido para declarar a nulidade do Provimento nº 556/97, do Conselho Superior da Magistratura, por sua flagrante ilegalidade. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.824 - SP* (2000/0031798-5). Apelante: Associação dos Advogados de São Paulo. Apelado: Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, Acórdão de 16 de abr. 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22FRANCISCO+PE%C7ANHA+MARTINS%22%29.min.&processo=11824&b=ACOR>. Acesso em: 14 jan. 2010.

[5] O Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Mejud, através dos Ofícios nº 113 e nº 115, de 12 de dezembro de 2008, encaminha relato dos fatos referentes aos convênios feitos com a Universidade Federal de São João del-Rei - UFSJ ao Presidente do TJMG, Desembargador Sérgio Antônio Resende.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento nº 556, de 14.02.97, do Conselho Superior de Magistratura do Estado de São Paulo. Destruição física dos autos de processos judiciais arquivados há mais de cinco anos em primeira instância. Alegação de invasão da competência privativa da União para legislar sobre matéria processual. Artigos 22, I, e 48, *caput*, da Constituição Federal. Tendo em vista o trânsito em julgado de acórdão da egrégia Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.824, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 27.05.2002, concedeu a segurança pleiteada para declarar a nulidade do provimento impugnado, é de ser reconhecer a perda superveniente do objeto da presente ação direta, tornando-se prejudicado o pedido formulado na inicial. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1919-8 - SP*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Brasília, DF, Acórdão de 7 de abr. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266800>. Acesso em: 14 jan. 2010.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral de Justiça. Aviso nº 03, de 10 de fevereiro de 1999. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 22 fev. 1999.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral de Justiça. *Aviso nº 21,* de 22 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/info/pdf/index.jsp?uri=/corregedoria/codigo_normas/avisos.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2010.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral de Justiça. Pedido de providências quanto à incineração de autos. Parecer exarado nos autos da Consulta nº 3659/DEOAC, de 14 de maio de 1997. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 26 maio 1997.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral de Justiça. Provimento nº 009, de 7 de março de 1997. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 14 mar. 1997.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral de Justiça. Provimento nº 013, de 23 de maio de 1997. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, [1997].

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral de Justiça. *Provimento nº 117,* de 10 de fevereiro de 2004. Fixa procedimento a ser adotado pelos MM. Juízes Diretores de Foro das Comarcas do Estado de Minas Gerais, para fins de cumprimento dos dispositivos da Resolução nº 252/93. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/info/pdf/index.jsp?uri=/corregedoria/codigo_normas/provimento.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2010.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. *Resolução nº 252,* de 25 de maio de 1993. Autoriza transferência de autos judiciais definitivamente arquivados para Museus Públicos ou entidades oficiais assemelhadas, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re02521993.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2010.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. *Resolução nº 267,* de 23 de novembro de 1994. Dispõe sobre incineração de autos judiciais findos. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re02671994.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2010.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Resolução nº 344, de 28 de dezembro de 1998. Suspende a vigência da Resolução nº 267/94. *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 30 dez. 1998.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. *Resolução nº 519,* de 8 de janeiro de 2007. Revoga a Resolução nº 423/2003, dispõe sobre o Comitê Estratégico de Gestão Institucional, o Comitê Executivo de Gestão Institucional, a Secretaria Especial da Presidência e a Secretaria Executiva de Planejamento e Qualidade na Gestão Institucional, estabelece a estrutura e o funcionamento das unidades organizacionais da Secretaria do Tribunal de Justiça diretamente vinculadas ou subordinadas à Presidência, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re05192007.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2010.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio arquivístico sob a guarda do Poder Judiciário: o problema da eliminação e do acesso aos autos processuais findos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1583, 1 nov. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10597>. Acesso em: 14 jan. 2010.

NOVIDADE: A "queima de arquivo" social. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 9 mar. 1997. Caderno 1, p. 14.

...

Defensoria Pública e tutela dos interesses transindividuais

Rogério Medeiros Garcia de Lima[*]

"Como na canção de Milton Nascimento,
a Justiça tem de ir aonde o povo está"
(Rogério Medeiros Garcia de Lima, 2003, p. 150).

Sumário: I - Introdução. II - Cidadania, acesso à justiça e à Defensoria Pública. III - Legitimação da Defensoria Pública para propor ação civil pública. IV - Ação civil pública e os direitos de terceira geração. V - Enfoque jurisprudencial. VI - Conclusões. Referências bibliográficas.

I - Introdução

O acesso à justiça é garantia conferida aos cidadãos no Estado Democrático de Direito. No entanto, sobretudo nos países subdesenvolvidos, pessoas economicamente carentes são alijadas do acesso à prestação jurisdicional. São os mesmos indivíduos aos quais o Estado denega assistência à saúde, saneamento básico, transporte, educação, emprego, previdência social, enfim, condições de existência digna.

A Constituição Federal de 1988 é pródiga em proclamar garantias individuais e coletivas e estabelecer direitos sociais. Determinou ao Estado a implementação de multifárias políticas públicas com o fito de promover a dignidade da pessoa humana. No entanto, a maioria das medidas não foi implantada. Diversas delas nem sequer foram regulamentadas pelo legislador ordinário. A denominada Constituição Cidadã, nos primórdios de sua vigência, foi varrida pela voga neoliberal. Desde os anos 1990, sucessivos governos adotam o choque de liberalismo exaltado pelo finado Roberto Campos (*A reinvenção do Estado*, 1996):

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

Os críticos da Carta de 1988 consideram ingênua a "inflação de direitos", os quais "não cabem" no Produto Interno Bruto (PIB) do país. O "excesso de direitos" corresponde às aspirações sociais, cuja satisfação depende da macroeconomia, da organização dos setores produtivos e da inserção do Estado na economia mundial. São variáveis estranhas ao Direito. É o que destaca Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 4):

> Para os países em desenvolvimento, o rol de direitos inspirado nas Declarações Internacionais e nos textos constitucionais dos países avançados constitui ideal irrealizável, em vista dos meios disponíveis.
> Mais do que isso, em certos momentos, como ocorreu nos anos 80 com o declínio do Estado de bem-estar nos países europeus, a multiplicação de direitos, particularmente os direitos sociais, seria um fator de perda de competitividade dos Estados, na medida em que tais direitos imporiam a criação e manutenção de pesadas e dispendiosas estruturas de serviços públicos de saúde, educação etc.
> Deve-se, desde logo, relativizar a tradução dessa situação para os países periféricos na economia mundial, tendo em vista que neles não é o Estado social, mas a falta dele, uma das responsáveis pela pequena competitividade.

O neoliberalismo, antes de solucionar os problemas macroeconômicos do Brasil, agravou as carências sociais do país. Como já proclamou Alain Touraine, a prioridade atual é reconstruir o sistema político e abandonar a perigosa ideia de que os mercados podem regular a si mesmos. Essa ideia, do ponto de vista político, é bastante insatisfatória. O desemprego em massa, a queda do nível de vida para muitos e o aumento das desigualdades não são apenas variáveis econômicas: significam, sobretudo, vidas e sofrimento (GARCIA DE LIMA, 2002, p. 38).

Nesse quadro de carências, avulta o papel do Poder Judiciário. Com efeito, verificou-se verdadeira "explosão" de ações judiciais após o advento da Constituição de 1988. Fortalecida a cidadania, as pessoas procuram mais os tribunais (VELLOSO, *Revista Cidadania e Justiça*, 4/94-111). O controle crescente da Justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos contemporâneos. Os juízes são chamados a se manifestar em número cada vez mais extenso de setores da vida social (GARAPON, 1999, p. 24). Gaudêncio Torquato destaca o fenômeno "judiciocracia", democracia feita sob obra e graça do Poder Judiciário (*A "judiciocracia" ameaça?*, 2007):

> A tendência de maior participação dos tribunais em ações legislativas e executivas decorre da própria 'judicialização' das relações sociais, fenômeno que se expressa de

[*] Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Professor de cursos de graduação e pós-graduação em Direito.

> maneira intensa tanto em democracias incipientes quanto em modelos consolidados, como os europeus e o norte-americano, nos quais os mais variados temas envolvendo políticos batem nas portas do Judiciário.

As atenções se voltam para a prestação jurisdicional. Maria Celina D'Araújo aponta o florescimento da pesquisa acadêmica sobre o Poder Judiciário, após a redemocratização em vários países da América do Sul (*Revista de Administração Pública*, v. 35, p. 145-166). Segundo a cientista política:

> A Justiça deve ser um agente ativo na consolidação da democracia, e a democratização inclui necessariamente uma nova visão de direitos e acesso à justiça [...]. As ditaduras estiveram presentes na maior parte dos países sul-americanos na segunda metade do século XX, deixando como saldo um retrocesso em várias esferas das liberdades e das garantias individuais. É contra este déficit de direitos que esses países se posicionam hoje, procurando consolidar formas tradicionais e criar novas modalidades institucionais que ajudem na demanda reprimida por direitos e que auxiliem na construção de uma democracia igualitária.

Nesse contexto, é alvissareira a edição da Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, a qual atribuiu legitimidade à Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública.

O presente ensaio versará o tema a partir da evolução da cidadania e do acesso à justiça no Brasil. Enfocará a origem e a atual configuração institucional da Defensoria Pública. A legitimação ativa do órgão para propor ações civis públicas merecerá reflexões doutrinárias, *pari passu* com a evolução dos direitos de primeira, segunda e terceira gerações e dos instrumentos processuais a eles correlatos. Por derradeiro, espelharemos a jurisprudência sobre o tema e elaboraremos uma síntese conclusiva.

II - Cidadania, acesso à justiça e à Defensoria Pública

O vocábulo "cidadão" designa o indivíduo na posse dos seus direitos políticos. "Cidadania" é a manifestação das prerrogativas políticas que um indivíduo tem no Estado Democrático. Consiste, portanto, na expressão da qualidade de cidadão e no direito de fazer valer as prerrogativas que defluem do regime democrático (BASTOS, 1994, p. 19-20).

Consoante José Murilo de Carvalho (1995, p. 10-11):

> Cidadania é também a sensação de pertencer a uma comunidade, de participar de valores comuns, de uma história comum, de experiências comuns. Sem esse sentimento de identidade coletiva - que conferem a língua, a religião, a história -, não será possível a existência de nações democráticas modernas. A identidade nacional quase sempre se acha estreitamente vinculada aos direitos, sobretudo os civis. Porém é mais do que a soma dos direitos, é como a argamassa que une entre si os indivíduos e mantém unida a comunidade em momentos de crise. Identidade nacional e cidadania, sem confundir-se, reforçam-se mutuamente.

A ideia de cidadania se consolidou com o triunfo da Revolução Francesa, a partir da qual a política se transformou em "coisa pública" (RÉMOND, 1976, p. 130-131). O Estado moderno reconhece como pessoa todo indivíduo, a ele submetido. Indivíduos submetidos ao Estado participam da constituição e exercem funções como sujeitos. São, portanto, titulares de "direitos públicos subjetivos" (DALLARI, 1995, p. 84).

Nos países latino-americanos, o desenvolvimento da cidadania não seguiu o modelo inglês. No Brasil colonial, escravidão e latifúndio não foram bons antecedentes para a formação de futuros cidadãos. A Independência não trouxe a conquista imediata dos direitos de cidadania. A herança colonial era muito negativa, e o processo de emancipação, bastante suave, não permitiu mudança radical. Apesar das expectativas, poucas coisas mudaram com a Proclamação da República em 1889. Na Primeira República, governaram oligarquias estaduais (CARVALHO, 1995, p. 10-31). A despeito da evolução social operada no decorrer do século 20, chegamos à Constituinte de 1988 com enorme débito a resgatar. Na ocasião, ressaltava o cientista político Paulo Sérgio Pinheiro (1985, p. 55 e 68):

> Os direitos civis dos cidadãos não podem continuar recebendo o tratamento formalista da tradição brasileira, limitado à referência retórica, mero disfarce para uma hegemonia das classes dominantes sempre escorada na violência aberta. A ditadura instalada pelo golpe de estado de 1964 aprofundou de maneira dramática a opressão e a violência do Estado sobre as classes populares [...].
>
> O que está em causa é a ruptura da concepção de que a função fundamental do Estado é controlar o povo. A democracia pressupõe, ao contrário, o controle do Estado pelo povo. Se quisermos romper com o autoritarismo pacificamente, as condições do controle democrático do Estado devem ser definidas. E não há melhor começo do que assegurar a proteção contra a opressão, o arbítrio, a discriminação, que há tantas décadas se abatem sobre a maioria da população. O desafio principal é promover essa nova relação de controle do povo sobre o Estado, assegurando a cidadania plena a todos.

Em termos de acesso à justiça, salientou o Desembargador gaúcho Cláudio Baldino Maciel, então Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (*Revista Cidadania e Justiça*, v. 11, p. 253):

> Os brasileiros, que em boa parte não têm acesso a um mínimo sistema de saúde e de educação, estão longe também do acesso pleno ao Judiciário, o que perfaz imensa dívida social e dramático débito de cidadania em nosso País. [...] O Judiciário deve estar a serviço da cidadania, de todos os brasileiros, sem exceção. Estamos assim legitimados a indagar por que milhões de brasileiros nunca demandaram em juízo por seus direitos, mesmo vendo-os violados. Devemos todos voltar os olhos para essa questão crucial, sem cinismo

> e em nos desviarmos de suas causas. Veremos, então, que mais de cinqüenta milhões de brasileiros estão, segundo pesquisa recente, abaixo da linha de pobreza. A que tipo de Justiça terão acesso se não possuem o suficiente para matar a fome, se não têm qualquer consciência de seus direitos? E quando a têm, dificilmente terão acautelado os seus interesses por falta, no mais das vezes, de mínima informação. A miséria impõe-lhes toda sorte de obstáculos à educação formal em níveis de suficiência para o exercício da cidadania.

Em Minas Gerais, no século 18, a Inconfidência Mineira teve como protomártir o alferes Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes. A fracassada sedição foi investigada pela Devassa. Ao final das investigações, a Alçada, constituída para o julgamento dos inconfidentes presos, nomeou defensor o advogado da Casa de Misericórdia, José de Oliveira Fagundes. O trabalho do combativo Fagundes foi árduo, como registra Pedro Paulo Filho (1989, p. 452-453):

> Dentre as dificuldades de Fagundes, revela notar aquela oriunda da defesa conjunta de todos os acusados, embora conflitantes os seus interesses processuais; a outra, decorria do exíguo tempo de cinco dias para preparar todo um ingente trabalho e ainda a dificuldade decorrente da impossibilidade que teve Fagundes na preparação da defesa, impossibilitado de recolher dos próprios réus notícias e pormenores que lhes ajudassem na defesa.
> A defesa escrita pelo dr. Fagundes, procurando livrar os 29 réus das severas penas previstas, honra, pois, sob o ponto de vista da cultura jurídica e da dedicação devida aos pacientes. Possui estrutura digna de seguro argumentador, revela conhecimento das obras dos grandes juristas do seu tempo, examina e busca rebater as acusações e parte para diminuir as dimensões do movimento. Honrou seu título de bacharel, conseguido em Coimbra em 1778. Mostrou-se à altura do *munus* de que o encarregaram. Em conseqüência, não foge da verdade histórica afirmar que nem sempre se tem louvado suficientemente esse advogado. A preocupação em exaltar os conjurados, embora legítima, deixou em relativo, mas lamentável e imerecido esquecimento, por parte dos historiadores, o advogado que honrou a sua classe, quando sombrias apreensões angustiavam a vida pública brasileira.

O constitucionalista mineiro Ricardo Fiúza (1991, p. 156-164) assinala que Fagundes atuou no processo como verdadeiro "defensor público" e recebeu do Erário Régio honorários de 200$000. A leitura dos Autos da Devassa revela:

> Mesmo depois de tornada pública e aplicada (a sentença), não se satisfez o advogado com as graças concedidas e continuou recorrendo, inclusive após a morte de Tiradentes, conseguindo, ainda, maior redução nas penas de degredo.

A assistência judiciária, ainda de forma rudimentar, passou a ser disciplinada pela legislação no fim do século 19 (MIOTTO, 1977, p. 40-44). No Brasil, a Constituição Federal de 1934, art. 113, nº 32, consagrou a assistência judiciária aos necessitados como dever do Estado (SILVA, 2000, p. 115-116). O art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição de 1988 a incluiu entre as garantias individuais e coletivas: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

A Lei Federal nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

Disserta Cândido Dinamarco (2001, v. 2, p. 671):

> A assistência judiciária é instituto destinado a favorecer o *ingresso em juízo*, sem o qual não é possível o acesso à justiça, a pessoas desprovidas de recursos financeiros suficientes à defesa judicial de direitos e interesses. Sabido que o processo custa dinheiro, inexistindo um sistema de justiça inteiramente gratuito onde o exercício da jurisdição, serviços auxiliares e defesa constituíssem serviços honorários e, portanto, fossem livres de qualquer custo para o próprio Estado e para os litigantes, para que os necessitados possam obter a tutela jurisdicional é indispensável que de algum modo esse óbice econômico seja afastado ou reduzido. Daí a busca de meios para suprir as deficiências dos que não têm. Uma das famosas *ondas renovatórias* que vêm contribuindo para a modernização do processo civil, adequando-o à realidade social e contribuindo para a consecução de seus escopos sociais, é precisamente aquela consistente em amparar pessoas menos favorecidas. A assistência judiciária integra o ideário do 'Armenrecht', que em sentido global é um sistema destinado a minimizar as dificuldades dos pobres perante o direito e para o exercício dos seus direitos (grifos no original).

Mauro Cappelletti e Bryanth Garth (1988, p. 22-24) identificaram barreiras a ser superadas para os indivíduos hipossuficientes terem efetivo acesso à justiça: 1) necessidade de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível; 2) aquisição de conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda; e 3) disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais. E acrescentaram:

> Mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo. (Um) estudo inglês, por exemplo, fez a descoberta surpreendente de que 'até 11% dos nossos entrevistados disseram que jamais iriam a um advogado'. Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.

Também defendem a simplificação do Direito (1988, p. 156):

> Nosso Direito é freqüentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores, nos quais a simplificação é tanto

desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico.

A Constituição Federal de 1988, com as alterações da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, também dispôs sobre a Defensoria Pública:

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.
> § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.
> § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

A despeito da relevância social da Defensoria Pública, o Poder Público não se desincumbe da obrigação de garantir os recursos necessários ao satisfatório funcionamento da instituição. É considerada a "prima pobre da Justiça". Os defensores públicos recebem vencimentos aviltantes:

> As maiores diferenças ocorrem em Minas Gerais e no Pará. Enquanto os promotores de Justiça mineiros em início de carreira recebem R$ 18.957,64, os defensores, no mesmo estágio, recebem R$ 3.160,32. No Pará, ao final da carreira, os defensores ganham R$ 2.734,09; os promotores, R$ 22.111,25. [...]
> A Defensoria Pública está longe de atingir seu objetivo constitucional de garantir o acesso da população carente ao Judiciário. Prevista na Constituição desde 1988, ela ainda não existe em todos os Estados do país e não abrange nem 40% das comarcas.
> A situação é mais grave nos Estados em que os indicadores sociais são mais baixos. Considerados sete Estados nessa condição (Acre, Alagoas, Bahia, Maranhão, Paraíba, Piauí e Sergipe), apenas 35,9% de suas comarcas têm Defensoria.
> O trágico da situação é que os Estados com indicadores sociais mais baixos são justamente aqueles onde a maior parte da população é o público-alvo da Defensoria Pública', diz André Castro, coordenador do Diagnóstico das Defensorias Públicas, estudo da Secretaria Nacional da Reforma do Judiciário a ser lançado na sexta. 'Constitucionalmente, cada comarca deveria ter um juiz, um promotor e um defensor público. Essa é a única forma de tornar efetivo o princípio de que todos devem ter acesso à justiça', afirma Castro.
> Onde não há defensor, é comum o juiz designar um advogado para cumprir a função. Muitos Estados também fazem convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil. Em geral, porém, o advogado só atua quando o pobre é réu. Assim, quando a população carente busca orientação ou precisa mover uma ação, ela fica órfã (Fonte: *Folha de São Paulo*, edição de 03 de dezembro de 2006, p. A-24-25).

Em 2001, ao assumir a presidência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio discursou:

> Convém estimular a mudança de atitude do Poder Judiciário que, em paralelo com a organização da sociedade civil, deve compreender a democracia participativa como o melhor e mais adequado meio para a definição de novas diretrizes. Impõe-se a reorientação do Judiciário nacional, para exercer ativamente atribuições que possibilitem a realização do objetivo principal e último: a concretização inquestionável, e não apenas teórica, virtual, da garantia de acesso a Justiça a todos, indistinta e eficazmente, sem o que qualquer democracia não passa de caricato arremedo ou mera utopia.
> Senhores, para quem esperava um discurso de posse, lanço aqui um manifesto de mobilização dos operadores do direito e de todo o corpo social, em favor da alteração de mentalidade do Poder Judiciário e da própria comunidade jurídica, para que participem conosco ativamente da reflexão sobre a urgência desta tarefa, sobre o modo como poderá ser realizada, bem como os valores nos quais se assentará. Cada um há de agir no âmbito do próprio mister: as faculdades de direito, na pesquisa e definição teórica, no ensino da ética e da filosofia que deverão nortear, agora e no futuro, a aplicação do direito em novos tempos, para tanto, contando com o entusiasmo, o idealismo e o labor incessante dos doutrinadores, verdadeiros artífices do conhecimento como condição intrínseca do progresso e, assim, do bem-estar geral; o combativo Ministério Público e a Defensoria Pública, na proteção da sociedade e dos hipossuficientes; a Ordem dos Advogados, na definição de causas em que possível incluir pleitos ainda inéditos no Judiciário; os juízes, materializando o ideal de Justiça e, desse modo, honrando a missão sagrada de julgar os conflitos de interesses postos ao seu discernimento, sem cuidados outros com ideologias de ocasião ou eventuais repercussões neste ou naquele segmento social, mas tendo em vista sobretudo o ministério que elegeu: dar a cada qual o que de direito (Discurso de posse, Brasília, 31.05.2001).

Alvissareiramente, a mais alta Corte brasileira declarou inconstitucional dispositivo da Lei do Estado de Pernambuco nº 12.755/05, que criou a Secretaria de Justiça e Direitos Humanos. A alínea c, inciso IV, art. 2º, da lei pernambucana vinculou a Defensoria Pública do Estado àquela Secretaria. Para o Ministro Relator Sepúlveda Pertence, a Emenda Constitucional nº 45/2004 não conferiu à Defensoria Pública a iniciativa legislativa para a criação de cargos. Nesse ponto, permanece a instituição vinculada ao Poder Executivo estadual. No entanto, cessa aí a vinculação admissível:

> Ao contrário do alegado pelo requeridos, a norma inscrita ao supratranscrito art. 134, parágrafo 2º, da Constituição Federal é auto-aplicável e de eficácia imediata, haja vista *ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos* (Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de

> Inconstitucionalidade nº 3.569, Min. Sepúlveda Pertence. Fonte: Notícias do STF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>. Acesso em: 02 abr. 2007. (Grifei.)

III - Legitimação da Defensoria Pública para propor ação civil pública

A Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, alterou a redação do art. 5º da Lei nº 7.347/85, a fim de incluir a Defensoria Pública entre os entes legitimados para a propositura da ação civil pública.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2007, p. 313-316), trata-se de legitimação especial dotada de contornos próprios. Destinam-se estes, em nova conjuntura histórica, à defesa apropriada dos direitos novos ou dos direitos já existentes, vistos sob nova e diferente dimensão:

> Sob este prisma, Nelson Nery Jr., com apoio na doutrina alemã, procura resolver a discussão sobre a natureza da legitimação para as ações coletivas, entendendo existir, em sede de ações coletivas, verdadeira *legitimação autônoma* para a condução do processo. Por sua vez, Thereza Alvim se refere à legitimação coletiva genérica e à *legitimação coletiva institucional*, esta última relativa à legitimidade do Ministério Público. (Grifos no original)
>
> Em nosso entender a situação é mesmo daquelas em que *não se pode buscar apoio nos conceitos aplicáveis ao processo civil tradicional*. Rigorosamente se trata de buscar um *novo 'modelo' de legitimação*, sendo pertinente, a nosso ver, sua caracterização como *legitimação autônoma*. O mesmo se há de dizer da legitimação da Defensoria Pública, cuja *legitimação é institucional*, decorrendo da incumbência que lhe foi conferida pela Constituição Federal (art. 134) (grifos nossos).

No tocante à amplitude da novel legitimação, os consagrados processualistas lembram que a jurisprudência já admitia a legitimidade ativa da Defensoria Pública, com fulcro no art. 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. O dispositivo considera legitimados para propor ação civil pública entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos de consumidores (nesse sentido, aresto do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 555.111-RJ, Min. Castro Filho, *DJU* de 18.12.2006).

Reportam-se à incumbência constitucional da Defensoria Pública, prevista pelo art. 134 da Constituição de 1988, da "defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º. LXXIV". A citada garantia constitucional estabelece que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Daí concluem (ob. cit., p. 312-313):

> O ajuizamento de ação civil pública pela Defensoria Pública, assim, deverá amoldar-se ao disposto nos preceitos constitucionais citados. Interpretação extensiva do inc. II do art. 5º da Lei 7.347/1985, além de contrariar os arts. 5º, LXXIV, e 134 da Constituição, poderia ensejar o desvirtuamento da ação civil pública, permitindo que esta se desviasse de sua missão constitucional, movendo ações para a tutela de direitos supra-individuais que não digam respeito aos necessitados. Corretamente, a propósito, decidiu o Supremo Tribunal Federal que 'norma estadual que atribui à Defensoria Pública do Estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente, em razão do regular exercício do cargo, extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV' (STF, ADIn 3.022, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 04.03.2005). O inc. II do art. 5º da Lei 7.347/1985, de igual modo, deve ser interpretado em consonância com o que dispõem as normas constitucionais que delimitam as atribuições da Defensoria Pública.
>
> Exemplificativamente, tem a Defensoria Pública, assim, legitimidade para ajuizar ação para a proteção de menores carentes (STJ, 2ª T., REsp 684.594/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 27.09.2005, *DJ* 10.10.2005, p. 318; cf., também, art. 141 da Lei 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 4º, VII, da Lei Complementar 80/1994) ou de pessoas necessitadas que precisem de medicamentos (cf. STJ, 2ª T., REsp 672.871/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.12.2005, *DJ* 01.02.2006, p. 485).
>
> Assim, por exemplo, não tem a Defensoria Pública legitimidade para postular 'a suspensão de aumento de alíquota de imposto de importação de veículos automotores importados', pois, assim agindo, 'não está prestando assistência judicial aos necessitados, assim considerados na forma da lei'. Este entendimento, manifestado em julgado proferido antes da reforma ora comentada (TRF-1ª Reg., 4ª T., Ap. Cív. 9501349560/DF, Rel. Des. Ítalo Mendes, j. 14.09.2000, *DJ* 26.01.2001, p. 16), deve ser observado, a nosso ver, também à luz da nova redação do art. 5º da Lei 7.347/1985. É que, não fosse assim, se permitiria a atuação da Defensoria em favor de quem não é necessitado, o que ensejaria evidente inconstitucionalidade.

IV - Ação civil pública e os direitos de terceira geração

Superamos os paradigmas do Estado Liberal e do Estado de Bem-Estar. A concepção clássica do liberalismo coloca barreiras ao arbítrio estatal, sem que sejam impostas ao Estado prestações positivas. No modelo do *Welfare State*, permanece contido o arbítrio estatal, mas ao mesmo tempo é imposta ao Estado a execução de tarefas às quais antes não estava obrigado (GORDILLO, 1977, p. 74).

O Estado de Direito incorporou instrumentos democráticos, permitiu a participação do povo no exercício do poder e manteve o objetivo inicial de controlar o Estado. Desde a promulgação da Constituição de 1988, vivemos sob o Estado Democrático de Direito, o qual apresenta as seguintes características: a) criado e regulado por uma Constituição; b) onde os agentes públicos fundamentais são eleitos periodicamente pelo

povo e respondem pelo cumprimento de deus deveres; c) onde o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) onde a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e e) onde os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado (SUNDFELD, 1997, p. 50-53).

Paralelamente aos paradigmas de organização política do Estado, definem-se direitos de primeira geração (individuais), direitos de segunda geração (coletivos e sociais) e direitos de terceira geração (difusos, compreendendo os direitos ambientais e do consumidor, dentre outros (Cf. CARVALHO NETO, nota técnica, 1999). A qualificação foi adotada por Norberto Bobbio, na obra *A era dos direitos* (1996). Autores contemporâneos reportam-se aos direitos de quarta geração, ligados às novas tecnologias, *v.g.*, o biodireito (OMMATI, 2005, p.143).

Pari passu com a evolução dos direitos materiais, evoluiu o conceito de acesso à justiça. A concepção se alterou ao sabor das ideias políticas dominantes. Nos Estados Liberais Burgueses, no curso dos séculos 18 e 19, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia individualista dos direitos, então vigorante. Era apenas formal, não efetivo, o direito de acesso à justiça. Embora considerado direito natural, o acesso à prestação jurisdicional não era obrigação imposta ao Estado. Como qualquer outro bem do sistema *laissez-faire*, o acesso à justiça somente era permitido a quem pudesse arcar com os ônus financeiros. A proclamada igualdade era apenas formal, mas não efetiva.

Abandonada gradualmente a concepção individualista dos direitos, passaram a ser consagrados nas Constituições os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos: direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Prosseguem Capelletti e Garth (1988, p. 9-12):

> Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *Welfare State* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.

Fenômeno correlato ao surgimento dos novos direitos é a denominada constitucionalização do direito infraconstitucional. Iniciada na Alemanha e Itália, irradiou-se posteriormente por países de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e Brasil (BARROSO, *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 21). O jurista italiano Pietro Perlingieri registra (2002, p. 6):

> O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista da sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.
>
> A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas.

Entre nós, assinala Luís Roberto Barroso (*Revista de Direito Administrativo*, 240/21-22):

> A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedentes, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso operadores jurídicos.
>
> Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil - como alhures - o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a a descodificação do direito civil, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003.
>
> Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia -, mas

> também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.
> À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição: 'a) DIRETAMENTE, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI); b) INDIRETAMENTE, quando uma pretensão se fundar em norma infraconstitucional, por duas razões: (i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do direito, ainda que não seja por ela explicitada; (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais'.
> Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

Em seara processual, os instrumentos do processo civil clássico, estruturalmente individualistas, tornaram-se insuficientes para satisfazer às necessidades contemporâneas. Era preciso reestruturá-los para estabelecer equilíbrio entre os que se defrontam na ordem jurídica. A evolução da sociedade propiciou a identificação de bens jurídicos até então desconsiderados pelas ordens jurídicas e em torno dos quais não emergiam controvérsias. Surgiu a categoria dos interesses e direitos difusos, relativos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico.

Exauriu-se, a dogmática clássica, inspirada no individualismo jurídico. Era insuficiente para satisfazer às necessidades contemporâneas, na medida em que surgia a consciência coletiva reivindicante da proteção àqueles novos direitos (ARRUDA ALVIM, *Revista Ciência Jurídica*, 51/24-42).

Na dicção de Capelletti (1989, p. 22-23):

> As sociedades industriais avançadas têm em comum uma característica que pode ser sintetizada em uma palavra pouco estética, mas expressiva: 'massificação'. Assim como a economia é caracterizada pela produção de massa, distribuição de massa, consumo de massa, assim também as relações, os conflitos, as exigências sociais, culturais e de outra natureza têm assumido, seguidamente, um caráter largamente coletivo, antes que meramente individual. Sempre mais freqüentemente, até uma só ação humana pode ser prejudicial a vastos grupos ou categorias de pessoas, com a conseqüência de mostrar-se totalmente inadequado o esquema tradicional do processo judiciário, como litígio entre duas partes. [...] Profunda metamorfose teve ou está tendo lugar, não apenas no campo dos conceitos e das estruturas tradicionais do *judicial process*, mas igualmente no próprio papel do Juiz moderno.

Kazuo Watanabe consagrou o acesso à justiça não mais como mero acesso aos tribunais. É preciso assegurar o acesso à ordem jurídica justa, dotada dos seguintes requisitos: a) direito à informação; b) direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; c) direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e e) direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características (GRINOVER, 1996, p. 9-10).

Irrompem, em torno dos direitos de terceira geração, conflitos metaindividuais. Os interesses ou direitos difusos, segundo o Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei nº 8.078 de 11.09.90, art. 81. parágrafo único, inciso I), são "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".

Esclarece Hugo Nigro Mazzilli (1977, p. 4-5):

> Compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexiste vínculo jurídico ou fático muito preciso. São *como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos*.
> [...] O objeto do interesse é indivisível. Assim, por exemplo, a pretensão ao meio-ambiente hígido, posto compartilhada por número indeterminado de pessoas, não pode ser quantificada ou dividida entre os membros da coletividade (grifos no original).

Rodolfo de Camargo Mancuso (1996, p. 15-17) discorre sobre a origem da denominação ação civil pública:

> Trata-se de ação 'civil', vale dizer: 'não-penal', podendo-se, portanto, alcançar o seu conteúdo por exclusão. [...] Ação civil pública passou a significar, portanto, não só aquela proposta pelo Ministério Público, como a proposta pelos demais legitimados ativos do art. 5º da Lei 7.347/85, desde que seu objeto seja a tutela de interesses difusos.

E, por fim, Sérgio Sahione Fadel fornece esboço histórico em torno daquela modalidade de ação (*Revista In Verbis*, nº 2, 1996):

> O instituto foi inspirado no modelo, concebido pelo direito norte-americano, da *class action*, que é, nos Estados Unidos, o instrumento adequado à tutela dos interesses coletivos e

destinado à defesa de grupos de pessoas ou segmentos sociais com idênticos direitos, apresentando, o mais das vezes, a característica de serem incindíveis.
Serve ainda a ação civil pública para tutelar os direitos individuais homogêneos indisponíveis quando as vítimas do evento danoso, por qualquer motivo, não tenham meios de os reclamar, ou por falta de condições de custearem sozinhas as despesas com a demanda, ou por serem de pequena monta os prejuízos reclamados, não compensando a propositura de ações individuais.
Mostra RONALDO CUNHA CAMPOS (*Ação civil pública*. Aide Editora, 1985, p. 84) que, 'ao ver da doutrina, a *class action* torna viável a consideração de pequenas pretensões que apenas quando somadas tornam-se relevantes. Isoladamente seria inviável o aforamento do pedido. Contudo, se a decisão proferida atingir um grande número de titulares destas pequenas pretensões, teríamos uma ação viável'. ADA PELLEGRINI GRINOVER (O novo processo do consumidor, *Revista de Processo*, nº 62, p. 142) refere que a origem da ação civil pública, ao prever a defesa coletiva dos direitos individuais, está na *class action*: 'A *class action* do sistema norte-americano, baseada na *equity*, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença da classe.

A ação civil pública foi regulamentada no Brasil pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Consoante Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 87) e seu advento supriu a necessidade de tutelas aos direitos transindividuais e individuais, lesados em massa no nosso país:

> A ação civil pública é fundamental para a efetividade da tutela dos direitos que podem ser lesados nas relações como a de consumo, onde os danos muitas vezes são individualmente insignificantes, mas ponderáveis em seu conjunto. A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, além de eliminar o custo das inúmeras ações individuais e de tornar mais racional o trabalho do Poder Judiciário, supera os problemas de ordem cultural e psicológica que impedem o acesso e neutraliza as vantagens dos litigantes habituais e dos litigantes mais fortes (por exemplo, as grandes empresas). Além disso, as ações coletivas são muito importantes para a participação do povo - ainda que através das associações - no poder, já que o dinamismo contido na participação política necessita de instrumentos - como as ações coletivas - para poder frutificar.
> É correto dizer que nós já temos um processo civil capaz de permitir a tutela jurisdicional adequada dos conflitos próprios da sociedade de massa. O sistema brasileiro de tutela coletiva dos direitos é integrado, fundamentalmente, pela Lei 7.347/85 - a Lei da Ação Civil Pública - e pelo Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) deu enorme alento à ação civil pública e conferiu contornos mais precisos ao seu objeto (MANCUSO, 1996, p. 34). "Se temos hoje vida societária de massa e direitos de massa, é preciso dispor também de um processo de massa" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1990, p. 46).

O surgimento da ação civil pública incrementa a cultura de tutela dos interesses coletivos, individuais homogêneos ou difusos. Contribui, assim, para superar a concepção privatista, individualista e patrimonialista do Direito (BUCCI, 2006, p. 32). Outrossim, propicia o acesso à prestação jurisdicional para titulares de interesses minoritários desprotegidos, como assinala Carlos Alberto de Salles (2006, p. 180-181 e 190):

> Ações em matéria ambiental, por exemplo, envolvem custos especialmente elevados. O meio ambiente está relacionado a problemas de elevada complexidade, cuja formalização em um processo judicial envolve elevado grau de sofisticação. A defesa judicial do meio ambiente implica questões de conhecimento técnico e científico, de informação imperfeita, de risco substancial, de partes numerosas, de múltiplas possíveis alternativas, de pluralidade de centros de decisão e de oportunidades para efeitos de natureza distributiva [...].
> Nessa situação, a atuação do Ministério Público terá o significado de proteger aqueles interesses minoritários com reduzidas condições de se organizar e levantar recursos para promover a sua defesa (*mutatis mutandis*, a reflexão inclui a atuação da Defensoria Pública).

Com acuidade, de resto, nossos tribunais descortinaram o benefício para a celeridade da prestação jurisdicional:

> O direito processual civil moderno, ao agasalhar a ação civil pública, visou a contribuir para o aceleramento da entrega da prestação jurisdicional, permitindo que, por via de uma só ação, muitos interesses de igual categoria sejam solucionados, pela atuação do Ministério Público (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 98.286-SP, Rel. Min. José Delgado, *DJU* de 23.03.1998).

> A substituição processual dos lesados faz possível utilizar-se a ação civil pública, com grande proveito social, evitando-se a pulverização de inúmeras ações individuais contra a mesma empresa, com a mesma prova e objeto comum (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível nº 318.060-7, Juiz Brandão Teixeira, *DJMG* de 16.10.2001, expediente da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais).

No entanto, Ada Pellegrini Grinover (*Revista de Processo*, 96/36) lamentou a edição posterior de legislação tendente a diminuir a eficácia da ação civil pública, limitar o acesso à justiça, frustrar o movimento associativo e reduzir o papel do Poder Judiciário:

> A salvação só pode estar nos tribunais, devendo os advogados e o Ministério Público a eles recorrer, alimentando-os com a interpretação adequada das novas normas, a fim de que a resposta jurisdicional reflita as linhas-mestras dos processos coletivos e os princípios gerais que os regem, que não podem ser involutivos.

V - Enfoque jurisprudencial

Acerca da ação civil pública, existe vasta jurisprudência consagrada pelos tribunais pátrios.

Sobre a legitimação ativa do Ministério Público, transcrevemos: "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública para defesa de direitos do consumidor" (Superior Tribunal de Justiça, Medida Cautelar nº 1.898-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, *DJU* de 21.02.2000).

Para os tribunais brasileiros, o *Parquet*, em matéria consumerista, poderá ajuizar ação civil pública: 1) para impedir práticas abusivas nas cobranças de serviços e produtos que os bancos oferecem aos usuários, principalmente no que diz respeito à imposição de juros abusivos nos contratos de adesão, sendo que a investigação preliminar não afeta a garantia do sigilo bancário (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 207.310-DF, Relator Ministro Vicente Leal, *Informativo STJ*, nº 75, outubro de 2000); 2) para coibir empresa comercial de utilizar cláusulas abusivas e anular cláusulas constantes de contratos de adesão sobre correção monetária de prestações para aquisição de imóveis em suas futuras contratações ou compeli-la a fazer a necessária adequação (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 168.859-RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* de 23.08.1999; Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap Cív nº 188.803-9, Relator Juiz Tibagy Salles, *DJMG* de 12.03.1996); 3) para a defesa dos interesses de compradores de imóveis loteados, em razão de projetos de parcelamento de solo urbano, em face da inadimplência do parcelador na execução das obras de infraestrutura ou na formalização e regularização dos loteamentos (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 137.889-SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, *DJU* de 29.05.2000); 4) para coibir a veiculação de propaganda enganosa (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap Cív nº 150.436-7, Relator Juiz Quintino do Prado, *DJMG* de 19.11.1993); 5) para impedir a majoração de preços das mensalidades de plano de saúde (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 286.732-RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, *DJU* de 12.11.2001); 6) para anular cláusulas consideradas abusivas de contrato de prestação de serviço médico-hospitalar (Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Ap. 024 950097188, Relator Des. Antônio J. Miguel Feu Rosa, *Revista dos Tribunais*, v. 752, junho de 1998, p. 293); 7) para a defesa dos direitos de usuários de transporte coletivo urbano (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap Cív nº 219.768-0, Relator Juiz Wander Marotta, *DJMG* de 12.12.1996); 8) para a defesa de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento de ensino (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 163.231-3-SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, publicação da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *DJMG* de 14.08.2001); 9) para a defesa de alunos contemplados pelo crédito educativo concedido pela Governo Federal (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 33.897-MG, Relator Ministro Hélio Mosimann, publicação da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *DJMG* de 23.08.1996); 10) para compelir empresa prestadora de serviços de televisão a cabo a modificar os planos destinados aos consumidores e a reembolsá-los das dos gastos com a respectiva alteração e majoração de preços (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Emb. Infring. na Ap Cív nº 263.306-11/01, Relator Juiz Jarbas Ladeira, *DJMG* de 11.04.2000); 11) para responsabilizar massa falida por danos causados a investidores no mercado de valores mobiliários (Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. 15.149.4/9-00, Relator Des. Franciulli Netto, *Revista dos Tribunais*, v. 753, julho de 1998, p. 209); e 12) para revogar mandatos outorgados a advogados, anulando o contrato de prestação de serviços profissionais que contém cláusula abusiva (Tribunal de Justiça de São Paulo, AR 77.501.4/0, Relator Des. Brenno Marcondes, *Revista dos Tribunais*, v. 769, novembro de 1999, p. 203).

Transcrevo, na íntegra, ementa de decisão do Supremo Tribunal Federal:

> A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público 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 (CF, art. 127). Por isso mesmo, detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas que, conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o art. 129, inciso III, da Constituição Federal. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido de capacidade postulatória, patente a legi-

timidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal (Recurso Extraordinário nº 163.231-3-SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, publicação da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *DJMG* de 14.08.2001).

No tocante às entidades de defesa do consumidor, nossos pretórios entendem legitimados para a propositura da ação civil pública o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, para a cobrança de diferença de rendimento de cadernetas de poupança (1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ap. 580.262-4, Juiz Edson Jorge, *Revista dos Tribunais*, v. 722, dezembro de 1995, p. 183, e a Associação de Consorciados, visando à defesa de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de seus associados (1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ap. 775.115-1, Juiz Luiz Antonio de Godoy, *Revista dos Tribunais*, v. 770, dezembro de 1999, p. 269).

Instigante julgado protege os consumidores contra o superendividamento:

> Ação civil pública. Liminar. Propaganda enganosa. Ação civil pública proposta pelo Ministério Público, visando a coibir publicidade enganosa capaz de induzir a erro o consumidor sobre taxas e encargos de empréstimo consignado. Ausência de informação prévia e adequada ao consumidor. Verossimilhança das alegações com deferimento de liminar obrigando os bancos réus a divulgar a taxa de juros do empréstimo consignado em folha de pagamento para aposentados e pensionistas do INSS e, também, do valor dos impostos e demais encargos a que ficam obrigados os mutuários. Liminar concedida e mantida em grau de recurso, com redução apenas do valor da multa diária. Recurso provido em parte (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento nº 2006.002.13233, Des. Paulo Gustavo Horta, j. em 19.09.2006).

Em torno das denominadas políticas públicas, coligimos:

> Recurso extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf. art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município (cf. art. 211, § 2º). Recurso improvido.
> - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).
> - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV) o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.
> - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.
> - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.
> - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório -, mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina (Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-SP, Relator Min. Celso de Mello, *DJU* de 03.02.2006).

> Administrativo. Constitucional. Mandado de segurança. *Legitimatio ad causa* do *Parquet*. Art. 127 da CF/88. Arts. 7º, 200, e 201 da Lei nº 8.069/90. Direito à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Cabimento e procedência.
> 1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.
> 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.
> 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.
> 4. *Legitimatio ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

5. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE nº 248.889/SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que:
'É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão'.
Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129).
6. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.
7. Outrossim, a Lei nº 8.069/90, nos arts. 7º, 200 e 201, consubstancia a autorização legal a que se refere o art. 6º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como 'substituição processual'.
8. Impõe-se, contudo, ressalvar que a jurisprudência predominante do Eg. STJ entende incabível a ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp nº 706.652/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* de 18.04.2005; REsp nº 664.139/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 20.06.2005; e REsp nº 240.033/CE, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 18.09.2000).
9. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):
'Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:
I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;
III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino;
IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade'.
10. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.
11. Consagrado, por um lado, o dever do Estado, revela-se, por outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e a transindividualidade do direito em foco ensejam a propositura da ação civil pública.
12. A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo, a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.
13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação [*sic*] das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.
14. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.
15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas *de lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.
16. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que, para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.
17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos Poderes, porquanto, no Regime Democrático e no Estado de Direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os Poderes, o Judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la, ao determinar a realização prática da promessa constitucional.
18. O direito do menor à freqüência em creche insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.
19. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas se subsumem a burocracias nem sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular

somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, caso a entidade fosse uma *longa manu* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: RESP 575.280/SP, desta relatoria p/ acórdão, publicado no *DJ* de 25.10.2004.
20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no *DJ* de 07.11.2005, decidiu *verbis*:
'Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf. art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (cf. art. 211, § 2º). Recurso extraordinário conhecido e provido.
A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).
Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.
A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.
Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.
Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina.'
21. Recurso especial provido (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 736524-SP, Rel. Min. Luiz Fux, *DJU* de 03.04.2006).

Igualmente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admitiu o cabimento da ação civil pública para obrigar Municípios a: a) implantar políticas públicas de defesa da criança e do adolescente, inclusive portadoras de necessidades especiais (Agravo de Instrumento nº 70016949539, Rel.ª Desª Maria Berenice Dias, j. em 1º.11.2006; e Agravo de Instrumento nº 70016795007, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 10.10.2006); b) implantar centros residenciais de cuidados intensivos para idosos (Embargos de Declaração nº 70014835268, Rel. Des. Wellington Pacheco Barros, j. em 14.06.2006); e c) garantir transporte escolar gratuito, diante da universalização do ensino obrigatório (Apelação em Reexame Necessário nº 70006700033, Rel. Des. Niwton Carpes da Silva Wellington Pacheco Barros, j. em 15.03.2006).

Lamentavelmente, contudo, reiterados julgados repelem o cabimento da ação civil pública em matéria tributária:

> Ministério Público. Ação civil pública. Taxa de iluminação pública do Município de Rio Novo-MG. Exigibilidade impugnada por meio de ação pública, sob alegação de inconstitucionalidade. [...] Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros das sociedades, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária, cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 213.631-0-MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* de 07.04.2000).

> Processo civil e tributário. Recurso especial. Termo de acordo de regime especial (TARE), celebrado pelo Distrito Federal. ICMS. Ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público. Inadequação da via eleita. Defesa de interesses disponíveis e divisíveis. Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85. ADIn nº 2.440-0. Defesa de contribuintes que não se confunde com defesa de consumidores. Entendimento consolidado na assentada de 26.09.2006 (REsp 855.691-DF).
> 1. Diz o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85): 'Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados'.
> 2. O pressuposto de nulificação do TARE diz respeito à pretensão tributária, o que é vedado ao Ministério Público objetivar por meio da ação civil pública. Interesses de contribuintes não se confundem com os de consumidores. Precedentes.
> 3. 'A premissa do pedido do Ministério Público de que a estratégia fiscal, por via oblíqua, atinge os demais contribuintes, revelando interesses transindividuais violados, é exatamente a que inspirou o legislador a vetar a *legitimatio* do *Parquet* com alteração do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, que o deslegitima a veicular pretensões que envolvam tributos (Art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180/2001)' (REsp 691.574/DF, Min. Luiz Fux, *DJ* de 17.4.2006).

4. No tocante à divergência jurisprudencial, tem-se que formalmente se encontram colmatadas às exigências do art. 255 do RISTJ e do art. 541, parágrafo único, do CPC. Todavia, aplica-se a Súmula 83/STJ. Jurisprudência pacificada no julgamento do REsp 845.034/DF, afetado à Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado.
Recurso especial parcialmente conhecido e improvido (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 848.810-DF, Rel. Min. Humberto Martins, *DJU* de 26.03.2007).

No referente à sucumbência, anotamos:

Processual civil. Ação civil pública. Danos ambientais. Ministério Público figurando como autor da demanda. Pretensão à sucumbência pelo *Parquet*. Impossibilidade. Inteligência da Lei nº 7.437/85, art. 18. Recurso especial provido.
1. Cuidam os autos de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado (f. 119/120): 'Agravo de instrumento. Honorários periciais. Art. 33, do Código de Processo Civil. Lei 7.347/85. Adiantamento. Impossibilidade. - Não obstante os termos do art. 33 do Código de Processo Civil prescrever que incumbe à parte autora arcar com o pagamento dos honorários periciais, no caso de o juiz determinar a realização da perícia *ex officio,* o art. 18 da Lei 7.347/85, que rege o procedimento instaurado pelo *Parquet* singelo com o fim de obrigar empresa particular a paralisar as suas atividades nocivas ao meio ambiente, dispõe que 'nas ações de que trata esta lei não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada a má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais'. Dessarte, embora devidos os honorários pela parte autora, *in casu*, Ministério Público, o mesmo é dispensado de antecipá-los, por força de lei. Agravo conhecido e provido'. O Ministério Público Federal alega violação do art. 18 da Lei 7.347/85 insurgindo-se contra a parte do acórdão na qual este reconhece a sua legitimidade, quando vencido nas ações contempladas na Lei 7.347/85, a arcar com as custas e despesas do processo. Explicita que o Tribunal de origem ignorou a isenção concedida ao Ministério Público quanto aos honorários ou quaisquer despesas processuais, ainda que vencido, conforme o supracitado artigo.
2. Merece reforma o decisório que, não obstante reconhecer a preferência da norma especial (art. 18 da Lei 7.347/85) sobre a geral, contraditoriamente, deixa de aplicar este princípio no aspecto atinente à isenção do *Parquet* em suportar o ônus da sucumbência no caso de sair vencido na demanda. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, não podendo responder pelos honorários de advogado, custas e despesas processuais, a não ser quando age com má-fé. Precedentes: REsp 198.827/SP, REsp 178.088/MG e REsp 258.128/MG.
3. Recurso especial provido para reconhecer a isenção do Ministério Público ao pagamento dos ônus sucumbenciais nos termos preconizados pelo art. 18 da Lei 7.347/85 (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 799.539-GO, Rel. Min. José Delgado, *DJU* de 08.02.2007).

Processual civil. Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prefeito municipal. Legitimidade ativa do Ministério Público. Art. 129, III, da Constituição Federal. Violação do art. 552, § 1º, do CPC. Inocorrência. Inversão dos ônus sucumbenciais indevida. Sucumbência integral do demandado. Inteligência dos arts 17 e 18 da Lei nº 7.347/85. Violação dos arts. 283, 372, 390 e 476, I e II, do CPC, e do art. 13 da Lei nº 7.347/85. Ausência de prequestionamento apesar da oposição de embargos de declaração. Súmulas nº 282/STF e nº 211/STJ. [...]
A sucumbência do demandado restou integral, uma vez que acolhidos todos os pedidos formulados pelo *Parquet*, inclusive o da condenação, em sede de apelação, ao pagamento da multa civil de que trata o art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, razão pela qual não há de se cogitar a inversão dos ônus sucumbenciais.
A aplicação da referida multa em patamar inferior ao limite máximo legalmente previsto (100 vezes o valor da remuneração do agente) não importa, por si só, em sucumbência do órgão ministerial quando o órgão pugna pela aplicação *tout court* da mesma.
Ademais, ainda que tivesse o Ministério Público sucumbido na demanda, o que não sucedeu na hipótese dos autos, aplicáveis à hipótese seriam os arts. 17 e 18 da Lei nº 7.347/85, que dispõem ser indevida a condenação do autor da ação civil pública em honorários advocatícios, custas e despesas processuais, ressalvada a situação em que comprovada a má-fé do mesmo, obviamente inocorrente *in casu*', visto ter sido julgada inteiramente procedente a presente ação (Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 637.596/SP e REsp nº 9.539/GO, Rel. Min. Luiz Fux, *DJU* de 20.11.2006).

Apelação cível. Ação civil pública. Incidente de habilitação. Extinção. Sucumbência. Ministério Público. Conforme jurisprudência dominante no STJ, o Ministério Público só pode ser condenado em honorários advocatícios na ação civil pública na hipótese de comprovada má-fé, que, no caso, nem foi alegada pelos apelados. O mesmo ocorre com as custas processuais, pois integram a sucumbência. Apelação provida (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70016178972, Rel. Des. Pedro Luiz Pozza, j. em 28.12.2006).

Mutatis mutandis, tendo em vista o alcance das suas atribuições, a Defensoria Pública está legitimada para a propositura de ação civil pública em defesa de multifários direitos transindividuais dos necessitados, conforme delimitação imposta pelo art. 134, *caput*, da Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, a qual dispõe:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
I - promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses;
II - patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública;
III - patrocinar ação civil;
IV - patrocinar defesa em ação penal;
V - patrocinar defesa em ação civil e reconvir;
VI - atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei;
VII - exercer a defesa da criança e do adolescente;
VIII - atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

> IX - assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes;
> X - atuar junto aos Juizados Especiais de Pequenas Causas;
> XI - patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado.
> [...]
> § 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.

Esse entendimento ficou implícito em decisão do Supremo Tribunal Federal:

> Ação direta de inconstitucionalidade: Impugnação a vários preceitos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro [...] Defensoria Pública: Argüição de inconstitucionalidade de normas que lhe conferem atribuição para: a) a orientação jurídica, a postulação e a defesa em juízo dos direitos e interesses 'coletivos' dos necessitados (art. 176, *caput*): denegação da liminar; b) patrocinar (e não, promover) ação civil em favor de associações destinadas a proteção de interesses 'difusos' (art. 176, § 2º, V, *e*, 1ª parte): suspensão cautelar recusada; c) idem, em favor de associações de defesa de interesses 'coletivos' (art. 176, § 2º, V, *e*, 2ª parte): suspensão liminar deferida, em termos, para *restringir provisoriamente a aplicação do dispositivo a hipótese em que se cuide de entidade civil desprovida de meios para o custeio do processo*; d) patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado, na forma da lei (art. 176, § 2º, V, *f*): medida cautelar deferida em termos similares a da alinea *c* supra (Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 410.715/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 26.03.1993). (Grifei)

VI - Conclusões

O Estado Social e Democrático de Direito atribui direitos públicos subjetivos aos indivíduos. Destaca-se entre eles o acesso à justiça. Nesse contexto, os cidadãos podem opor os seus direitos - inclusive sociais e políticos - ao próprio Estado.

Paralelamente aos paradigmas de organização política do Estado, definem-se direitos de primeira geração (individuais), direitos de segunda geração (coletivos e sociais) e direitos de terceira geração (difusos, compreendendo os direitos ambientais e do consumidor, dentre outros). Doutrina contemporânea reporta-se aos direitos de quarta geração, ligados às novas tecnologias, *v.g.*, o biodireito.

Pari passu com a evolução dos direitos materiais, evoluiu o conceito de acesso à justiça. A concepção se alterou ao talante das ideias políticas dominantes. Nos Estados Liberais Burgueses dos séculos 18 e 19, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia individualista dos direitos. Era apenas formal, não efetivo, o direito de acesso à justiça. O acesso à prestação jurisdicional não era obrigação imposta ao Estado. Somente era deferido a quem pudesse arcar com os ônus financeiros. A proclamada igualdade era apenas formal, mas não efetiva.

Fenômeno correlato ao surgimento dos novos direitos é a denominada constitucionalização do direito infraconstitucional. O Código Civil deixou de ocupar o centro do sistema jurídico e cedeu espaço à Constituição. O texto constitucional passou a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia -, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

A História do Brasil atravessou cinco séculos marcados pela miséria e a opressão. Após duas décadas de autoritarismo militar, a democracia foi restabelecida em 1985. Havia imensa dívida social a resgatar.

A Constituição Federal de 1988 é generosa em proclamar garantias individuais e coletivas e estabelecer direitos sociais. Determinou ao Estado a implementação de diversas políticas públicas com o escopo de promover a dignidade da pessoa humana. No entanto, a maioria das medidas não foi implantada. Diversas delas nem sequer foram regulamentadas pelo legislador ordinário. A onda neoliberal varreu a denominada Constituição Cidadã nos primórdios de sua vigência.

O neoliberalismo, antes de solucionar os problemas macroeconômicos do Brasil, agravou as carências sociais do país. É necessário abandonar a perigosa ideia de que os mercados podem regular a si mesmos, reconstruir o sistema político e eleger como prioridade do Estado brasileiro a efetivação de políticas públicas que assegurem existência digna a todos os cidadãos.

Em seara processual, os instrumentos individualistas do processo civil clássico se tornaram insuficientes para satisfazer às necessidades contemporâneas. Era preciso reestruturá-los para estabelecer equilíbrio entre os que se defrontam na ordem jurídica. Despontou a categoria dos interesses e direitos difusos, relativos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico.

Exauriu-se a dogmática clássica, inspirada no individualismo jurídico. Era insuficiente para satisfazer às necessidades contemporâneas, na medida em que surgia a consciência coletiva reivindicante da proteção àqueles novos direitos.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) deu enorme alento à ação civil pública e conferiu contornos mais precisos ao seu objeto. Se temos hoje vida societária de massa e direitos de massa, é preciso dispor também de um processo de massa.

O advento da ação civil pública incrementa a cultura de tutela dos interesses coletivos, individuais homogêneos ou difusos. Contribui, assim, para superar a concepção privatista, individualista e patrimonialista do Direito. Protege interesses minoritários com reduzidas

condições de se organizar e levantar recursos para promover a sua defesa. De resto, acelera a entrega da prestação jurisdicional, pois, mediante o ajuizamento de uma só ação civil pública, muitos interesses de igual categoria podem ser solucionados pela atuação do ente legitimado para a sua propositura.

A Constituição Federal de 1988 incluiu entre as garantias individuais e coletivas a prestação, pelo Estado, de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV).

A Carta de República também definiu a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Incumbe-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (art. 134, *caput*).

A despeito da relevância social da Defensoria Pública, o Poder Público não se desincumbe da obrigação de garantir os recursos necessários ao satisfatório funcionamento da instituição. É considerada a "prima pobre da Justiça". Os defensores públicos percebem vencimentos aviltantes.

No quadro das reformas processuais brasileiras, é alvissareira a edição da Lei Federal n º 11.448, de 15 de janeiro de 2007, a qual atribuiu legitimidade à Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública. Valorizou uma das mais expressivas prerrogativas da cidadania no Estado Democrático de Direito: o acesso à justiça.

A legitimação da Defensoria Pública para propor ação civil pública deverá se circunscrever à "defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º. LXXIV" (art. 134 da Constituição de 1988). Vale dizer, tendo em vista o alcance das suas atribuições, a Defensoria Pública está legitimada para a propositura de ação civil pública em defesa de multifários direitos transindividuais dos necessitados, conforme delimitação imposta pelo art. 4º da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.

Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado da do direito material. *Revista Ciência Jurídica*, São Paulo, v. 51, p. 24-42, maio/jun. 1993.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

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

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus,1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: ____. *Políticas públicas* - Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryanth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

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

CARVALHO NETO, Menelick de. *O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, 23 mar. 1999 (cópia fornecida pelo autor).

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Editora RT, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do* Estado. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

D'ARAÚJO, Maria Celina. Democracia e novas institucionalidades jurídicas na América Latina. *Revista de Administração Pública* - FGV, Rio de Janeiro, nº 35, p. 145-166, jan./fev. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2001.

FADEL, Sérgio Sahione. Ação civil pública. *Revista In Verbis* - Instituto dos Magistrados do Brasil, Rio de Janeiro, nº 2, ago./set. 1996 (encarte da revista).

FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Inconfidência Mineira: a luta da defesa nos Autos da Devassa. *Revista da Amagis* - Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, edição conjunta com a Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, v. 2, p. 156-164, 1991.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: O guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revam, 1999.

GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marco Aurélio Greco, São Paulo: Editora RT, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. *Revista de Processo*, São Paulo: Editora RT, v. 96, p. 28-36, out./dez. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LAMBERT, Jacques. *Os dois Brasis*. 9. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1976.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora RT, 2003.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *O direito administrativo e o Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002 (Tese de Doutorado).

MACIEL, Cláudio Baldino. Juízes são incômodos. *Revista Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, Associação dos Magistrados Brasileiros, nº11, segundo semestre de 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores* - Lei 7.347/85 e legislação complementar. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 1996.

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

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. *Discurso de posse*, Supremo Tribunal Federal, Brasília-DF, 31 de maio de 2001.

MIOTTO, Armida Bergamini. Defensoria Pública (verbete). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 23, 1977, p. 40-44.

OMMATI, José Emílio Medauar. Biodireito: um direito de quarta geração? In: MAGNO, Arthur; GUERRA, Silva (Orgs.). *Biodireito e bioética*: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

PAULO FILHO, Pedro. *Grandes advogados, grandes julgamentos*. São Paulo, Ordem dos Advogados do Brasil, Departamento Editorial, 1989.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil* - Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

RÉMOND, René. *O antigo regime e a revolução (1750-1815)*. Tradução de Frederico Pessoa de Barros. São Paulo: Cultrix, 1976.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas* - Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora RT, v. 1, 2000.

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

TORQUATO, Gaudêncio. A "judiciocracia" ameaça? *O Tempo*, Belo Horizonte, edição de 13 de maio de 2007, p. A-3.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: Como torná-lo mais ágil e dinâmico. *Revista Cidadania e Justiça,* Rio de Janeiro, Associação dos Magistrados Brasileiros, nº 4, primeiro semestre de 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

...

A sentença na cumulação subsidiária de pedidos

José Maria dos Reis [*]
Francis Vanine de Andrade Reis [**]

Sumário: Resumo. Abstract. Introdução. 1. Do pedido e sua formulação simples. 2. Da possibilidade de cumulação de pedidos - Da cumulação subsidiária. 3. Da sentença em cumulação de pedidos e do recurso. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

A complexidade dos episódios da vida fez com que o legislador admitisse que a petição inicial de alguém que busca satisfação de uma pretensão que se quer validar, através da relação jurídica pelo procedimento preparatório da decisão, possa vir escudada em vários fatos e fundamentos, fugindo da regra de um único pedido como forma de singularizar uma única demanda em face de um único demandado. É aí que surge a possibilidade de cumulação de pedidos em uma mesma demanda e em face de um mesmo demandado, num só processo, mesmo porque isso será aplicação viva dos princípios da economia processual e da harmonia de julgados. Admite-se, por final, a subsidiariedade da causa de pedir para substanciar um único pedido.

Abstract

The complexity of life episodes has made the legislature conceded that the initial application of someone seeking satisfaction of a claim that he wants to validate, through the legal relationship of the decision by the preparatory procedure, might be based in various facts and arguments, fleeing the rule of a single application as a single one demand in the face of a single defendant. That is where there is the possibility of overlapping claims in the same demand and in the face of the same defendant, in one case, even because this will be alive application of the principles of procedural economy and harmony of decisions. It is recognized by end, the subsidiarity of the cause of action to substantiate a single application.

Introdução

O presente trabalho tem por finalidade fazer uma reflexão sobre a cumulação subsidiária de pedidos, diante do texto do artigo 289 do CPC, ou seja, toda vez que um pedido tiver de ser analisado na eventualidade de não ser procedente um pedido antecedente.

O desenvolvimento do estudo incluirá uma análise sobre o pedido simples ou único, capaz de singularizar uma única demanda para, diante da complexidade dos episódios da vida e que são relevantes para o mundo do Direito e, por via de consequência, refletem no campo processual, buscar interpretar a *causa petendi* (causa de pedir em seu aspecto remoto e próximo) de uma maneira composta (contrapondo-se à simples).

Diante dessa realidade, compreender que hipóteses existem em que vários fatos essenciais possam individualizar uma única demanda, autorizando cumulação de pedidos, a que a literatura jurídica/processual mais moderna tem dado a nomenclatura de cumulação subsidiária, por ser mais técnica e científica do que cumulação eventual ou pedidos sucessivos.

E, por final, identificar se a cumulação subsidiária, também, está a exigir certos pressupostos, surgindo um reflexo específico da sentença e do interesse em recorrer, envolvendo os efeitos do recurso de apelação diante do órgão *ad quem,* bem como se poderá o autor desistir do pedido principal (primário) ou do subsidiário (secundário) sem a observância da regra prevista no artigo 267, § 4°, do CPC, ou seja, sem o consentimento do demandado.

1- Do pedido em sua formulação simples

A palavra "pedido", como muitas outras em nosso idioma, também vem do latim (*petitum*, ou seja, objeto, ato de pedir alguma coisa), mas, no âmbito do processo civil, é o núcleo da petição inicial, é vocábulo designativo de pretensão expressada do demandante (direito de ação) em busca de uma atividade-dever do Estado prestada por seus órgãos competentes (função jurisdicional). É, portanto, o objeto da ação o elemento identificador da demanda, veículo de pretensão manifestada pelo autor em juízo, impondo a marcha do procedimento, fixando os limites do objeto litigioso. Não seria ilógico afirmar que ele é o projeto da sentença, ou seja, aquilo que se espera do ato judicial (sentença) que deverá "ser construído com a participação das partes na discussão das questões e provas que, apesar de ser um ato solitário de redação do juiz, não deixa de ser compartilhado como resultado das argumentações apresentadas pelas partes ao longo do discurso processual" (cognição

[*] Professor Titular de Direito Processual Civil II e Direito do Consumidor pela Faculdade Pitágoras, *Campus* Fadom. Especialista em Direito Processual Civil pela Fadom. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Gama Filho em convênio do Ministério Público de Minas Gerais. Juiz de Direito titular da 5ª Vara Cível da Comarca de Divinópolis. Diretor da Seccional da Asssociação dos Magistrados Mineiros. Coordenador Regional da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes. Presidente da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Comarca de Divinópolis, Minas Gerais.
[**] Professor Titular de Direito Processual Civil III e da Dependência Orientada no Direito Processual Civil I, II, III e IV da Faculdade Pitágoras, Campus Fadom. Especialista em Direito Empresarial pela Fadom. Mestrando em Direito Processual pela PUC-Minas. Advogado.

e jurisdição como exercício de uma atividade compartilhada).[1]

Quando alguém, usando do direito incondicional de pedir, vale dizer, do poder de ação, poder de agir em juízo, ou direito de agir previsto na Constituição Federal como garantia fundamental, busca providência junto ao "Estado-juiz", passando a animar a jurisdição (movimento da atividade-dever do Estado), porquanto ela deve ser provocada (artigo 2º do CPC), estará em busca, a um só tempo, de uma providência e de uma fruição de um bem da vida, se assim podemos considerar o que seja mérito. Quando isso ocorre, o autor de um pedido quer, na verdade, um espaço para validar a sua pretensão a fim de definir um critério legítimo para o agir, ou seja, validar uma conduta que se pretende correta em face da resistência do demandado. Surge, assim, uma providência imediata que é a pretensão a uma sentença e que essa decisão atinja determinado objeto, criando uma nova situação jurídica (providência mediata). Por exemplo, o autor da demanda, ao ter sua pretensão realizada com a sentença de procedência, passa a ter a qualidade de credor do demandado, enquanto este passa a ser seu devedor (criação de uma nova situação jurídica, portanto).

Se assim é, podemos compreender que haverá sempre na pretensão do autor uma espécie de conexão entre um pedido imediato (uma sentença ou espécie de decisão) e uma conduta definida para a fruição de um bem jurídico em disputa (pedido mediato). É dessa aglutinação, é desse nexo que nasce a verdadeira identificação do pedido. Na lição de Humberto Theodoro Júnior, o "pedido imediato põe a arte em contato direto com o direito processual, e o mediato, com o direito substancial".[2]

José Carlos Barbosa Moreira**,** ao examinar a questão do pedido, a fim de demonstrar que é perfeitamente possível distinguir, no pedido do autor, um objeto imediato e um mediato, ou seja, a providência jurisdicional solicitada, por exemplo, a condenação por sentença ao pagamento de uma importância ou a exigência de uma condição para fruição de um bem jurídico que foi lesado ou ameaçado, preleciona que:

> [...] ao ajuizar a demanda, pede o autor ao órgão judicial que tome determinada providência: declare a existência ou a inexistência de uma relação jurídica, anule este ou aquele ato jurídico, condene o réu a pagar tal ou qual importância, a praticar ou a deixar de praticar certo ato etc.[3]

Em que pese a complexidade dos episódios da vida, o pedido deve ser individualizado de maneira certa e determinada para que o bem jurídico em disputa seja perfeitamente visível diante da pretensão (qualidade de liquidez de um direito). A isso a doutrina dá o nome de pedido simples, ou seja, a singularização de uma única demanda. É o que recomenda o artigo 286 do CPC, em sua primeira parte, apesar de trazer em seu texto a expressão "certo ou determinado". É que "pedido certo" é sinônimo de pedido expresso, explícito formalmente; e "pedido determinado" é o pedido definido em sua quantidade e qualidade, não só em razão do bem da vida em disputa (mediato), mas também em função da prestação jurisdicional pretendida (imediato). Sendo assim, a expressão deve ser lida como "o pedido deve ser certo e determinado", na interpretação pacífica dos processualistas pátrios, conforme se vê na citação feita por Alexandre Freitas Câmara.[1]

Sendo o pedido, em outro ângulo, o último elemento identificador da demanda (artigo 282, IV, do CPC), ele deve, realmente, ser certo e determinado porque só assim o objeto do processo ficará perfeitamente delimitado, impondo ao decididor o dever de observar o texto do artigo 460 do CPC.

Todavia, sabemos que a nossa Lei Processual Civil admite a formulação de pedido genérico, ou seja, sem a determinação do aspecto quantitativo dele, mas não se admite qualquer indeterminação quanto ao aspecto qualitativo. Como exemplos disso, podemos registrar os pedidos nas chamadas "ações universais", "petição de herança" em que se busca condenar o demandado à entrega de uma universalidade de bens (artigo 286, I).

Admite-se, também, a formulação de um pedido genérico quando ao demandante não for possível determinar de modo definitivo as consequências do ilícito (art. 286, II), a exemplo de pretensão de reparação de dano em acidente de trânsito em que a vítima ainda esteja sendo submetida a determinado tratamento.

Por final, admite-se, ainda, o pedido genérico quando a determinação da condenação depender de ato a ser praticado pelo demandado, a exemplo da ação de prestação de contas. Observa-se, portanto, que essas hipóteses têm o caráter excepcional, não sendo possível, às vezes, determinar o objeto mediato no curso do próprio processo de conhecimento. Nesses casos, o juiz realizará uma decisão de forma ilíquida, dependendo,

---

[1] Cf. MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição*: Uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 114.

[2] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I, p. 318.

[3] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 10.

[1] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, v. I, p. .277. Vale a pena citação literal do referido trecho da obra: "O art. 286 do CPC fala em pedido certo ou determinado. É pacífica, porém, a doutrina em afirmar a impropriedade da redação, optando por interpretar a norma como o fizemos: o pedido deve ser certo e determinado. Por todos, José Joaquim Calmon de Passos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. III, p. 214".

assim, a sua liquidação de uma fase preliminar (artigo 475-A) ao eventual cumprimento da sentença (artigo 475-I, com a nova redação que lhe deu a Lei 11.232/05, e, também, 586, com a nova redação que lhe deu a Lei 11.382/06, ambos do CPC).

A conclusão a que se chega, então, é de que, em regra, o pedido deve ser fixo, visando a um único objeto imediato e, também, um só objeto mediato. Todavia, poderá ocorrer situação especial a exigir providências alternativas ou mesmo cumulativas, situações em que a sentença será ilíquida como anotado alhures, que dependerá para seu cumprimento que passe, preliminarmente, por uma fase posterior de liquidação a fim de que possa ser cumprida.

2 - Da possibilidade de cumulação de pedidos - Da cumulação subsidiária

Voltando à realidade da complexidade dos episódios da vida, o provimento jurisdicional buscado pelo interessado deve ter como pressuposto de sua validade o desenvolvimento de um procedimento capaz de, dentro das regras do contraditório, da isonomia, da ampla defesa e da reserva legal (devido processo legal), validar a pretensão pela melhor interpretação dos fatos e do direito mais racional, ou não, de um direito dito lesado ou ameaçado, na medida da lesão ou da ameaça, a fim de que a reparação seja sedimentada na idéia de um processo instaurado e desenvolvido de forma a obedecer aos princípios e regras constitucionais, com a finalidade de realizar, de maneira imperativa e imparcial, o direito sobre o qual está construído todo o sistema processual, lembrando, aqui, das lições de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.[2]

Como já vimos, em regra, o pedido deve ser fixo e visar a um único objeto imediato e, também, a um único objeto mediato. Mas poderá haver situações em que, para a satisfação da pretensão do autor, dois ou mais objetos mediatos, com escolha para um deles, ou mesmo que o juiz possa conhecer do posterior quando não puder acolher o anterior, serão permitidas.

Por isso mesmo, regras existem, autorizando cumulação de pedidos num mesmo procedimento, ou seja, numa mesma estrutura física (autos), mas norteado pelos princípios da economia processual e harmonia de julgados, os quais, de certa forma, são os pilares de sustentação da literatura processual contemporânea. O princípio da economicidade, por exemplo, tem sua essência no sentido de que se deve buscar no processo o máximo de resultados com um mínimo de gastos, ou seja, de dispêndio econômico. Além do mais, haverá sempre uma redução de atos processuais e de lapso temporal (melhor que "tempo", conforme se vê na linguagem de Fernando Horta Tavares: "o tempo nos leva à percepção do que se passa e sem cessar").[3]

A lei exige, no entanto, que os pedidos sejam compatíveis entre si, que o juízo seja o competente para todos e que o tipo de procedimento seja adequado a todas as pretensões.

Se o pedido, como já registramos aqui, é o elemento identificador da pretensão, então a cumulação de pedidos (que é uma cumulação objetiva, chamada por muitos como, por exemplo, Moacir Amaral Santos,[4] de "cumulação de ações", para o professor Rosemiro Pereira Leal,[5] "conjunto de pedidos") vem corresponder a várias pretensões num mesmo procedimento, e assim o autor aguarda vários "provimentos" num único procedimento e numa única sentença; e isso porque o objeto da demanda passa a ser a soma de todas as pretensões deduzidas e cada uma delas deverá ser analisada nos diversos pontos da decisão.

A literatura jurídica (melhor que doutrina, porque esta não admite crítica), em que pese o esforço desenvolvido sobre o assunto, não chegou a uma fórmula única de classificação, uns entendendo, como Moacir Amaral Santos, que Lopes da Costa estava com a razão quando disse que a cumulação:

> [...] pode ser simples, sucessiva e eventual.
> *Simples,* quando os vários pedidos são absolutamente independentes, inteiramente autônomos (Cód. Proc. Civil, art. 292). Ex.: diversos mútuos; diversas reivindicações. O juiz deverá decidir sobre todos os pedidos.
> *Sucessiva* é a cumulação quando entre os pedidos haja relação de tal dependência que a decisão do segundo dependa da acolhida do primeiro. Ex.: ação de filiação cumulada com a petição de herança, ação de demarcação cumulada com a de divisão (Cód. Proc. Civil, art. 947).
> *Eventual* é a cumulação em que os pedidos se substituem um ao outro, na ordem de sua apresentação pelo autor. Examina-se e decide-se quanto ao primeiro pedido; não sendo atendido, examina-se e decide-se quanto ao segundo.[6]

A cumulação de pedidos, em seu caráter eventual ou subsidiário, vem tratada no artigo 289 do Código de

---

[2] BRÊTAS, C. Dias, Ronaldo. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. In: BRÊTAS C. Dias, Ronaldo; NEPONUCENO, Luciana Diniz. *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 226.

[3] TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. In: TAVARES, Fernando Horta. *Urgências de tutela* - Processo cautelar e tutela antecipada - Reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático do Direito. Curitiba: Juruá, 2007, p. 112.

[4] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*: Processo de conhecimento. 25. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, v. I, p. 191.

[5] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo:* primeiros estudos. 3. ed. Belo Horizonte: Síntese, 2000, p. 157.

[6] *Idem*, p.192.

Processo Civil; e, na prática, é muito comum, por exemplo, pedido de prestação em espécie ou o seu valor (Código Civil Brasileiro, artigo 947); a cumulação do pedido, para que o vendedor complete a área vendida ou, não sendo possível, que seja restituída, em relação à área não completada, parte do preço (é a chamada *actio ex empto* cumulada com *actio quanti minoris),* a qual tem como base legal o artigo 500 do Código Civil, dentre outras hipóteses.

A melhor proposta é de Araken de Assis quando separa "cumulação em sentido estrito e em sentido amplo". A primeira, aquela que admite a possibilidade de procedência simultânea dos diversos pedidos; e a segunda, em que apenas um dentre eles poderá ser julgado procedente.

O professor Araken de Assis ainda divide a cumulação em sentido estrito em simples e sucessiva; a cumulação em sentido amplo será sempre em caráter eventual ou subsidiária.[7]

Ocuparemos, neste nosso estudo, da cumulação em sentido amplo, em sua espécie subsidiária, espécie reputada mais técnica e científica do que cumulação eventual*,* ou seja, quando o autor da pretensão formula dois ou mais pedidos, ficando claro que o segundo pedido só será apreciado se o primeiro for julgado improcedente. É assim que o autor, então, deseja que a sentença acolha o pedido subsidiário, caso não possa reconhecer a procedência do pedido antecedente. É uma fórmula de pedido baseada em eventualidade de rejeição de um outro pedido formulado de maneira precedente, ou seja, o pedido subsidiário pressupõe um outro, que é o pedido anterior ou, na linguagem de José Frederico Marques, um pedido condicionante.[8]

É muito comum encontrar nas disputas judiciais pretensões em que o autor pede a restituição de uma coisa (pedido primário) e, se esta não for procedente, que lhe seja ressarcido em perdas e danos (pedido subsidiário). Uma observação importante é que não se deve confundir pedido subsidiário com pedido alternativo; e isso porque neste último caso não haverá cumulação de pretensões, em que pese a nomenclatura de alternativa aparente na espécie em estudo, dada por João de Castro Mendes.[9]

De fato, cabe ao autor da pretensão esquematizar, na petição inicial, a hipótese subsequente de satisfação dela pela simples circunstância de que o pedido subsidiário pressupõe um outro, que pode ser chamado de principal ou primário. No entanto, isso poderia levar-nos ao entendimento de aplicação da regra de que o acessório sempre segue o principal, o que descaracterizaria a espécie, sendo preferível conotá-lo, como bem disse José Alberto dos Reis, ao estudar o assunto: pedido primário e pedido subsidiário.[10]

É com essa nomenclatura que iremos trabalhar no presente estudo.

O autor da pretensão, assim, poderá ordenar os seus pedidos do modo que lhe aprouver, não havendo, em princípio, qualquer prevalência de natureza substantiva, por exemplo, poderá ajuizar o pedido de anulação de casamento e, caso este não seja procedente, a de separação judicial. Havendo a anulação do casamento, tutela da primeira pretensão, como consequência natural não haverá possibilidade de exame da segunda (falta de interesse superveniente - perda do objeto), ou seja, não havendo mais casamento, não haverá, logicamente, separação judicial alguma. E, aqui, a nomenclatura dada por José Frederico Marques se encaixa de forma perfeita, porquanto haverá um pedido condicionante e um condicionado. Haverá sempre a circunstância da eventualidade de ser o outro repelido. Portanto, a apreciação do segundo pedido passa a ser um evento futuro e incerto, ou seja, dependerá do afastamento do primeiro como pressuposto para análise do segundo.

Em face disso, essa espécie de pedido ganha volumosa importância diante do Sistema Processual brasileiro, que tem um regime rígido de preclusões capaz de proibir ao autor da demanda, nos termos do artigo 264 do CPC, introduzir novo pedido no curso do procedimento (princípio da estabilidade da demanda).

Partindo do entendimento de que a lei fixa um momento processual certo para a postulação do pedido, a cumulação subsidiária vem, de certa maneira, como uma forma de antídoto a esse rigor; e isso porque o autor, já no seu pedido inicial, imagina a possibilidade de improcedência quanto ao "pedido primário". É a demonstração de uma probabilidade, de uma hesitação por parte do próprio demandante quando de suas argumentações a serem desenvolvidas na petição inicial. Na verdade, o autor não se sente seguro daquela pretensão primária, fazendo uma postulação subsidiária, ou secundária, a fim de que o seu direito, que disse ameaçado ou lesado, possa receber uma tutela específica. Aqui, também, envolveria a aplicação do princípio da economia processual.

Daí é que a legislação processual brasileira vigente dispensa, para esse tipo de acúmulo, a questão da compatibilidade, ou seja, a questão do nexo entre as pretensões. Não são pedidas duas coisas ou dois "bens da vida", mas apenas um ou outro; e, sendo atendido o primeiro, o segundo, automaticamente, fica repudiado.

---

[7] ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 200.
[8] MARQUES, José Frederico Marques. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bookseller. 1997, v. II, p. 76.
[9] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit., p. 395.
[10] REIS, José Alberto dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, v. 5, p. 136.

O que deverá haver será sempre um elo de prejudicialidade entre tais pedidos.

Em termos de pressupostos da cumulação subsidiária, então, percebemos que não há a questão da compatibilidade, mas haverá que ser observado, em especial, quando envolver questão de competência absoluta, que esta seja definida em razão do pedido primário.

Por final, o procedimento deverá ser um único para todos os pedidos, seguindo-se a regra prevista no artigo 292, § 2º, do CPC (cumulação pelo procedimento ordinário, salvo exceções extravagantes, como, por exemplo, Lei 8.245/84), em caso de divergência.

3 - Da sentença em cumulação subsidiária de pedidos e do recurso

Por tudo quanto se viu até agora, cabe aqui a lição de Ricardo Luiz da Costa Tjäder, *in verbis:*

> [...] o juiz fica impedido de escolher um dos pedidos, deixando de examinar os demais, mas está ele vinculado e condicionado à ordem em que os pedidos são apresentados pelo autor, impondo-se que examine e decida em primeiro lugar o primeiro dos pedidos formulados, somente passando para o exame dos seguintes se não o acolher.[11]

O entendimento é muito claro porquanto, em se acolhendo a pretensão principal ou primária, automaticamente, tornar-se-á ineficaz a pretensão secundária. E, quando refletimos sobre a questão da preclusão no sentido de que a rigidez do sistema não pode prevalecer no caso de pedido subsidiário, indaga-se: poderá o autor desistir do pedido principal (primário) ou do subsidiário (secundário) sem a observância da regra prevista no artigo 267, § 4º, do CPC, ou seja, sem o consentimento do demandado?

Ora, se a natureza jurídica da cumulação subsidiária envolve uma verdadeira cumulação de pretensões e se o pedido subsidiário somente será objeto de julgamento em caso de improcedência do pedido primário, o autor poderá desistir, por exemplo, do pedido primário, sem aquiescência do demandado; e isso porque o procedimento deverá seguir em relação à pretensão remanescente.

A propósito, o STJ, por meio de sua 3ª Turma, no acórdão proferido no Recurso Especial nº 8.892/SP, consignou o seguinte:

> Ementa: Processual. Extinção de condomínio rural. Indivisibilidade do imóvel. Pedidos subsidiários. Reconhecimento da procedência de um deles. Permanência da lide, quanto ao fundamento do principal. - 1. Definida, com base na prova, a indivisibilidade de bem imóvel rural, não cabe, em sede de recurso especial, reexaminar essa definição. - 2. O reconhecimento pelo réu da procedência do pedido subsidiário não importa em extinção do processo, com julgamento do mérito ou por falta de interesse de agir do autor, porquanto perdura a lide em face do pedido principal (Recurso Especial 1991/0004070-3, Min. Dias Trindade - 3ª T., *DJ* de 27.05.1991, p. 6.964).

Se assim é, o demandante poderá, sem nenhuma dificuldade, desistir do pedido primário ou do secundário, sem o consentimento do demandado.

Uma outra indagação surge, resultando num verdadeiro dilema: em caso de procedência parcial do pedido primário, deverá o juiz passar a examinar o pedido subsidiário de forma integral ou não?

Quanto a essa questão, posiciona-se Ricardo Tjäder:

> [...] o interesse de agir do autor estará melhor atendido com a procedência total do pedido subsidiário do que com a procedência meramente parcial do primeiro pedido. Deverá ele, obrigatoriamente, fazer constar da fundamentação da sentença tanto os motivos pelos quais poderia deferir apenas parcialmente o primeiro pedido, como as razões jurídicas do acolhimento integral do segundo pedido.[12]

De fato, não agindo dessa forma, haverá, sem nenhuma dúvida, uma decisão *citra petita*, em face da falta de esgotamento da análise das questões pretendidas pelo autor, acolhendo ou mesmo rejeitando, seja no todo ou em parte, o pedido secundário.

A propósito, certa vez o STJ, examinando uma questão dessa natureza, concluiu:

> Caracteriza sentença *citra petita*, por isso nula, a rejeição do pedido principal sem, contudo, apreciar o subsidiário ou sucessivo, pelo que, nesse caso, o julgado não esgotou a prestação jurisdicional, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o último. Trata-se, como se colhe da doutrina, de pedidos formulados para a eventualidade de rejeição de um dentre eles (o principal ou o subsidiário).[13]

Em última análise, depara-se, também, com a questão do interesse de recorrer em situações como tais.

José Carlos Barbosa Moreira, quando analisa o referido fenômeno jurídico chamado legítimo interesse em recorrer, preleciona:

> [...] o interesse em recorrer resulta da conjunção de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de

---

[11] TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 37

[12] TJÄDER, Ricardo. Ob. cit., p. 37.

[13] STJ. REsp 26.423-0/SP.3ª Turma. Uma observação precisa ser feita na decisão anotada. É que, quando a sentença for *cita petita*, ela não será nula, sendo passível de integração (*em face da omissão*) por meio de embargos de declaração.

> vista prático do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem.[14]

Dessarte, se o pedido primário formulado pelo autor foi julgado procedente, o interesse em recorrer será, tão somente, do demandado e somente dele. Ao autor não caberá tal interesse, inclusive por não haver nem sequer sucumbência.

De outro lado, se a pretensão primária foi julgada improcedente, sendo procedente a secundária, haverá, forçosamente, uma sucumbência recíproca, ocorrendo o interesse em recorrer para ambas as partes. O autor poderá buscar acolhimento do pedido principal; e o demandado, por sua vez, o interesse na improcedência total dos pedidos formulados pelo autor.

Então, em caso de recebimento do recurso de apelação na cumulação subsidiária, se houve reconhecimento de procedência do pedido primário e o tribunal der provimento ao recurso do demandado, ele não poderá julgar o pedido subsidiário sob pena de suprimento de instância, ou seja, de ofensa à regra ou garantia do duplo grau de jurisdição. Nesse caso, não haverá mesmo possibilidade sequer de aplicação da regra prevista no artigo 515, § 3º, do CPC, a denominada "teoria da causa madura", porque haverá resolução de mérito em relação ao pedido primário. A regra prevista no § 3º do artigo 515 do CPC, em que o legislador acabou valorizando o efeito devolutivo do recurso nas apelações (parágrafo introduzido pela Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001), envolve encerramento do procedimento sem resolução de mérito (artigo 267), o que não é caso. A teoria da prejudicialidade (elo de prejudicialidade), que se deve aplicar ao caso, também acaba sendo uma outra barreira à aplicação da "teoria da causa madura", salvo melhor juízo.

Na verdade, a matéria que lhe é devolvida é, tão somente, em razão do pedido primário. E, se houver exame sobre o pedido subsidiário, haverá, pelo órgão colegiado, deslinde de questão que não consta da parte dispositiva da sentença de primeiro grau; e, assim, o órgão recursal não estará fazendo revisão de decisão alguma, mas julgamento originário em verdadeiro suprimento de instância.

Conclusão

Considerando, pois, as ponderações colocadas no presente estudo, forçoso é concluir que a cumulação subsidiária de pedidos é uma espécie singular de pretensão em que a sentença, que acolhe o pedido primário, deixa de examinar o secundário. Por conseguinte, só acolherá este último, em desacolhendo o primário.

É uma modalidade de cumulação objetiva que quebra a rigidez da preclusão que ostenta o nosso Sistema Processual brasileiro.

Além disso, deverá sempre haver um vínculo de prejudicialidade entre os pedidos; e isso porque a procedência do pedido primário resulta em ineficácia do pedido secundário ou subsidiário.

No que se refere à questão dos pressupostos de admissibilidade, temos que deverá haver compatibilidade de procedimentos, permitindo a aplicação do § 2º do artigo 292 do CPC (subsidiariedade do procedimento ordinário); o julgamento do pedido primário deve sempre preceder ao do secundário; deverá haver obediência à observância ao juízo competente; e, por fim, quanto à instância recursal, somente o demandado terá interesse em recorrer, havendo procedência do pedido primário.

Por outro lado, quando o pedido primário for julgado improcedente, reconhecendo-se a procedência do secundário, ambas as partes terão interesse em recorrer.

E, por final, se o pedido principal for procedente, havendo recurso de apelação, o órgão *ad quem*, ao prover o recurso do demandado, ficará impedido de analisar o pedido secundário, porque isso acarretaria suprimento de instância. A procedência do pedido primário impediria a aplicação da "teoria da causa madura", que só pode ocorrer, conforme preceitua o § 3º do artigo 515 do CPC, na hipótese de encerramento do procedimento sem resolução de mérito.

Referências bibliográficas

1 Do artigo: REIS, José Maria dos Reis. *Uma reflexão sobre a cumulação subsidiária de pedidos e seus efeitos*. Divinópolis: Fadom - Faculdades do Oeste de Minas, Faculdade de Direito, Digitado, 2001. (Artigo jurídico da disciplina de pós-graduação em Direito Processual Civil).

2 Outras referências:

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BRÊTAS, C. Dias, Ronaldo. *As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional*. Processo civil reformado. Belo Horizonte. Del Rey, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

[14] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao CPC*. 8. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1999, v. 5

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 3. ed. Belo Horizonte: Síntese, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil atualizado por Vilson Rodrigues Alves*. Campinas: Bookseller, 1999, v. II.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. I.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao CPC*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REIS, José Alberto dos. *Comentários ao CPC*. Coimbra: Editora Coimbra, 1946, v. 3.

TAVARES, Fernando Horta. *Urgências de tutela* - Processo cautelar e tutela antecipada – Reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito. Juruá Editora, 2007.

TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. *Cumulação eventual de pedidos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

...

A pretensão de gratuidade de justiça no processo

Homero Francisco Tavares Junior[*]

Sumário:1 Introdução. 2 Breve distinção entre assistência jurídica integral, assistência judiciária e justiça gratuita. 3 Requerimento do benefício de assistência judiciária. 3.1 Na petição inicial. 3.2 Na contestação. 3.3 No curso do processo, antes da sentença. 3.4 No curso do processo, após a sentença. 3.4.1 Gratuidade de justiça requerida no recurso e deferida pelo juiz. 3.4.2 Gratuidade de justiça requerida no recurso, deferida pelo juiz, mas impugnada pela parte contrária. 3.4.3 Gratuidade de justiça requerida no recurso e indeferida pelo juiz. 4 Impugnação ao pedido de assistência judiciária: reflexões. 5 Circunstâncias comumente alegadas e insuficientes para afastar o deferimento da gratuidade de justiça. 5.1 Parte representada por advogado particular. 5.2 Patrimônio em nome do requerente. 6 Penalidade para os pedidos despropositados. 7 Critérios objetivos para a concessão do benefício de gratuidade de justiça. 8 Conclusão. Referências bibliográficas.

1 Introdução

O instituto da assistência judiciária tem presença crescente nas lides judiciais.

A assistência judiciária, na qual se insere a prerrogativa da gratuidade de justiça, também denominada justiça gratuita, tem como objetivo facilitar e permitir que todos, com igualdade de oportunidades, busquem a tutela jurisdicional do Estado.

Trata-se de garantia da maior importância, pois, como registra o Prof. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

> [...] não basta assegurar constitucionalmente o princípio da inafastabilidade do controle judiciário, se, a par disso, para além do meramente formal, deixava-se de instituir instrumentos capazes de assegurar, de forma efetiva, solução rápida e adequada dos pleitos, desconsiderando-se, ademais, a maior ou menor condição de fortuna, o poder de que desfrutam[1].

A Lei nº 1.060, de 05.02.1950, que disciplina as normas para a concessão da assistência judiciária, prevê em seu art. 4º, *caput*, que

> 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.

Por isentar a parte do pagamento de todas as despesas do processo, inclusive de eventuais honorários de sucumbência (art. 3º da Lei nº 1.060/50), o benefício da assistência judiciária desperta interesse naqueles que venham a litigar na Justiça.

Todavia, é preciso considerar que a Lei de Assistência Judiciária tem por escopo proteger o "necessitado", definido como aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50).

As regras inerentes à assistência judiciária são, por vezes, deturpadas pelos jurisdicionados, assim também pelos operadores do Direito que ao lado deles se encontram, chegando-se a situações de abuso.

Já advertia o Prof. José Olympio de Castro Filho:

> Na realidade, é imperioso evitar que o foro seja ou continue sendo aquilo que, em 1839, na Bélgica, dizia M. BONCENNE ser o Palácio da Justiça: '[...] um antro de abuso e de chicana'[2].

No mesmo sentido, o registro de Hélio Márcio Campo:

> O livre ingresso à Justiça e o princípio do contraditório e da ampla defesa não correspondem à espada de Aquiles, para ferir e curar, e muito menos à túnica de Nessus, que tudo acoberta. Tais princípios constitucionais têm de ser recebidos com reservas e temperamentos, vez que o processo não é um jogo de azar, facultando-se o litigar por simples espírito de emulação ou para se obter lucro[3].

A afirmativa de pobreza da parte, no sentido legal do termo, tem presunção relativa de veracidade, pode ceder diante de duas circunstâncias:

---

[*] Mestrando em Direito - UFMG. Especialista em Direito Civil e Processual Civil - FESMP/MG. Assessor Judiciário - TJMG.

[1] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Processo Civil e Constituição. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, nº 6, 1985, p. 63.

[2] CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso de direito no processo civil*. Monografia para Concurso à Cadeira de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 30-31.

[3] CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade judiciária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 86.

a) quando o juiz tiver fundadas razões para indeferir o pedido (art. 5º, da Lei nº 1.060/50)[4];

b) quando a parte contrária provar a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à concessão do benefício (art. 7º da Lei nº 1.060/50).

O tema, aparentemente simples, comporta inúmeras e diversas interpretações dos dispositivos da Lei nº 1.060/50, quer pelos juízes de 1º grau, quer pelos tribunais pátrios.

Enquanto, para alguns, a concessão da assistência judiciária depende apenas de simples requerimento da parte, cumprindo ao *ex adverso* demonstrar a impertinência ou a improcedência do pedido, para outros, a concessão da prerrogativa pressupõe a apresentação de prova cabal, pelo interessado, de que efetivamente se amolda à condição de necessitado[5].

Invariavelmente, aqueles que têm indeferido o seu pedido de assistência judiciária perante o juiz buscam, pela via recursal, a reforma da decisão, talvez por terem em mente o que antes anunciamos: a grande variedade de situações e entendimentos que permeiam a compreensão da matéria.

Neste trabalho, pretendemos discorrer sobre a pretensão de gratuidade de justiça no processo.

Justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica integral e gratuita são termos sinônimos? Qual a forma para requerer o benefício da gratuidade de justiça? Quais os meios de impugnação colocados à disposição da parte contrária? Existe penalidade para aquele que requer o benefício da gratuidade de justiça, sem fazer jus à prerrogativa? Ela é aplicada? Qual o recurso cabível contra a decisão que indefere o benefício? Como devolver a questão ao tribunal, na hipótese de indeferimento do pedido? Faz-se necessário o preparo do recurso? Existem critérios objetivos para o exame do pedido de gratuidade de justiça?

Ao final, tentaremos esposar algumas conclusões sobre a matéria, sem qualquer pretensão, no entanto, de esgotar o tema.

2 Breve distinção entre assistência jurídica integral, assistência judiciária e justiça gratuita

Diversamente da assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal), que, para ser alcançada, pressupõe a comprovação de insuficiência de recursos, perante a Defensoria Pública, órgão incumbido de promover a orientação jurídica e a defesa dos necessitados (art. 134 da Constituição Federal), a concessão da assistência judiciária - espécie daquela matriz constitucional - está adstrita, por força de lei, à simples afirmação da parte, de que não reúne condições de pagar as custas e as despesas do processo, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Embora o presente trabalho não tenha por escopo aprofundar a distinção existente entre os institutos da assistência jurídica integral e gratuita, da assistência judi-

---

[4] A propósito, vem decidindo o STJ: "1. Conquanto esta Corte admita que para concessão da gratuidade da justiça basta mera declaração do interessado acerca da hipossuficiência, é certo que referido documento se reveste de presunção relativa de veracidade, suscetível de ser elidida pelo julgador que entenda haver fundadas razões para crer que o requerente não se encontra no estado de miserabilidade declarado. [...]." (AgRg no Ag 799.678/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., j. 04.09.2007, *DJ* 17.09.2007, p. 293). Ainda sobre o tema, o escólio dos Professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: "O juiz da causa, valendo-se de critérios objetivos, pode entender que a natureza da ação movida pelo interessado demonstra que ele possui porte econômico para suportar as despesas do processo. A declaração pura e simples do interessado, conquanto seja o único entrave burocrático que se exige para liberar o magistrado para decidir em favor do peticionário, não é prova inequívoca daquilo que ele afirma, nem obriga o juiz a se curvar aos seus dizeres se de outras provas e circunstâncias ficar evidenciado que o conceito de pobreza que a parte invoca não é aquele que justifica a concessão do privilégio. Cabe ao magistrado, livremente, fazer juízo de valor acerca do conceito do termo pobreza, deferindo ou não o benefício." In: *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.459.

[5] O Professor e Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, em voto que proferiu como Relator, no Mandado de Segurança nº 925/90, julgado pela 5ª Câmara Cível do TJRJ, em 26.01.91, bem pontuou a relação existente entre o disposto no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal - à época, recém promulgada -, e o disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50: "1. De acordo com o art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50, com a redação dada pela Lei 7.510/86, 'presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição, nos termos desta lei, sob pena de pagamento de até o décuplo das custas judiciais'. Dispensada ficou, assim, a comprovação da pobreza, a cargo do requerente, embora admissível a prova contrária, dada a natureza relativa da presunção legal. 2. À primeira vista, poderia parecer que essa sistemática houvesse sido alterada pela Constituição da República de 1988, ante o teor do inc. LXXIV do art. 5.º, *verbis* '[...] Numa interpretação puramente literal, a Lei maior teria adotado posição mais restritiva na matéria. A conclusão não deixaria de mostrar-se muito surpreendente, dada a orientação da nova Carta, de marcada preocupação social, a que não se conceberia que ficasse alheio o tema da facilitação do acesso à Justiça por parte dos menos afortunados. Bem ponderada a questão, todavia, percebe-se que, com tornar obrigatória a prestação da assistência jurídica na hipótese de comprovação da insuficiência de recursos, de modo algum proibiu a Constituição Federal que o legislador ordinário fosse além e outorgasse benefício mesmo sem a prova da carência. Tal não contraria o preceito constitucional, que se veria ofendido - isso, sim -, caso a lei negasse a concessão apesar de comprovada a miserabilidade. *Odiosa restringenda, favorabilia amplianda:* o que se deve entender é que a lei, não podendo dificultá-la, pode, contudo, facilitar a obtenção da assistência pelos interessados". In: *COAD-ADV* 54.043, Informativo Semanal nº 19/91, p. 301, *apud* LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. A comprovação da insuficiência de recursos para concessão da assistência jurídica gratuita (O art. 4.º da Lei Federal 1.060/50 face ao inc. LXXIV do art. 5.º da CF/88). *Revista de Processo*, São Paulo, Ano XVI, nº 62, p. 272, abr./jun. 1991.

ciária e da justiça gratuita, vejamos, brevemente, os traços que os diferenciam.

No enfoque dos Professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a *assistência jurídica integral e gratuita*, garantia mais ampla que a assistência judiciária, consiste na consultoria, auxílio extrajudicial e assistência judiciária propriamente dita, devendo ser prestada pela Defensoria Pública, criada e organizada na forma da lei[6].

Pontes de Miranda ensina que *justiça gratuita* é o direito à dispensa provisória das despesas exercíveis em relação jurídica processual, perante o juiz que promove a prestação jurisdicional. Já a *assistência judiciária* é a organização estatal (instituto de direito administrativo) que tem por fim proporcionar aos carentes, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado para o processo, e o de dar à União, Estados e Municípios, o dever de organização nesse sentido[7].

Com base nessas importantes referências, atribuímos as seguintes características aos institutos mencionados:

Assistência jurídica integral e gratuita: instituto gênero, de cunho constitucional e administrativo (art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal). Atua fora do processo, mediante serviços técnicos de aconselhamento e informação em todo o campo dos atos jurídicos[8]. Está a cargo da Defensoria Pública.

Assistência judiciária: instituto-espécie do anterior, de cunho administrativo e processual. Atua na esfera judicial, dentro do processo, mediante assistência técnica de profissional do Direito, que pode ser um defensor público, indicado pelo juiz (art. 5º, § 1º, da Lei nº 1.060/50), um advogado dativo, indicado pela Ordem dos Advogados (art. 5º, § 2º, da Lei nº 1.060/50), ou o advogado que a parte indicar, que declare aceitar o encargo (art. 5º, § 4º, da Lei nº 1.060/50). A rigor, a atividade desenvolvida pelo profissional deve ser custeada pelo Estado. Uma vez concedido o benefício, a parte é isenta do pagamento de taxas, custas e despesas processuais, inclusive honorários advocatícios, salvo se sobrevier a perda da sua condição legal de necessitada, dentro de cinco anos, a contar da sentença final (art. 12 da Lei nº 1.060/50).

Justiça gratuita: instituto-espécie do anterior[9], de cunho processual. Isenta a parte beneficiária do pagamento de taxas, despesas processuais e dos honorários advocatícios da parte contrária, a ele também se aplicando a regra suspensiva do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

3 Requerimento do benefício de assistência judiciária

3.1 Na petição inicial

O requerimento da assistência judiciária, na petição inicial, não suscita maiores controvérsias, uma vez que expressamente previsto no art. 4º da Lei nº 1.060/50[10], *verbis*:

> Art. 4º 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.

Conforme visto, o benefício da assistência judiciária é mais amplo do que o benefício da justiça gratuita.

A rigor, portanto, a parte que ingressa em juízo, requerendo a concessão de "assistência judiciária", pretende isentar-se do pagamento de honorários ao profissional do direito que a estiver representando, ou que vier a representá-la. Este profissional poderá ser um defensor público, um advogado dativo ou o advogado que a parte indicar.

Se, de outro modo, a pretensão da parte for a de isenção do pagamento apenas das taxas, custas e despe-

---

[6] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.456.

[7] MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1 de 1969*. São Paulo: Forense, 1987, p. 642.

[8] A expressão "todo o campo dos atos jurídicos" é do Prof. José Carlos Barbosa Moreira. In: O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *Revista de Processo*, São Paulo, Ano XVII, nº 67, jul./set. 1992, p. 130.

[9] Pontuando a relação de conteúdo existente entre os institutos da assistência judiciária e da justiça gratuita, o em. Ministro Ruy Rosado de Aguiar assentou escorreito entendimento: "De acordo com a lei, o conceito de assistência judiciária compreende tanto o direito de ter um advogado que defenda em juízo o interesse da parte miserável como o da isenção de taxas e despesas (justiça gratuita). Tratar de um e de outro debaixo da mesma rubrica não ofende a lei. Lei 1060/50, arts. 3º e 5º" (STJ, REsp 489.421, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., j. em 17.06.2003, *DJ* de 12.08.2003, p. 241).

[10] Discorrendo sobre as sucessivas alterações do art. 4º e parágrafos da Lei nº 1.060/50, escreve Luiz Paulo da Silva Araújo Filho: "Em um primeiro momento, era exigido, para a concessão da gratuidade de justiça, um documento oficial, expedido pela autoridade policial, ou pelo prefeito municipal (art. 4º, § 1º); documento este que depois passou a poder ser dispensado, à vista do contrato de trabalho (redação da Lei 6.707, de 29.10.79); que cedeu lugar, em seguida, à simples declaração firmada pelo próprio interessado, sob as penas da lei (Lei 7.115, de 29.8.83); para, finalmente, contentar-se apenas com a afirmação, do requerente, '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', presumindo-se pobre, até prova em contrário, quem fizer esta afirmação (redação determinada pela Lei 7.510, de 4.7.86)". In: Decisão que aprecia questão do direito à assistência judiciária - recurso cabível. *Revista de Processo*, São Paulo, Ano XIV, nº 53, p. 232-233, jan./mar. 1989.

sas do processo, deverá pleitear a concessão do benefício de "justiça gratuita", sendo presumível, neste caso, que ela reúne condições de patrocinar os custos da contratação de um advogado.

Tenha-se em mente a reflexão do Prof. Barbosa Moreira:

> O fato de obter o benefício da gratuidade de maneira alguma impede o necessitado de fazer-se representar por profissional liberal. Se o seu direito abrange ambos os benefícios - a isenção de pagamentos e a prestação de serviços -, nada obsta a que ele reclame do Estado apenas o primeiro. É antijurídico impor-lhe o dilema: tudo ou nada.[11]

Em regra, o próprio interessado na concessão da gratuidade de justiça deve firmar uma declaração, na qual afirme ser pobre no sentido legal do termo. Se preferir, poderá demonstrar a sua miserabilidade através de documentos.

Estas, as diretrizes incorporadas pelo seguinte julgado:

> Embora haja tolerância da Justiça quanto à forma de requerimento da gratuidade da justiça, na hipótese dos autos, a sucessão de mandados de segurança e de recursos chegando até esta Corte encontra, por parte do recorrente, insistente resistência em declarar ser minimamente pobre na forma da lei, ou de provar em juízo a sua condição de pobreza, considerando tratar-se de um benefício cuja concessão depende de prova ou apenas de mera declaração[12].

Superada uma inicial divergência, a jurisprudência do STJ também não vacila em aceitar que o pedido de assistência judiciária seja formulado pelo advogado da parte, com poderes para o foro em geral, sem a necessidade de possuir poderes específicos:

> Consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o pedido de assistência judiciária gratuita pode estar embasado em declaração de pobreza firmada por advogado da parte com poderes para o foro em geral, sendo desnecessários poderes específicos[13].

Com critério menos exigente, verifica-se que a jurisprudência do STJ tem admitido a concessão da assistência judiciária mediante simples pedido formulado pelo advogado, na própria petição, sem a necessidade de declaração específica:

> Bastante à postulação da assistência judiciária a apresentação de petição ao juiz da causa, sem necessidade de sua instrução com declaração de pobreza pelo beneficiário ou que aquela venha subscrita por advogado munido de poderes especiais para tanto[14].

3.2 Na contestação

Embora a Lei nº 1.060/50 não contenha previsão expressa acerca de pedido de gratuidade de justiça na contestação, o art. 6º da Lei nº 1.060/50 assegura que tal benefício poderá ser pleiteado no curso da ação.

Logo, se o pedido pode ser formulado no curso da ação, poderá o réu perfeitamente fazê-lo em sua contestação, o mesmo se dizendo em relação aos outros sujeitos da relação processual, tais como o litisconsorte, o assistente, o opoente, o denunciado à lide e o chamado ao processo.

A todos esses participantes do processo, aplicam-se as regras de concessão da gratuidade de justiça, conforme abordado no item anterior (pedido na petição inicial).

3.3 No curso do processo, antes da sentença

Se a assistência judiciária não for requerida na petição inicial, nem na contestação, não há óbice a que o seja no curso da ação.

A autorização é dada pelo art. 6º da Lei nº 1.060/50, *verbis*:

> Art. 6º O pedido, quando formulado no curso da ação, não a suspenderá, podendo o juiz, em face das provas, conceder ou denegar de plano o benefício de assistência. A petição, neste caso, será autuada em separado, apensando-se os respectivos autos aos da causa principal, depois de resolvido o incidente.

A regra acima transcrita contém duas diretrizes que, por construção jurisprudencial, são mitigadas na prática.

A primeira relaciona-se com a necessidade de o pedido de assistência judiciária, formulado no curso da ação, estar acompanhado de provas.

Pela redação da primeira parte do art. 6º da Lei nº 1.060/50, o juiz poderá conceder ou denegar o benefício de assistência judiciária "em face da provas", cuja apresentação incumbiria ao requerente.

No entanto, ainda que se trate de pedido de assistência judiciária formulado no curso da ação, tem-se entendido que basta a simples afirmação do estado de pobreza, no sentido legal, para que o benefício seja

---

[11] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Evolução*..., ob. cit., p. 130.
[12] STJ, RMS 15.566/RJ, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2ª T., j. em 15.05.2003, *DJ* de 02.06.2003, p. 230.
[13] STJ, EDcl no AgRg no AgRg no Ag 715.273/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. em 21.09.2006, *DJ* de 23.10.2006, p. 350.
[14] STJ, REsp 655.687/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T, j. em 14.03.2006, *DJ* de 24.04.2006, p. 402.

concedido ao requerente, aplicando-se aqui, uma vez mais, as mesmas regras de concessão da prerrogativa, quando postulada na petição inicial[15].

Esse, o entendimento do STJ:

> A concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita não se condiciona à prova do estado de pobreza do requerente, mas tão-somente à mera afirmação desse estado, sendo irrelevante o fato de o pedido haver sido formulado na petição inicial ou no curso do processo[16].

A outra particularidade do art. 6º da Lei nº 1.060/50 diz respeito à autuação em separado do pedido de assistência judiciária, quando formulado no curso da ação.

Embora a segunda parte daquele dispositivo legal o exija, com o referendo de julgados do STJ[17], a prática revela que, na maioria dos casos, o pedido de gratuidade de justiça, ainda que apresentado no curso da ação, não demanda a instauração de incidente autônomo, em autos apartados.

De fato, a instauração de um incidente autônomo, para o único fim de se examinar o pedido de gratuidade de justiça, atenta contra os princípios de economia e celeridade processuais.

Mário Helton Jorge escreve sobre o tema:

> Com efeito, a Lei 1.060/50 é lacônica ao prever procedimento para o requerimento feito no curso do processo. O próprio art. 6º dispõe, apenas, que o juiz, em face das provas, decidirá de plano, concedendo ou denegando o benefício. Não há razão, portanto, para que o requerimento seja oferecido em peça destacada e autuado em apartado, visto que, após a sua apresentação, a única providência a ser tomada é a decisão do juiz, de plano. Não há previsão de resposta da parte contrária após o pedido. Não há dilação probatória. Por que, então, instaurar-se processo incidente para a prática de um único ato decisório?[18]

3.4 No curso do processo, após a sentença

Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la *(a)* para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; *(b)* por meio de embargos de declaração (art. 463, I e II, do CPC).

Na hipótese de recurso, também caberá ao juiz verificar se estão atendidos os pressupostos de sua admissibilidade.

Ao exercer o juízo provisório de admissibilidade do recurso, o juiz pode se deparar com um pedido de gratuidade de justiça na petição de encaminhamento da apelação, ou mesmo nas razões deste recurso.

Como proceder, então?

Num primeiro momento, é fora de dúvida que, se o pedido de justiça gratuita já foi formulado no curso do processo, com resultado de improcedência - sem que a parte tenha atacado a decisão através de recurso -, somente a prova da alteração da situação financeira do requerente é que autorizará a concessão da prerrogativa, com efeitos *ex nunc* (falaremos deste efeito mais adiante).

Nesse ponto, é importante salientar que a estrutura progressiva de preclusões, definidora do processo (Prof. José Marcos Rodrigues Vieira), não se aplica aos pedidos de gratuidade de justiça.

Corrobora o entendimento:

> O benefício pode ser requerido a qualquer tempo e fase processual, não estando sujeito, portanto, à preclusão. Contudo, formulado e indeferido o pedido, sem que a parte tenha recorrido da decisão, somente a alteração da situação financeira do requerente autoriza novo pleito[19].

Mas, se após a sentença, sobrevém, pela primeira vez, o requerimento de gratuidade de justiça, o juiz tanto poderá deferir o benefício ao apelante, quanto indeferi-lo, hipóteses essas que devem ser individualmente tratadas.

3.4.1 Gratuidade de justiça requerida no recurso e deferida pelo juiz

Conforme já assinalado, o pedido de gratuidade de justiça pode ser feito em qualquer fase do processo.

---

[15] Na opinião de Roberto Luis Luchi Demo, a alusão a provas, no art. 6º da Lei nº 1.060/50, constitui reminiscência do regime anterior à Lei 7.510/86. In: Assistência judiciária gratuita. Disponível em: <www.teiajuridica.com/assisjud.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2007.

[16] STJ, AgRg nos EDcl no Ag 728657/SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, 3ª T., j. em 06.04.2006, *DJ* de 02.05.2006, p. 314.

[17] "O pedido de assistência judiciária gratuita pode ser feito a qualquer tempo e grau de jurisdição. Entretanto, quando no curso da ação, o requerimento deve ser formulado em petição avulsa, apensada aos autos principais, consoante o que dispõe o art. 6º da Lei nº 1.060/50, constituindo erro grosseiro a não-observância dessa formalidade. [...]" (STJ, AgRg no REsp 759741/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., j. em 1º.09.2005, *DJ* de 10.10.2005, p. 392). No mesmo sentido: REsp 574.346/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., j. em 19.10.2004, *DJ* de 14.02.2005, p. 209; REsp 608.810/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. em 04.03.2004, *DJ* de 19.04.2004, p. 239.

[18] JORGE, Mário Helton. Juízo (provisório) de admissibilidade da apelação. Isenção do preparo. Assistência judiciária gratuita. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5, p. 425.

[19] STJ, REsp. 723.751/RS, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2ª T., j. em 19.06.2007, *DJ* de 06.08.2007, p. 476.

Se, após a sentença, o juiz se depara com um inédito pedido de gratuidade de justiça da parte, terá que examinar, em primeiro lugar, este pedido, para, somente após, exercer o juízo provisório de admissibilidade do recurso.

Deferindo o pedido de gratuidade de justiça, sem a impugnação da parte contrária, não há dúvida de que o recurso estará isento de preparo.

Cumpre observar, no entanto, que a decisão que defere o pedido de gratuidade de justiça, embora de natureza declaratória, gera efeitos *ex nunc*, ou seja, passa a valer para os atos futuros, não atingindo aqueles já consumados no processo.

Tal entendimento se justifica, pois, se o contrário ocorresse, bastaria à parte derrotada no 1° grau de jurisdição, para se ver livre dos ônus de sucumbência contra ela fixados na sentença, requerer a prerrogativa, que, deferida, isentaria a sujeição àqueles pagamentos.

Assim, independentemente da fase em que se encontre o processo, a concessão do benefício da gratuidade de justiça só gera efeitos *ex nunc*, não atingindo os atos já praticados nos autos.

Esse, o norte jurisprudencial:

> [...] a gratuidade não opera efeitos *ex tunc*, de sorte que somente passa a valer para os atos ulteriores à data do pedido, não afastando a sucumbência sofrida pela parte em condenação de 1° grau, que somente pode ser revista se, porventura, acatado o mérito da sua apelação, quando do julgamento desta[20].

3.4.2 Gratuidade de justiça requerida no recurso, deferida pelo juiz, mas impugnada pela parte contrária

Em regra, a impugnação do direito à assistência judiciária deve ser feita em autos apartados (art. 4, § 2°, da LAJ).

No entanto, há quem defenda que, se o pedido de assistência judiciária é feito nas razões da apelação, a parte contrária poderia impugnar esse pedido em suas contra-razões recursais, independentemente da formação de autos apartados.

O entendimento acima toma por base o princípio da isonomia, porquanto, se foi dado à parte interessada na concessão da assistência judiciária requerer o benefício nas razões do recurso, nos próprios autos da ação, também a parte contrária poderia impugnar o pedido nos próprios autos, ao responder o recurso.

Caso se entenda possível a impugnação nos próprios autos, e ela seja julgada procedente, o próprio juiz, a quem é facultado o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, após a resposta do recorrido (art. 518, § 2°, do CPC), poderá declarar a deserção do recurso, em face da ausência de preparo.

Caberia à parte insatisfeita com essa decisão lançar mão de agravo de instrumento, contra a decisão que julgou deserto o seu recurso.

No entanto, defendemos a tese segundo a qual ao órgão julgador, antes de decretar a deserção do recurso, com fundamento no acolhimento da impugnação ao pedido de assistência judiciária, ou no indeferimento de plano do pedido - quando é pela primeira vez apresentado -, cabe abrir à parte a oportunidade para efetuar o preparo, antes de exercer o juízo negativo de admissibilidade do recurso.

Recente julgado do STJ explicita essa posição:

> 'Afirmada a necessidade de justiça gratuita, seja em que momento for, não pode o órgão julgador declarar deserto o recurso sem se pronunciar sobre o pedido de assistência judiciária. Caso indeferida a gratuidade, deve-se abrir ao requerente oportunidade para o preparo' (AgRg no Ag 622403/RJ, 6ª T., Min. Nilson Naves, *DJ* de 06.02.2006). No mesmo sentido: REsp 731880/MG, 4ª T, Min. Jorge Scartezzini, *DJ* de 14.11.2005; RMS 19747/RJ, 3ª T., Min. Castro Filho, *DJ* de 05.09.2005 e REsp 556081/SP, 4ª T., Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* de 28.03.2005[21].

Assim, a parte interessada na concessão do benefício da gratuidade de justiça, quando o postula pela primeira vez no momento da interposição do recurso, caso tenha a prerrogativa indeferida, deve ter a oportunidade de realizar o preparo, sob pena de ver decretada a deserção do recurso.

A situação não se altera se as circunstâncias do caso exigirem a interposição de recurso de agravo de instrumento, contra a decisão singular que julgar deserta a apelação.

Nesse caso, o tribunal deve processar o agravo de instrumento sem o preparo, pois o que estará em discussão será, justamente, o direito da parte de litigar, ou não, sob o pálio da justiça gratuita.

Em último caso, se a parte não lograr êxito em ter a sua pretensão à gratuidade de justiça examinada pelo juízo *ad quem*, em razão de persistente juízo negativo de admissibilidade do recurso interposto com esta finalidade, poderá impetrar ação de mandado de segurança, visando à proteção de direito líquido e certo seu, consis-

---

[20] STJ, REsp 556.081/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4. T., j. em 14.12.2004, *DJ* de 28.03.2005, p. 264.
[21] STJ, REsp 885.071/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T., j. em 27.02.2007, *DJ* de 22.03.2007, p. 313.

tente no amplo acesso à Justiça e ao duplo grau de jurisdição[22].

Ao nosso modesto entender, situação que deve ser evitada é a dos tribunais, ao examinarem um pedido de gratuidade de justiça formulado nas razões do recurso, com simultâneo recolhimento das custas e porte de retorno recursais, justificarem o indeferimento da prerrogativa com o fundamento - por si só - de que a realização do preparo importou em ato contrário ao afirmado estado de pobreza[23].

Em hipóteses tais, revelar-se-ia mais prudente, em sendo o caso de deferimento da prerrogativa, devolver à parte o valor recolhido a título de preparo, ou, na impossibilidade de ordem nesse sentido, condenar a parte contrária, se vencida *in totum* na matéria recursal, à restituição do valor por aquela desembolsado.

Na prática forense, é comum nos depararmos com o seguinte quadro: se não recolhe o preparo, a parte, que almeja a concessão da justiça gratuita, teme que o seu recurso não seja conhecido, por ausência de requisito extrínseco de admissibilidade; se, concomitantemente ao requerimento de justiça gratuita, efetua o preparo do recurso, corre o risco de ter o pedido indeferido, sob o argumento de que o pagamento das custas recursais opera em desfavor do afirmado estado de pobreza[24].

A fim de evitar esse constrangimento, entendemos que devem ser observadas as diretrizes dos invocados precedentes do STJ, a partir das quais deve o órgão julgador, primeiro, analisar o pedido de gratuidade de justiça, e, conforme o resultado, intimar a parte a efetuar o preparo do recurso, agora, sim, sob pena de deserção.

3.4.3 Gratuidade de justiça requerida no recurso e indeferida pelo juiz

Se o pedido de gratuidade de justiça formulado no recurso for de plano indeferido pelo juiz, importando a inadmissibilidade da apelação, abre-se ao interessado a possibilidade de impugnação mediante recurso de agravo de instrumento (art. 522, *caput*, do CPC[25]), cujo exame de admissibilidade deverá se nortear pelas coordenadas traçadas no tópico anterior.

4 Impugnação ao pedido de assistência judiciária: reflexões

A impugnação ao requerimento de assistência judiciária processa-se em autos apartados, demandando a demonstração, pela parte contrária, de que o requerente da prerrogativa a ela não faz jus.

Veja-se o disposto no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50:

> Art. 7º A parte contrária poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão.
> Parágrafo único. Tal requerimento não suspenderá o curso da ação e se processará pela forma estabelecida no final do art. 6º desta Lei.

A forma estabelecida no final do art. 6º da LAJ, a que alude o parágrafo único do art. 7º supra, é precisamente a de "autuação em separado" do incidente, que deve ser apensado aos autos da causa principal.

Tema da maior importância diz respeito à dilação probatória que é, ou não, disponibilizada à parte que oferece impugnação ao pedido de assistência judiciária.

Inicialmente, atente-se para a advertência de Fábio Cristiano Woerner Galle:

> [...] a impugnação legalmente autorizada torna-se, as mais das vezes, um mister inatingível, a depender da própria con-

---

[22] A propósito: "Constitucional. Mandado de segurança. Direito de acesso à justiça. Assistência judiciária. Recurso provido. Precedentes. Segurança concedida para determinar o regular processamento da apelação. I - Pelo sistema legal vigente, faz jus a parte aos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família (Lei nº 1.060/50, art. 4º), ressalvado ao juiz, no entanto, indeferir a pretensão se tiver fundadas razões para isso (art. 5º). II - Criada, no caso concreto, situação na qual ficou a parte impossibilitada inclusive de obter o exame da decisão denegatória da gratuidade em segundo grau de jurisdição, concede-se a segurança em razão da alegada hipossuficiência financeira, para que o recurso tenha regular prosseguimento, com o exame da pretensão nele deduzida, a fim de que as garantias constitucionais do acesso à Justiça e do duplo grau de jurisdição sejam preservadas" (STJ, RMS 11305/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. em 02.03.2000, *DJ* de 10.04.2000, p. 92).

[23] Exemplifica a situação: "O pedido de justiça gratuita pode ser feito em qualquer fase do processo, tanto pelo autor como pelo réu; entretanto, se a parte pratica ato incompatível com o alegado estado de miserabilidade, recolhendo o preparo do recurso, o benefício pretendido deverá ser negado" (TAMG, Ap. 337115-9, Rel. Juiz Edílson Fernandes, 3ª C. Cível, j. em13.06.2001, *DJ* de 03.08.2001).

[24] Com semelhante enfoque, escreve Luiz Paulo da Silva Araújo Filho: "Basta pensar na possibilidade de a parte, temendo o risco de vir a suportar sanções decorrentes de sua inação e para dar andamento mesmo ao processo, com sacrifício de seu sustento, pagar as despesas dos atos processuais, para depois ver seu recurso provido e declarado o seu direito, já irremissivelmente ferido, à gratuidade de justiça. Como seria reparado, acaso ainda fosse possível, o mal?". In: Decisão que aprecia..., ob. cit., p. 232-233.

[25] Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

> fissão do agraciado, da exibição de documentos resguardados pela privacidade, ou mesmo em poder de bancos de dados, tudo a tornar custosa a tarefa do requerido, travando o desate efetivo da quizília em função de questões processuais. Muito mais compreensível, nessa toada de coisas, que o próprio necessitado indique, e não simplesmente afirme, qual exatamente o espectro da sua necessidade (evidentemente sem qualquer sujeição ao indigno), e que o juízo, calcado nos poderes diretivos que lhe confere a legislação processual vigente, salvaguarde a gratuidade em favor dos efetivamente necessitados, o que de idêntica forma, e numa dimensão mais abrangente, cumpre a principiologia da Carta vigente[26].

Entendemos que, enquanto a legislação estabelecer que o pedido de assistência judiciária demanda apenas a afirmação do postulante, nos termos já assinalados, e que compete à parte contrária, caso não concorde com o pedido, impugná-lo através de incidente próprio, deve-se conferir ao impugnante o direito à ampla produção de provas.

Não raro, os tribunais resistem em aceitar a produção de provas no incidente de impugnação ao pedido de assistência judiciária, fazendo-o sob a justificativa de que cabe ao impugnante apresentar, de plano, as provas que demonstrem não fazer o requerente jus à prerrogativa.

Em princípio, tal iniciativa ofende o devido processo legal, convindo ressaltar a lição do Prof. José Marcos Rodrigues Vieira:

> Em tema de direito à prova, ideal é que o Estado propicie os métodos inerentes ao contraditório, o que se deve tentar converter em realidade, sob pena de a evolução do direito tornar-se inócua[27].

Para exemplificar o que antes se disse, vejamos as razões de decidir adotadas pelo colendo STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº 851.087/PR[28], que tratou, entre outras, da questão atinente ao ônus da prova no incidente de impugnação ao pedido de gratuidade de justiça:

> A teor da reiterada jurisprudência deste Tribunal, para a pessoa física poder gozar das benesses alusivas à assistência judiciária gratuita prevista na Lei 1.060/50, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica.
>
> No caso em particular, o recurso dos autores merece provimento, pois, segundo a análise do juízo de primeiro grau, a parte ré requereu o cancelamento da concessão da justiça gratuita ancorada em meras ilações, sem apresentar nenhuma prova robusta acerca da inexistência dos requisitos.
>
> Como bem exposto pelo juízo singular, as cópias dos contratos de prestação de serviço advocatício, juntadas à inicial, não tiveram o condão de afastar a presunção de verdade, pois foram firmados por pessoas estranhas ao processo, não deixando dúvidas se o contrato assinado pelos autores seria semelhante àqueles.
>
> Portanto, não tendo sido comprovado pelo réu a condição financeira dos autores, nos termos exigidos pelo § 1º do art. 4º da Lei nº 1.060/50, visualiza-se a violação deste preceito legal, merecendo reforma o acórdão recorrido.

No julgamento acima referido, o Superior Tribunal de Justiça tendeu a não admitir dilação probatória no incidente de impugnação ao requerimento de assistência judiciária, exigindo que a parte impugnante instruísse o seu pedido com provas bastantes à contraposição do alegado estado de pobreza.

Com a máxima vênia, não concordamos com essa realidade.

Como pretender, então, que a parte impugnante comprove que não é verdadeira a afirmativa do requerente do benefício? Terá ela que trazer aos autos, de pronto, todo o conjunto probatório necessário à demonstração do alegado? Não seria um privilégio demasiadamente acentuado para o postulante da gratuidade de justiça, sob a perspectiva de que a verificação de suas reais condições econômicas interessa à própria Justiça?

Aproveitam ao entendimento as considerações de Francisco César Pinheiro Rodrigues:

> A proibição expressa de falsear a verdade e criar incidentes para retardamento não visa apenas a proteger a parte que tem razão. Ainda que a condenação seja estipulada em proveito da parte prejudicada, o maior destinatário das normas referentes é o próprio Poder Judiciário, e, conseqüentemente, a comunidade em geral, que lucraria, em termos de brevidade, das pastas de audiências e prazos de julgamento de recursos[29].

Em contrapartida ao precedente antes citado (REsp 851.087), há um interessante julgado, pelo qual a Segunda Turma do STJ, à unanimidade de votos, sufragou o entendimento segundo o qual, impugnado o pedido de gratuidade de justiça, cabe ao magistrado ordenar que o requerente do benefício prove que efetivamente não tem condições de pagar as custas processuais, sem prejuízo de seu sustento ou de sua família.

---

[26] GALLE, Fábio Cristiano Woerner. Justiça de todos - Operadores devem refletir sobre assistência gratuita. *Revista Consultor Jurídico*, 22 out./2007. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/60580,1>. Acesso em: 16 nov. 2007.

[27] VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 84.

[28] 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. em 05.09.2006, *DJ* de 05.10.2006, p. 279.

[29] RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Indenização na litigância de má-fé. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano LXXIII, v. 584, p. 12, jun./1984.

Por sua importância ao estudo da matéria, vejamos as questões discutidas e decididas no julgamento do Recurso Especial nº 649.579/RS[30], nos termos do voto da eminente relatora, a Ministra Eliana Calmon:

> Trata-se de recurso especial interposto, com amparo na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:
> 'Agravo de instrumento. Assistência judiciária gratuita. Declaração de impossibilidade de pagamento das custas e taxa judiciária prestada pela parte. Dispensa de prova.
> - Para a concessão do benefício da AJG, não há necessidade de prova de pobreza ou miserabilidade da parte postulante. O benefício se assenta na exclusiva possibilidade de prejuízo de seu sustento ou de sua família, caso tenha de proceder ao pagamento das custas processuais e taxa judiciária. Validade da declaração da parte, neste sentido, que só pode ser derrubada por prova robusta em contrário.
> - Agravo provido'.
> O Ministério Público Estadual aponta contrariedade ao art. 4º da Lei 1.060/50, alegando que o juiz, apesar da declaração prestada pelo autor, valendo-se de critérios objetivos, pode negar o benefício, se demonstrado que o solicitante tem porte econômico para suportar as despesas.
> Afirma que há contradição objetiva a ser considerada: a profissão do requerente (advogado), da qual se presume a desnecessidade de gozar o benefício.
> Subiram os autos por força de agravo de instrumento.
> [...]
> O Tribunal de origem entendeu que a concessão do benefício da gratuidade da justiça não se assenta na pobreza ou na miserabilidade da parte postulante, mas sim na exclusiva possibilidade de prejuízo de seu sustento ou de sua família, caso tenha de atender ao pagamento de taxa judiciária e custas processuais e, até prova robusta e substancial em contrário, é válida e deve ser aceita a afirmativa; assim, não se pode presumir tratar-se de profissional do direito e por usar computador em seus trabalhos, como afirma o representante do MP, ser inverídica a assertiva.
> Prequestionada a tese, verifico que nesta Corte, não são muitos os precedentes e apresentam-se eles em divergência. Para a Terceira Turma, não cabe ao juiz exigir prova, pois a afirmação de pobreza é verdade absoluta. Neste sentido decidiu:
> 'Processual civil. Recurso especial. Assistência judiciária gratuita. Estado de pobreza. Prova. Desnecessidade.
> - A concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita não se condiciona à prova do estado de pobreza do requerente, mas tão-somente à mera afirmação desse estado, sendo irrelevante o fato de o pedido haver sido formulado na petição inicial ou no curso do processo' (REsp 469.594/RS, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, unânime, julgado em 22.05.2003, *DJ* de 30.06.2003)
> Entretanto, essa posição não é majoritária, porque outros julgadores apontam em direção contrária. Além dos paradigmas trazidos pelo recorrente, inclusive um da Terceira Turma, relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro, há precedente da Sexta Turma no mesmo sentido, relatado pelo Ministro Vicente Cernichiaro, ao qual se junta ainda outro precedente da Quinta Turma, cuja ementa é a seguinte:
> 'Processo civil. Assistência judiciária. Pedido no curso do processo.
> - O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser pleiteado a qualquer tempo, mesmo em fase de execução, desde que comprovada a condição de pobreza (Lei nº 1.060/50, art. 4º, § 1º).
> - Recurso especial não conhecido (REsp 182.521/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, unânime, julgado em 31.11.1998, *DJ* de 30.11.1998).
> A Lei 1.060/50, de 05.02.1950, não define com precisão, e o seu texto induz a interpretações divergentes.
> Dentro do princípio da razoabilidade, cabendo ao juiz conduzir o processo, faço as seguintes afirmações:
> a) a parte pode requerer a gratuidade da justiça, estando dispensada de apresentar provas;
> b) o juiz pode exigir provas, se desconfiar que não há pobreza na forma da lei, pelas circunstâncias fáticas;
> c) a parte contrária à que requereu a gratuidade pode impugnar a alegação de pobreza, pedindo seja provada a condição de pobreza pelo requerente.
> Nesse sentido, trago precedente por mim relatado:
> 'Processo civil. Gratuidade da justiça (Lei 1.060/50).
> 1. A presunção contida no art. 4º da Lei 1.060/50, quanto à declaração de pobreza, dispensa o requerente da comprovação.
> 2. Possibilidade de exigir-se prova quando assim o entender o magistrado, ou quando houver impugnação da parte contrária.
> 3. O juiz pode, de ofício, exigir comprovação, se não se satisfez com a mera afirmação.
> 4. Recurso especial provido' (REsp 465.966/RS, 2ª Turma, unânime, *DJ* de 08.03.2004, p. 211).
> Concluo, pois, que, se o magistrado não exigiu a prova, por considerar que não se pode presumir que o profissional do direito tem condições de pagar as custas processuais sem o prejuízo do seu sustento e de sua família, caberia ao impugnante reclamar a produção da prova pelo autor e não insistir no indeferimento do pleito apenas pela presunção decorrente da profissão do beneficiário. Nessa situação, estaria o magistrado obrigado a determinar sua produção. Este seria o encaminhamento porque não se pode exigir do impugnante a produção de prova negativa.
> Por essas razões, prevalece a concessão do benefício.
> Nego, pois, provimento ao recurso especial.
> É o voto.

A tese acolhida no precedente acima enfocado, quando debita ao impugnado o ônus de provar a sua condição de necessitado, talvez seja a que melhor equalize a questão do ônus probatório em sede de impugnação ao requerimento de assistência judiciária.

A um só tempo, ela privilegia o interesse do erário, para que reste claramente demonstrada a necessidade de gratuidade judiciária da parte - quando o pedido é impugnado -, como também inibe a proliferação de pedidos dessa natureza, formulados, em número cres-

[30] STJ, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2ª T., j. em 21.09.2004, *DJ* de 29.11.2004, p. 307.

cente de vezes, por pessoas que não se enquadram na definição de "necessitadas"[31].

5 Circunstâncias comumente alegadas e insuficientes para afastar o deferimento da gratuidade de justiça

É voz corrente nas instâncias ordinárias que não se exige o estado de penúria ou miséria absoluta do requerente para a concessão da assistência judiciária.

De forma sintética, vejamos duas situações que não têm servido, de per si, para afastar o deferimento da prerrogativa em estudo.

5.1 Parte representada por advogado particular

Em vários precedentes, o colendo STJ já firmou o entendimento de que "a simples alegação de que a parte contratou advogado não tem o condão de afastar o direito à gratuidade da justiça, nos termos da Lei nº 1.060/50"[32].

No mesmo sentido:

> Assistência judiciária. Defensoria Pública. Advogado particular. Interpretação da Lei nº 1.060/50.
> 1. Não é suficiente para afastar a assistência judiciária a existência de advogado contratado. O que a lei especial de regência exige é a presença do estado de pobreza, ou seja, da necessidade da assistência judiciária por impossibilidade de responder pelas custas, que poderá ser enfrentada com prova que a desfaça. Não serve para medir isso a qualidade do defensor, se público ou particular.
> 2. Recurso especial conhecido e provido[33].

Sobre o tema, o enfoque do Prof. José Carlos Barbosa Moreira:

> Outra questão que de vez em quando se tem suscitado consiste em saber se a concessão do benefício da gratuidade implica forçosamente a representação judicial do interessado por funcionário do órgão estatal competente, ou se o benefício pode fazer-se representar por advogado de sua escolha, sem vínculo com a Administração Pública, disposto a prestar gratuitamente o serviço. A nosso ver, a dúvida de modo algum se justifica: basta ler os arts. 5º, § 4º, da Lei 1.060, e 93 da Lei 4.215, os quais, e por intuitivas razões, dão até prioridade à hipótese de escolha pessoal - disciplina conforme os princípios e nada incompatível com a vigente Constituição[34].

Ainda, a esclarecedora posição de Roberto Luis Luchi Demo:

> Se a parte indicou advogado, optando por escritório particular para a defesa de seus interesses, nem por isso deixa de ter direito à justiça gratuita, não sendo obrigada, para gozar o benefício desta, a recorrer aos serviços da Defensoria Pública e submeter-se ao serviço de triagem destinado à outorga do benefício de assistência judiciária[35].

Assim, o entendimento que prevalece é o de que a representação processual da parte por advogado particular não basta, por si só, para afastar a presunção da pobreza afirmada, a partir da qual se pretende a concessão da justiça gratuita.

5.2 Patrimônio em nome do requerente

Incitam-nos a pensar sobre o tema deste tópico as considerações do Prof. José Carlos Barbosa Moreira:

> [...] fica excluída a concessão do benefício pelo fato de ter o interessado bens de certo valor? [...]. Deve partir-se da premissa de que o pressuposto legal do direito ao benefício é a 'situação econômica' que não permite a alguém 'pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (Lei 1.060, art. 2º, parágrafo único). Os dados essenciais são, pois: a) os rendimentos; b) os bens consistentes em pecúnia, de que o interessado tenha disponibilidade - p. ex., depósitos em conta corrente - ou os facilmente conversíveis em dinheiro, como títulos com cotação no mercado, coisas negociáveis com rapidez e simplicidade. A existência de patrimônio imobiliário, por si só, não afasta necessariamente a possibilidade de concessão[36].

No mesmo sentido, as reflexões do Desembargador Rizzatto Nunes, do egrégio TJRJ:

---

[31] Em diversas ocasiões, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se pronunciou favoravelmente à realização de provas no incidente de impugnação à assistência judiciária. A título de exemplo: "Cabe ao Magistrado propiciar à parte que instaurou o incidente de impugnação à assistência judiciária o direito de produzir as provas necessárias à comprovação de suas alegações referentes à suficiência econômica do beneficiário da gratuidade judiciária. O julgamento antecipado da lide constitui cerceio ao direito constitucional da ampla defesa, se a dilação probatória for necessária à demonstração dos fatos narrados por uma das partes, os quais devem ser averiguados, a contento, a fim de se assegurar a justa composição da lide" (TAMG, Ap. Cível 310988-8, Rel. Juiz Silas Vieira, 1ª C. Cív., j. em 03.10.2000, *DJ* de 28.10.2000). No mesmo sentido: TJMG, Ap. Cível 2.0000.00.449529-6, Rel. Des. Luciano Pinto, j. em 30.04.2004, *DJ* de 03.06.2004; TJMG, Apelação Cível 2.0000.00.482320-7, Rel. Des. Irmar Ferreira Campos, j. em 25.02.2005, *DJ* de 10.03.2005.
[32] STJ, REsp 801.680/PR, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, 5ª T., j. em 17.08.2006, *DJ* de 02.10.2006, p. 307.
[33] STJ, REsp 679198/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. em 21.11.2006, *DJ* de 16.04.2007, p. 184.
[34] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito à assistência...*, ob. cit., p. 129.
[35] DEMO, Roberto Luis Luchi. *Assistência judiciária gratuita...*, ob. cit.
[36] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito à assistência...*, ob, cit., p. 128.

> Se o Magistrado, examinando as provas já existentes nos autos, desde logo constata elementos capazes de permitir um juízo a respeito da capacidade financeira da parte, pode, então, fundamentadamente, indeferir o pedido. Todavia, lembre-se: trata-se de incapacidade financeira e não econômica, como às vezes se verifica servir de equivocado argumento para a negativa da concessão. A parte pode muito bem ter patrimônio e, logo, capacidade econômica, mas estar impossibilitada de pagar um mínimo de taxas. Aproveite-se para dizer que também não é impedimento para a concessão do benefício o fato de ter a parte advogado próprio, pois isso nada prova de sua capacidade financeira, na medida em que seu patrono pode fixar contrato de honorários para receber ao final do feito ou vinculado ao sucesso da demanda[37].

Com a máxima vênia, parece-nos simplória a premissa segundo a qual, no exame dos pedidos de gratuidade de justiça, o julgador deve atentar para a "situação econômica" da parte, não para a "situação financeira".

Há que se tomar cuidado para não misturar as coisas.

Vivemos em um Estado em permanente inadimplência.

A adimplência do ente estatal em relação às demandas de uns atrasa, quando não prejudica, o atendimento às demandas de outros, que podem perfeitamente ser aqueles que realmente necessitam de prioridade no atendimento.

É inteiramente pertinente o alerta de Fábio Cristiano Woerner Galle:

> [...] exalta notada importância atentar-se para o fato de que, a cada pessoa indevidamente agraciada pelo benefício [gratuidade de justiça], toda a sociedade, inclusive a expressiva parcela que nunca questionou em juízo, é convocada a suportar o custo da mercê[38].

Nessa ordem de ideias, como equiparar as pessoas que possuem patrimônio, composto por imóveis, veículos e outros bens de valor, àquelas verdadeiramente sem recursos, que não teriam como ingressar em juízo, a não ser com a concessão dos benefícios da justiça gratuita?

Afinal, a que veio o instituto da gratuidade de justiça?

O assunto merece reflexão da comunidade jurídica, pois, muito embora o patrimônio, isoladamente considerado, não signifique a pronta disponibilidade de recursos financeiros, é forçoso pensar que, de alguma forma, tal patrimônio gera frutos ao proprietário, ou, quando menos, consome recursos financeiros para ser mantido. Sob essas duas perspectivas, não seria lícito onerar o Estado com o custeamento de toda uma demanda judicial, em substituição à parte que, verdadeiramente, não necessita da prerrogativa da gratuidade de justiça.

6 Penalidade para os pedidos despropositados

Dispõe o § 1º do art. 4º da Lei nº 1.060/50, na redação dada pela Lei nº 7.510, de 04.07.86:

> § 1º 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.

Como se vê, a lei estabelece uma penalidade para aqueles que formularem indevidamente o pedido de assistência judiciária, qual seja o pagamento até o décuplo das custas judiciais.

Sabe-se, no entanto, que tal pena é raramente aplicada na prática.

Segundo entendem os tribunais, a incidência da parte final do § 1º do art. 4º da LAJ só tem lugar quando ficar comprovada a má-fé do requerente.

A título de exemplo, o seguinte julgado:

> À aplicação do parágrafo 1º do art. 4º da Lei 1.060/50 e a conseqüente condenação ao pagamento do décuplo das custas, necessária à comprovação de haver dolo e má-fé do requerente do benefício da AJG. Hipóteses não verificadas no caso dos autos[39].

Por enquanto, o que existe é uma insipiente aplicação da penalidade prevista no § 1º do art. 4º da LAJ, o que representa mais um incentivo para que as pessoas postulem a assistência judiciária, sem dela necessitar.

7 Critérios objetivos para a concessão do benefício de gratuidade de justiça

O abuso que se verifica existente em sucessivos e descompromissados pedidos de gratuidade de Justiça tem despertado a atenção de diversos segmentos da comunidade jurídica.

Talvez por isso, cresce o movimento que tenciona o estabelecimento de critérios objetivos para o exame de pedidos de tal natureza.

---

[37] NUNES, Rizzato. A assistência judiciária e a assistência jurídica: uma confusão a ser solvida. Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br/DoutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=523>. Acesso em: 27 nov. 2007.

[38] GALLE, Fábio Cristiano Woerner. *Justiça de todos...*, ob. cit.

[39] TJRS, AC 70011941176, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, 15ª C. Cível, j. em 24.08.2005.

E os motivos são vários: evitar lesão aos cofres públicos; evitar prejuízo ao advogado da parte vencedora, que passa a não fazer jus aos honorários de sucumbência, quando a parte contrária litiga sob a gratuidade judiciária; coibir a propositura de demandas infundadas; além de outros.

No Estado de Minas Gerais, encontramos o seguinte entendimento, esposado pelo Desembargador Elpídio Donizetti:

> Dispõe o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, que 'o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos'.
> Segundo o entendimento que adoto, o art. 4º da Lei 1.060/50 foi derrogado pela Constituição Federal. Assim, a comprovação de insuficiência de recursos não pode ser entendida como "simples afirmação" preceituada pelo art. 4º da Lei 1.060/50. Indispensável, pois, é que o requerente comprove, quando do requerimento, a insuficiência de recursos.
> Por outro lado, pode o juiz, à vista do requerimento de assistência judiciária, não instruído com qualquer prova de insuficiência de recursos, conceder ao requerente faculdade de produzir tal prova. Todavia, à falta de norma expressa, a tanto não está compelido, podendo indeferir o pedido de assistência judiciária.
> Não se olvida que a comprovação de hipossuficiência financeira é, muitas vezes, difícil de ser verificada. Na verdade, os parâmetros utilizados para averiguar a necessidade de assistência judiciária são relativos, mormente quando se cotejam os padrões de vida de cada cidadão e os aspectos socioculturais.
> Dessa forma, há necessidade de se adotar um padrão objetivo de análise e de comprovação das condições econômicas e financeiras do demandante que requer a gratuidade nos serviços judiciários.
> As pessoas que, em decorrência de seus rendimentos - provenientes de salários ou de outras fontes -, estão sujeitas ao pagamento de imposto de renda, situam-se na denominada classe média. Tal segmento social, afora o imposto de renda, sujeita-se ao pagamento de todas as espécies de impostos, taxas e contribuições. Ora, quem ultrapassa o limite de isenção de tal tributo, decerto que pode arcar com as custas processuais sem comprometer o sustento próprio e de sua família.
> Evidentemente que, em alguns casos, a aparência ou a profissão do indivíduo dispensa a comprovação. É que, em tais casos, a situação fala por si. Da mesma forma, não está o indivíduo impedido de comprovar a insuficiência de recursos advinda de fatores casuísticos, como, por exemplo, despesas por motivo de doença ou um número significativo de dependentes na família.
> Tais parâmetros devem servir de balizamento ao julgador na análise do pedido de assistência judiciária[40].

Pelo entendimento acima esposado, as pessoas que auferissem renda superior ao limite de isenção do imposto de renda[41] não fariam jus aos benefícios da gratuidade de justiça, ressalvadas hipóteses particulares, em que comprovadas circunstâncias excepcionais, como despesas por motivo de doença, número significativo de dependentes na família etc.

No Rio Grande do Sul, o Desembargador Sergio Luiz Grassi Beck sufraga o entendimento de que aqueles que possuem renda inferior a 10 (dez) salários mínimos[42] fazem jus ao benefício da assistência judiciária[43]:

> Em princípio, considero que podem litigar sob o pálio da gratuidade judiciária aquelas pessoas que percebem até dez (10) salários mínimos mensais. Entretanto, se alguém comprovar que suas despesas oneram demasiadamente uma renda maior, deve ser concedido o benefício. Mas, aí, é essencial a apresentação da prova de seus rendimentos e de suas despesas[44].

Em artigo intitulado "Justiça de todos - Operadores devem refletir sobre assistência gratuita", publicado na *Revista Consultor Jurídico*, edição de outubro de 2007, Fábio Cristiano Woerner Galle defende a existência de efetivas balizas no ordenamento, aptas ao reconhecimento da figura do "necessitado", e, por via de consequência, do direito de litigar sob o pálio da gratuidade de justiça.

Os referenciais que adota são os seguintes:

a) beneficiários da "Bolsa-Família" (Lei nº 10.836/2004), englobando famílias que tenham renda *per capita* situada entre R$ 50,00 e R$ 100,00;

b) beneficiários da Lei de Organização da Assistência Social (art. 203, V, da CF/88 c/c o art. 20, da Lei nº 8.742/93), englobando famílias que tenham renda *per capita* de até R$ 95,00;

c) trabalhadores assalariados (art. 7º, IV, da CF/88 c/c o art. 1º da Lei nº 11.498/2007), englobando pessoas com renda mensal de R$ 380,00;

d) contribuintes isentos do imposto de renda (art. 1º, I, da Lei nº 11.482/2007), englobando pessoas que recebam até R$ 1.313,69 por mês;

---

[40] TJMG, Ap. 1.0223.05.181931-4/001, Rel. Des. Elpídio Donizetti, j. em 28.09.2006, *DJ* de 27.10.2006.

[41] Para o ano-calendário 2007, está isenta do pagamento do imposto de renda a pessoa física que auferir renda mensal inferior a R$ 1.313,69 (art. 1º, I, da Lei 11.482/2007).

[42] Desde 1º de abril de 2007, o valor do salário mínimo é de R$ 380,00 (art. 1º, da Lei nº 11.498/2007). Assim, em valores de hoje, dez salários mínimos correspondem a R$ 3.800,00.

[43] No mesmo sentido: TRF-4ª Região, AC 1999.04.01.08942/PR, Rel. Juiz Teori Albino Zavascki, 3ª T., j. em 04.11.99, *DJ* de 16.02.2000, p. 102.

[44] TJRS, Agravo de Instrumento nº 70021985064, Rel. Des. Sérgio Luiz Grassi Beck, Segunda Câmara Especial Cível, j. em 06.11.2007, *DJ* de 12.11.2007.

e) beneficiários do Regime Geral da Previdência Social (art. 33 da Lei nº 8.213/91), englobando pessoas que recebam até R$ 2.894,28 por mês;

f) valor do *salário mínimo necessário*[45], em oposição ao salário mínimo legal, orçado pelo Dieese – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, para o mês de agosto de 2007, em R$ 1.733,88.

Ao arrematar o seu artigo, Fábio Galle, pautado nas cifras acima mencionadas, externa impressão compatível com a linha de raciocínio desenvolvida neste trabalho:

> Tais valores, assim contextualizados, apontam numa direção segura e convergente, a saber, que a renda que impossibilita vencer-se as despesas processuais está muito distante de algumas construções atuais.

É certo, no entanto, que, embora tenhamos notícia dos critérios objetivos acima mencionados, tem prevalecido na jurisprudência do STJ, órgão responsável pela uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, o entendimento segundo o qual a simples declaração da parte, de que não reúne condições de suportar as despesas do processo, sem prejuízo do seu sustento ou de sua família, ressalvadas hipóteses de fundada dúvida, basta ao acolhimento da pretensão objeto deste estudo.

Resta, então, aguardar as manifestações e os debates da comunidade jurídica acerca do tema, de enorme importância e abrangência, sinalizando o que será mantido e o que poderá ser aperfeiçoado em matéria de pedido, impugnação e julgamento do pedido de gratuidade de justiça.

8 Conclusão

Pelo pouco aqui exposto, concluímos que:

a) a jurisprudência do STJ é uníssona em exigir apenas a declaração de pobreza do interessado para a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, cumprindo ao juiz indeferir a prerrogativa somente nos casos de fundada dúvida, ou quando demonstrada, pela parte contrária, em incidente próprio, a improcedência do pedido;

b) os tribunais resistem em aceitar dilação probatória no incidente de impugnação ao pedido de assistência judiciária, tornando extremamente árdua a tarefa da parte impugnante;

c) há um movimento crescente que tenciona a fixação de critérios objetivos para o exame do pedido de gratuidade de justiça, o que se nos afigura correto, a fim de evitar abusos;

d) o parco rigor no exame dos pedidos de gratuidade de justiça, quando culmina com o deferimento da prerrogativa a quem dela não necessita, representa um ônus para a sociedade como um todo;

e) o tema das gratuidades perante a Justiça, em razão de sua seriedade e importância, refletindo em causas, das mais complexas às mais simples, ajuizadas do Oiapoque ao Chuí, deve receber uma atenção que ainda não tem da comunidade jurídica, com o apontamento de soluções, correção de equívocos, e, por que não dizer, com a redação de um texto legal mais coerente e uniforme no tratamento da matéria.

Referências bibliográficas

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Decisão que aprecia questão do direito à assistência judiciária - recurso cabível. *Revista de Processo*, São Paulo, Ano XIV, nº 53, jan./mar. 1989.

CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita, assistência judiciária e gratuidade judiciária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. 2ª impressão. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso de direito no processo civil*. , 1955, Monografia (Concurso à Cadeira de Direito Judiciário Civil) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Assistência judiciária gratuita. Disponível em: <www.teiajuridica.com/assisjud.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2007.

GALLE, Fábio Cristiano Woerner. Justiça de todos - Operadores devem refletir sobre assistência gratuita. *Revista Consultor Jurídico*, 22 out. 2007. Disponível em:

[45] "Salário mínimo necessário: Salário mínimo de acordo com o preceito constitucional 'salário mínimo fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, reajustado periodicamente, de modo a preservar o poder aquisitivo, vedada sua vinculação para qualquer fim' (Constituição da República Federativa do Brasil, capítulo II, Dos Direitos Sociais, artigo 7º, inciso IV). Foi considerado em cada mês o maior valor da ração essencial das localidades pesquisadas. A família considerada é de dois adultos e duas crianças, sendo que estas consomem o equivalente a um adulto. Ponderando-se o gasto familiar, chegamos ao salário mínimo necessário". Esta referência, vinculada à informação do Dieese, consta do artigo de Fábio Cristiano Woerner Galle

<http://conjur.estadao.com.br/static/text/605801>. Acesso em: 16 nov. 2007.

JORGE, Mário Helton. Juízo (provisório) de admissibilidade da apelação. Isenção do preparo. Assistência judiciária gratuita. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5, p. 419-438.

LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. A comprovação da insuficiência de recursos para concessão da assistência jurídica gratuita (O art. 4º da Lei Federal 1.060/50 face ao inc. LXXIV do art. 5º da CF/88). *Revista de Processo*, São Paulo, Ano XVI, nº 62, p. 267-277, abr./jun. 1991.

MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1 de 1969*. São Paulo: Forense, 1987.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *Revista de Processo*, São Paulo, Ano XVII, nº 67, p. 124-134, jul./set. 1992.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES, Rizzato. A assistência judiciária e a assistência jurídica: uma confusão a ser solvida. Disponível em: <www.saraivajur.com.br/DoutrinaArtigosDetalhe.cfm?doutrina=523>. Acesso em: 27.11.2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Processo Civil e Constituição. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, nº 6, p. 63, 1985.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Indenização na litigância de má-fé. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano LXXIII, v. 584, p. 9-17, jun./1984.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

...

Competência para processar e julgar o crime de uso de drogas

Gilson Santos Maciel[*]

Sumário: 1 Introdução. 2 Aplicação da Lei 9.099/95 no crime do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3 Desclassificação do crime de tráfico para o de uso de drogas. 3.1 Hipótese de conexão de crimes. 3.2 Conflito do art. 48, § 1º, com o art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O presente ensaio versa sobre a análise das alterações da competência para processamento e julgamento do crime de uso de drogas, operadas pela novel *lege* de drogas - Lei 11.343/2006.

Abordar-se-á a aplicação do procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95 aos crimes de usuários de drogas, tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Far-se-á uma análise dos §§ 1º e 5º do art. 48 da novel *lege* de drogas, sobre a competência dos Juizados Especial Criminais para processar e julgar os crimes de usuários de drogas, mormente quando da desclassificação dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 da referida lei para o usuário de drogas.

Tratar-se-á de verificar a compatibilidade dos art. 48 da Lei 11.343/2006 e do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95 com a Constituição Federal, máxime com seu o art. 97, inciso I, ou seja, a constitucionalidade dos citados artigos da legislação infraconstitucional.

Por fim, é sempre um imperativo, e reclama o princípio da supremacia da Constituição, que se faça uma análise de compatibilidade das normas do ordenamento infraconstitucional com as normas e princípios constitucionais para aferir sua validade dentro do sistema jurídico, devendo ser expurgadas, por vício de nulidade, as normas que conflitem ou afrontem o texto da Carta Magna.

2 Aplicação da Lei 9.099/95 no crime do art. 28 da Lei 11.343/2006

Em 23 de agosto de 2006, foi publicada a Lei 11.343, tendo *vacatio legis* de 45 (quarenta e cinco dias), tratando da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescrevendo medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelecendo normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; definindo crimes e procedimentos.

Mas, neste ensaio, cingir-se-á tão somente à análise do crime de uso de drogas, tipificado no art. 28[1] da citada lei, em seus aspectos processual e procedimental.

Houve uma despenalização do referido crime de uso de drogas com a eliminação da pena privativa de liberdade. A preocupação do legislador foi muito mais curativa do que punitiva, consoante se infere das penas cominadas, pois as mesmas cingem-se somente às restritivas de direito.

Com efeito, não podendo deixar de ser, a competência para o processamento e julgamento do crime de uso de drogas será dos Juizados Especiais Criminais, porquanto se trata de competência absoluta, criada pelo

---

[*] Bacharel em Direito pela Unifem. Pós-graduado pela PUC/MG em Direito Privado. Assessor de juiz desde agosto de 2005.

[1] Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o *caput*, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

constituinte de 1998, estando inserta no art. 98[2] da CF/88. É o que se pode inferir do art. 48 e §§ 1° e 5° da Lei de Drogas, *in verbis:*

> Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.
> § 1° O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.
> [...]
> § 5° Para os fins do disposto no art. 76 da Lei n° 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Destarte, vê-se que o crime de uso de drogas será processado e julgado pelo Juizado Especial Criminal, devendo ser aplicadas, na transação penal, as penalidades previstas no art. 28.

Nesse diapasão, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> Criminal. *HC*. Porte de entorpecente para uso próprio. Infração de menor potencial ofensivo. Competência do Juizado Especial Criminal definida pela Lei n° 11.343/06. Ordem concedida. - I. A controvérsia acerca da competência para o processamento e julgamento de feito no qual o réu foi denunciado por porte de entorpecente para uso próprio foi dirimida pela entrada em vigor da Lei n° 11.343/06, que fixa, em seu art. 48, a competência do Juizado Especial Criminal, nos termos dos arts. 60 e seguintes da Lei n° 9.099/95. II. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.[3]

Impende salientar que o instituto da transação penal, previsto na Lei 9.099/95, em seu art. 76, tem a conotação de direito subjetivo do autor do fato, embora seja uma discricionariedade do órgão do Ministério Público no que tange à escolha das sanções restritivas de direitos ou multa a serem aplicadas.

Nessa trilha de raciocínio, expressa Eugênio Pacelli de Oliveira:

> A transação penal é, pois, segundo nos parece, direito subjetivo do réu. A discricionariedade que se reserva ao Ministério Público é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação; restritiva de direitos ou multa, nos termos do art. 76 da Lei 9.099/95 (OLIVEIRA, 2008:597).

Entretanto, a competência do Juizado não prevalecerá quando houver conexão entre os crimes tipificados nos arts. 33 a 37 da mesma lei, ou seja, tráfico e suas variações e associação para o tráfico.

3 Desclassificação do crime de tráfico para o de uso de drogas

Hipótese intricada será quando ocorrer a atipicidade relativa, ou seja, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso de drogas. Tal situação ocorrerá quando for instaurado inquérito policial por conduta, em tese, tipificada no art. 33 da Lei 11.343, tráfico de drogas, sendo denunciado pelo representante do Ministério Público, mas as provas coligidas na instrução do devido processo penal não corroborarem que o acusado tenha praticado a traficância, impondo, assim, a desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da referida lei, ou seja, a de ter a posse de drogas para uso próprio.

Diante de tal situação processual, deverá o juiz condenar o acusado nas penas restritivas do art. 28 ou deverá proceder tão só à desclassificação e remeter os autos ao Juizado Especial para a aplicação do procedimento previsto na Lei 9.099/95?

Atento à competência absoluta do Juizado Especial Criminal para processar as infrações de menor potencial ofensivo, bem como considerando que a própria Lei de Drogas previu a competência para os Juizados Especiais no crime do art. 28, uso de droga, a conclusão é que não se apresenta outra solução senão adotar a segunda assertiva. Deverão ser remetidos os autos aos Juizados para iniciar o procedimento, inclusive observando a fase pré-processual com a oferta da proposta pelo representante do Ministério Público da transação penal, preenchidos os requisitos, insertos art. 76 da Lei 9.099/95, diante de se revelar um direito subjetivo do autor do fato, consoante decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> *Habeas corpus*. Revisão criminal. Fase de execução da pena. Transação penal. Justificativa do Órgão de Acusação. Inexistência de qualquer contestação da defesa. Matéria vencida pelo tempo. Apesar de ser direito subjetivo do acusado, a transação penal deve obedecer aos limites do tempo e à discussão no processo, de forma a evitar-se seja sedimenta-

---

[2] Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;
[3] Processo HC 65236 / MG, Habeas Corpus 2006/0186815-0, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. em 05.12.2006, p. no *DJe* de 05.02.2007, p. 300.

> da a decisão indeferitória pelo transcurso do tempo. *In casu*, o Ministério Público bem ou mal justificou a não proposta da transação penal, sendo que a defesa não intentou contra o indeferimento qualquer espécie de contestação nas fases posteriores, mas apenas em sede revisional e quando já em curso o procedimento executório, o que torna inviável a retroação para novo exame.Ordem denegada.[4]

Comentando sobre a competência dos Juizados Especiais Criminais, afirma Fernando da Costa Tourinho Neto ser absoluta:

> a) Com referência à matéria - infrações penais de menor potencial ofensivo -, a competência dos Juizados para a conciliação, processo, julgamento e execução é absoluta. O Juizado não pode processar outras infrações sob pena de nulidade absoluta. Pode, no entanto, o Juízo Comum processar e julgar infrações definidas como de menor potencial ofensivo em duas hipóteses: a) nas localidades não existirem Juizados Especiais; b) quando o autor do fato não for encontrado para ser citado (Lei 9.099/95, art. 66, parágrafo único); c) quando a causa for complexa; ou d) apresentar circunstâncias especiais, não permitindo imediato o oferecimento da denúncia ou da queixa (Lei 9.099/1995, art. 77, § 3º) (TOURINHO NETO, 2005:432).

No que tange à competência absoluta do juizado especial criminal, *mutatis, mutandis,* Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes defendem a prevalência da competência dos Juizados Criminais mesmo quando houver desclassificação:

> Pelo sistema do Código de Processo Penal, em face da desclassificação, cabe ao juiz presidente do Tribunal do Júri proferir sentença (492, § 2º). Mas, quando a desclassificação for para infração de menor potencial ofensivo, outra deve ser a solução, pois a competência passa a ser do Juizado Especial Criminal. Transitada em julgado a decisão desclassificatória, os autos serão remetidos ao Juizado competente, onde será designada a audiência prevista nos arts. 70-76 da lei. Não há outra solução, pois a competência dos Juizados para as infrações de menor potencial ofensivo, por ser de ordem material e ter base constitucional, é absoluta (GRINOVER, 2002:82).

Decerto, se se admitisse a desclassificação e a condenação pelo Juízo Comum, como ficariam os efeitos criminais secundários: reincidência e suspensão dos direitos políticos? É cediço que toda sentença condenatória na seara penal deve gerar os referidos efeitos, decorrentes de expressa disposição constitucional e infraconstitucional, independentemente da natureza da pena aplicada. Ora, são efeitos graves que não podem ser ignorados.

Dessa forma, vê-se que, nos casos em que há desclassificação de tráfico de drogas para o de uso de drogas, a melhor solução deve ser a remessa dos autos ao Juizado Especial para serem adotados os procedimentos que o regem, inclusive a oferta da transação penal. Só assim se estará extraindo uma interpretação conforme a Constituição, porquanto assegura a competência absoluta outorgada por ela, como dito, bem como assegura ao acusado os benefícios concedidos pela Lei 9.099/95.

Nessa trilha de entendimento, vêm à calha as lições de Eugênio Pacelli de Oliveira:

> A nosso juízo, devemos dar ás regras previstas na Lei 9.099/95 uma dimensão mais ampla, no âmbito de uma política criminal descarcerizadora, não nos apegando a critérios clássicos de uma interpretação jurídica que não apresenta a mais mínima contextualização sistêmica. [...] é bem de ver que a reforma da Lei 9.099/95, bem como da Lei 10.259/01, ambas trazidas pela Lei 11.313/06, veio para unificar no ordenamento jurídico nacional a competência dos Juizados Especiais Criminais. Exatamente por isso revogou a ressalva da competência da Justiça Comum para os crimes com rito especial (antiga redação do art. 61 da Lei 9.099/95 e elevou para dois anos o máximo de pena para o conceito de menor potencial ofensivo (OLIVEIRA, 2008:648).

Portanto, constata-se que, em casos de desclassificação de tráfico de drogas para o de uso de drogas, deve o processo ser remetido ao Juizado Especial Criminal e aplicado seu rito, bem como seus benefícios, *v.g.*, transação e suspensão condicional do processo, preenchidos os seus requisitos mínimos.

3.1 Hipótese de conexão de crimes

Outra hipótese que irá concretizar-se na prática será a conexão entre crimes de tráfico com o de uso de drogas. Essa hipótese foi pensada pelo legislador da Lei 11.343/2006 quando exclui a competência do Juizado, em havendo conexão entre os tipos penais do art. 28 e arts. 33 a 37. Assim, quando ocorrer a conexão, a competência do Juizado será afastada.

Ora, não parece que a novel Lei de Drogas tenha instituído uma exceção compatível com a competência absoluta dos Juizados Especiais, outorgada pela Constituição, como fora visto. Não há como prorrogar competência absoluta. Quando ocorre a conexão de competências absolutas, deve haver a separação do processo.

---

[2] Processo *HC* 37888 / SP *Habeas Corpus* 2004/0121234-9 Relator(a) Ministro José Arnaldo da Fonseca (1106) Órgão JulgadorT5 - Quinta Turma Data do Julgamento07/10/2004 Data da Publicação/Fonte *DJ* 08.11.2004 p. 267

Nesse sentido, comentou Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes:

> Havendo conexão ou continência, deve haver separação de processos para julgamento da infração de competência dos Juizados Especiais Criminais e da infração de outra natureza. Não prevalece a regra do art. 79, *caput*, que determina a unidade de processo e julgamento de infrações conexas, porque, no caso, a competência dos Juizados Especiais é fixada na Constituição Federal (art. 98, I), não podendo ser alterada por lei ordinária (GRINOVER, 2002:67).

Portanto, conclui-se que a referida exceção à aplicação da Lei 9.099/95, estatuída pelo art. 48, § 1°, da Lei de Drogas, não encontra respaldo constitucional, sendo, portanto, inconstitucional.

3.2 Conflito do art. 48, § 1°, com o art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95

Como visto supra, o art. 48, § 1°, da Lei de Drogas excepciona a aplicação do procedimento da Lei 9.099/95 quando houver conexão entre os crimes previstos nos arts. 28 e 33 a 37. De outro lado, a Lei do Juizado Especial Criminal - Lei 9.099/95 - prevê a aplicação dos institutos da transação penal e composição dos danos civis em casos de conexão e continência com o juízo comum ou o Tribunal do Júri.

É o que está inserto no art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95 com redação alterada pela Lei 11.313/2006, *in verbis:*

> Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.
> Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o Tribunal do Júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Ora, vê-se que está em aparente conflito os arts. 48, § 1°, da Lei 11.343/2006 e o art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95, pois a primeira não admite a aplicação desta última nos casos de conexão; tendo a Lei 9.099/95 a previsão de aplicação dos institutos da transação. Mas, não se poderia alegar o princípio da especialidade para resolver o aparente conflito? Até que se poderia lançar mão desse princípio para aplicar as prescrições da Lei 11.343/2006, pois esta se afigura como especial em relação à Lei 9.099/95. Entrementes, a própria lei especial, como foi visto, manda aplicar a Lei 9.099/95 nos casos de usuários de drogas.

De outro lado, não se pode perder de vista que a competência do Juizado, como exaustivamente foi demonstrado, é considerada absoluta e tem sede constitucional, não podendo lei ordinária criar exceções à sua aplicação, sob pena de estarem elas inquinadas de inconstitucionalidade.

Com peculiar propriedade, comenta Guilherme de Souza Nucci sobre a alteração na competência ultimada pela Lei 11.313/2006 no art. 60 da Lei 9.099/95:

> Inconstitucionalidade do dispositivo: se uma infração de menor potencial ofensivo ocorrer em cenário de conexão ou continência com outro delito qualquer, em face da sua competência constitucionalmente fixada (art. 98, I, CF), deve ser encaminhada ao JECRIM. Permanecerá no juízo original, seja ele qual for, a outra infração penal. Deve haver a separação dos processos. Não pode a lei ordinária alterar o dispositivo na Constituição Federal. Parece-nos inaplicável o disposto no parágrafo único do art. 60 (NUCCI, 2006:367).

Acresce que o egrégio Superior Tribunal de Justiça editou súmula, dirimindo conflito entre os Juizados Especiais e a Justiça Comum, sabido que é da competência desse tribunal decidir conflitos entre tribunais distintos, consoante o art. 105, inciso I, aliena *d*, da CRFB/88. Eis o teor da Súmula 348: "Compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal, ainda que da mesma seção judiciária". Assim, conclui-se que, para esta Corte, os Juizados são tribunais autônomos, por conseguinte de competência própria para julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo.

Dessarte, considerando a competência absoluta dos Juizados Especiais Criminais, não há como conferir validade aos dispositivos comentados por ferirem o art. 98, inciso I, da CF. A inconstitucionalidade se afigura patente, pois lei infraconstitucional não tem o condão de afastar a competência para processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo, como é o caso do usuário de drogas.

4 Conclusão

Em face das premissas expostas supra, podem-se extrair as seguintes conclusões:

a) a competência do Juizado Especial Criminal é absoluta para processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo, conforme inserto no preceito do art. 98, inciso I, da CRFB/88;

b) o tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/2006, uso de droga ilegal, por ser de menor potencial ofensivo, bem como pela despenalização operada pela novel *lege,* deverá ser processado e julgado pelo Juizado Especial Criminal;

c) em havendo a desclassificação das condutas típicas previstas nos arts. 33 a 37, processados no Juízo Comum, para o de uso de drogas, previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, deverão ser remetidos os autos ao

Juizado Especial Criminal para iniciar o procedimento previsto na Lei 9.099/95, inclusive a fase pré-processual do art. 76, sendo ofertada proposta de transação penal ao autor do fato, preenchidos os requisitos por se tratar de direito público subjetivo;

d) quando houver conexão entre os crimes previstos nos arts. 28 e 33 a 37 da Lei 11.343/2006, o processo deverá ser separado em relação ao crime do art. 28, para ser processado no Juizado Especial Criminal, devido ser a competência absoluta;

e) os arts. 48, § 1°, da Lei 11.343/2006 e 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95 estão inquinados de inconstitucionalidade na parte que excepciona a competência do Juizado Especial Criminal por confrontarem o art. 98, inciso I, da CRFB/ 88.

5 Referências bibliográficas

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099/95. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais* e *processuais penais comentadas*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Código Penal Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, José Dias. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais*: comentários à Lei 9.099/95. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Número do processo: *HC* 37888/SP *HABEAS CORPUS* 2004/0121234-9 Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca (1106). Órgão Julgador T5 - Quinta Turma. Data do julgamento: 07/10/2004. Data da Publicação/Fonte: *DJ* de 08.11.2004, p. 267. Disponível em: < http: www.stj.gov.br. Acesso em 25 de fevereiro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Número do processo: *HC 65236/MG HABEAS CORPUS* 2006/0186815-0. Rel. Min. Gilson Dipp (1111). Órgão Julgador T5 - Quinta Turma. Data do julgamento: 05/12/2006 Data da Publicação/Fonte: *DJ* de 05.02.2007, p. 300. Disponível em: < http: www.stj.gov.br. Acesso em 25 de fevereiro de 2008.

...

Direito autoral e a independência das autorizações de uso

Renato Dolabella Melo[1]

Sumário: I - Introdução. II - Conteúdo Protegido Pelo Direito de Autor e Sua Aquisição. III - Direitos Morais e Patrimoniais: Exercício e Limitações. IV- Transferência dos Direitos Autorais. V- A Independência das Autorizações de Uso dos Direitos Autorais. V- Conclusão. Bibliografia.

I - Introdução

No Brasil, o Direito de Autor é atualmente tutelado pela Lei 9.610/98, que regulamenta o disposto no art. 5º, XXVII[2], da Constituição da República de 1988. A proteção abarca, além dos direitos autorais, os conexos, assim entendidos como aqueles resultantes da atuação de artistas intérpretes ou executores, produtores fonográficos e empresas de radiofusão[3]. Tratam-se de direitos distintos, apesar de gozarem de uma afinidade em sua gênese, pois derivam da expressão das pessoas que as criam.

A discussão a respeito da matéria, entretanto, ainda merece maior debate. A utilização dos direitos dessa natureza e as prerrogativas do titular devem ser analisadas tendo em vista também questões como o acesso às fontes culturais[4] e as novas tecnologias. Dentro dessa ótica, o objetivo do presente trabalho é analisar de forma crítica algumas modalidades de autorização de uso de obras protegidas pelo Direito de Autor, tendo em vista a postura freqüentemente adotada pelos titulares e pelas entidades de gestão coletiva no que diz respeito à interpretação de independência das permissões. O estudo será focado nos direitos autorais, não sendo objeto de análise pormenorizada os direitos conexos.

Inicialmente, tendo por base a Lei 9.610/98, será analisada a natureza do Direito de Autor (ou Direitos Autorais), seu contéudo, forma de aquisição e sua divisão em direitos morais e patrimoniais, apontando as características principais de cada esfera. Em seguida, será tratada a possibilidade de transferência de alguns de seus privilégios. Por fim, analisaremos a figura da autorização de uso, em algumas situações, de obras protegidas, buscando principalmente compreender o conteúdo econômico e funcional de tais permissões. Será especialmente relevante verificar a adequada interpretação do dispositivo legal que prevê a independência das autorizações, conforme previsto no art. 31 da Lei 9.610/98, ponto esse central no trabalho que ora se desenvolve.

II - Conteúdo Protegido pelo Direito de Autor e sua Aquisição

O art. 7º da Lei 9.610/98 apresenta um rol enumerativo a respeito da matéria que é passível de tutela pelo Direito Autoral, onde se destacam, entre outros, os textos de obras literárias, artísticas ou científicas, as obras dramáticas e dramático-musicais, as obras coreográficas e pantomímicas, as composições musicais, as obras audiovisuais, inclusive as cinematográficas, as obras fotográficas e as obras de desenho, pintura, gravura e escultura.

Uma vez que o artigo citado indica uma lista meramente exemplificativa de obras que são protegidas, cabe destacar que tal relação não esgota os tipos de criação abarcadas pelo Direito Autoral. Inclusive, a própria norma reconhece a possibilidade de concepção futura de novas formas de manifestação artística, bem como de seus suportes físicos.

O material utilizado para fixar a obra é irrelevante. Não interessa, para o Direito de Autor, se um texto, por exemplo, foi datilografado em papel ou mantido em um arquivo de computador, quando de sua criação. O que importa é a redação em si, pois esta se trata da forma produzida pelo autor ao utilizar seu intelecto para trabalhar determinada ideia.

Quanto à titularidade dos Direitos Autorais, esta é adquirida pela simples criação da obra, independente de registro[5]. Este é facultativo, sendo relevante, sobretudo, como meio de prova. No Brasil a Fundação Biblioteca Nacional presta tais serviços em relação a obras abarcadas em áreas como literatura, dramaturgia, música, roteiros para cinema e televisão, entre outros.

---

[1] Mestrando em Direito Econômico pela UFMG. Pós-graduando em Direito de Empresa pelo CAD/Universidade Gama Filho – RJ. Membro da Comissão de Terceiro Setor da OAB/MG.
Membro da Comissão de Concorrência e Regulação Econômica da OAB/MG. Professor de Direito em cursos de capacitação de entidades do Terceiro Setor do Instituto de Governança Social – IGS. Advogado.

[2] XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

[3] Art. 89 da Lei 9.610/98.

[4] Art. 215 da Constituição da República de 1988.

Trata-se, portanto, de sistemática declaratória de direitos e não constitutiva. A aquisição originária dos direitos autorais comporta os direitos morais e patrimoniais, que serão objeto de análise posterior.

De um modo geral, podemos perceber que a proteção do Direito de Autor destina-se às chamadas "criações do espírito", ou seja, as obras intelectuais do ser humano cujo contéudo se apresenta marcadamente artístico, científico ou de natureza análoga, tendo como traço comum a ausência de caráter industrial preponderante. O professor Carlos Alberto Bittar assim apresenta brevemente seu conceito a respeito da questão:

> Em breve noção, pode-se assentar que o Direito de Autor ou Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas advindas da criação e da utilização de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literartura, nas artes e nas ciências. (BITTAR, 2005, p. 8)

A própria Lei 9.610/98 apresenta um rol expresso de matérias excluídas de sua proteção. Vale destacar que isso não quer dizer que tais situações não gozam de nenhuma tutela jurídica, mas sim que não são protegidas pelo Direito Autoral. Nada impede que outros dispositivos legais regulem a matéria. Assim, importante destacar o art. 8º da Lei 9.610/98:

> Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:
> I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;
> II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;
> III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;
> IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;
> V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;
> VI - os nomes e títulos isolados;
> VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

Nesse ponto, cabe destacar o inciso I, que expressamente exclui as ideias da esfera tutelada. Como previamente indicado, a preocupação legal reside naquela forma criada pelo autor por seu trabalho intelectual, não gerando nenhum tipo de exclusividade em relação ao tema de sua obra, quando considerado do ponto de vista abstrato. Nesse mesmo sentido, o inciso VI veda a proteção aos nomes e títulos isoladamente considerados.

O fato de um autor, por exemplo, criar um livro que aborda determinada matéria não o torna proprietário de todo o ramo tratado em sua obra. Obviamente, outros autores também poderão discorrer sobre o tema, inclusive nomeando sua obra com título semelhante ou idêntico, porque a ideia não é objeto de proteção do Direito de Autor, sendo tutelada apenas a forma através da qual o autor original a trabalhou. No caso, o esforço intelectual produzido nesse sentido é materializado no texto escrito.

Contudo, tal fato não afasta o direito moral do autor em ter sua obra reconhecida como sendo de sua autoria, caso os demais escritores que trataram o mesmo tema fizerem referência ao trabalho daquele primeiro, conforme art. 24 da Lei 9.610/98[6].

Contraposto ao Direito de Autor, podemos destacar a Propriedade Industrial[7], esta sim com viés fortemente ligado à questão indústrial. Os dois institutos, na verdade, são espécies do mesmo gênero, qual seja, a Propriedade Intelectual. Esta é o ramo do Direito que busca estudar a tutela jurídica das criações do intelecto humano como um todo, inclusive tratando das condições para aquisição de direitos, seu uso, transferência, extinção e exploração econômica, entre vários outros pontos[8].

Quanto aos programas de computador ou *softwares*, são estes tratados em nosso país sob o regime do Direito de Autor, conforme art. 7º, XII, da Lei 9.610/98. Contudo, dadas as particularidades da matéria, foi promulgada norma específica para tratar da questão, a Lei 9.609/98[9].

Dadas as diferenças entre esses diversos institutos, ressaltamos novamente que nossa ênfase neste breve trabalho será especialmente focada nas obras autorais protegidas pela Lei 9.610/98. Dessa forma, passaremos a analisar os conceitos de direitos morais e patrimoniais nesse âmbito.

---

[6] Ver item III deste trabalho.

[7] A noção de Propriedade Industrial abarca patentes (invenção e modelo de utilidade), desenhos industriais, marcas, indicações geográficas e repressão à concorrência desleal, conforme Lei 9.279/96.

[8] A Propriedade Intelectual ainda estuda outros institutos, além do Direito de Autor e da Propriedade Industrial, como as Cultivares e as Topografias de Circuitos Integrados.

[9] Nos pontos onde a Lei 9.609/98 for omissa, aplicam-se subsidiariamente aos programas de computador os dispositivos da Lei 9.610/98. Vale destacar que essa sistemática foi expressamente prevista na prórpia lei de direitos autoriais, conforme seu art. 7º, § 1º.

III - Direitos Morais e Patrimoniais: Exercício e Limitações

Doutrinariamente, os direitos autorais se dividem em direitos patrimoniais e morais, estando estes últimos previstos no art. 24 da Lei 9.610/98[10].

Inicialmente, interessante notar que o legislador não foi feliz na escolha do termo "direitos morais", dada a errônea impressão, à qual o leitor pode ficar sujeito, de que tais dispositivos possuem relação com algum conteúdo de natureza moral. Não se trata disso, em absoluto. Os direitos morais referem-se principalmente à relação do autor com sua obra, sem preocupação com seu aspecto patrimonial. Nessa esfera, destacam-se prerrogativas voltadas à questão do reconhecimento da paterinidade da obra e a proteção à reputação do autor. Nesse sentido, discorre o professor espanhol Carlos Rogel Vide:

> O que primeiro pode ser dito, e se disse com tino a respeito do tema, é que o termo 'direito moral' – afrancesado – não é particularmente correto, pois parece sugerir, em si mesmo, a possibilidade – quando não a existência – de direitos não morais, imorais, o que não é de se convencer. Melhor seria, isso é fato, falar, nesta sede, de faculdades que, fora do campo patrimonial e à margem das vicissitudes sofridas pelas faculdades pertencentes ao referido campo, correspondem ao autor no campo pessoal, faculdades que, de um modo ou outro e ao fim e ao cabo, defendem sua intimidade, sua honra ou sua fama. (VIDE e DRUMMOND, 2005, p. 56. g.n.)

Tal conceito se reflete nas faculdades indicadas na Lei 9.610/98 quanto a esse tema. Pode o autor, entre outras prerrogativas, reivindicar a autoria de sua obra, mantê-la inédita e opor-se a atos que possam comprometer a sua integridade. Tais fatores, como já indicado, extrapolam o mero proveito econômico advindo da exploração do trabalho intelectual.

Os direitos morais são, ainda, inalienáveis e irrenunciáveis. O fundamento desse dispositivo reside no entendimento de que os direitos morais são, na verdade, direitos da personalidade, haja vista a sua relação com a obra oriunda da manifestação do espírito do autor. Uma vez que as características da criação são essencialmente vinculadas com o autor, já que é fundamentalmente a forma como este externaliza a sua criatividade é que dá corpo à sua obra tal como ela acaba por se materializar, estamos falando aqui de verdadeiro reflexo de sua personalidade. Daí o tratamento legal para esta questão.

A respeito da noção de direitos da personalidade, assim discorreu o professor Caio Mário da Silva Pereira:

> A concepção dos "direitos da personalidade" sustenta que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, outros há, não menos valiosos, merecedores de amparo e proteção da ordem jurídica. Admite a existência de um ideal de justiça, sobreposto à expressão caprichosa de um legislador eventual. Atinentes à própria natureza humana, ocupam eles posição supra-estatal, já encontrando nos sistemas jurídicos a objetividade que os ordena, como poder de ação, judicialmente exigíveis.
> [...]
> Para caracterizar a natureza jurídica dos direitos da personalidade, cumpre assinalar que a ordem jurídica inequivocadamente reconhece a existência de faculdades atribuídas ao homem, imbricadas na sua condição de indivíduo e de pessoa.
> Dentro de sua sistemática organizacional, os direitos da personaldiade distribuem-se em duas categorias gerais: adquiridos por um lado e inatos por outro lado.
> Os "adquiridos" (como decorrência do *status* individual) existem nos termos e na extensão de como o direito positivo os disciplina.
> Os "inatos" (como direito à vida, o direito à integridade física e moral), sobrepostos a qualquer condição legislativa, são absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis: absolutos, porque oponíveis *erga omnes*; irrenunciáveis, porque estão vinculados à pessoa de seu titular. Intimamente vinculados à pessoa, não pode este abdicar deles, ainda que para subsistir; intransmissíveis, porque o indivíduo goza de seus atributos, sendo inválida toda tentativa de sua cessão a outrem, por ato gratuito como oneroso; imprescritíveis, porque sempre poderá o titular invocá-los, mesmo que por largo tempo deixe de usá-los (PEREIRA, 2000, p. 152 e 153).

O professor Guilherme Carboni, por sua vez, aborda desta forma a questão específica do tratamento dos direitos morais como direitos da personalidade:

---

[10] Art. 24. São direitos morais do autor:
I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;
II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;
III - o de conservar a obra inédita;
IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;
V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;
VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;
VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

> Os direitos morais de autor são classificados como direitos da personalidade. Na definição de Rubens Limongi França, direitos da personalidade são "faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos.
> Para Adriano de Cupis, um dos maiores estudiosos da matéria, os direitos da personalidade teriam natureza positiva, uma vez que a sua existência dependeria de concessão pelo ordenamento jurídico. No entanto, essa não é a posição dominante entre os civilistas brasileiros, que argumentam que os direitos privados não são apenas aqueles reconhecidos pela lei, mas também pelo costume e pela ciência do Direito. Assim, os direitos da personalidade teriam como fundamento as imposições da natureza sobre as coisas, ou seja, o direito natural.
> Já tivemos oportunidade de nos posicionar contrariamente à classificação do direito moral de autor como um direito natural. Para nós, os direitos da personaldade devem ser circunscritos àqueles estabelecidos em lei, ainda que na forma de princípios gerais (CARBONI, 2006, p. 59 e 60).

Os direitos patrimoniais, ao contrário dos morais, referem-se ao uso, fruição e disposição da obra literária, artística ou científica, nos termos do art. 28 da Lei 9.610/98. Dada a generalidade da expressão "obra literária, artística ou científica", entendemos que os dispositivos de ordem patrimonial que serão analisados a seguir dizem respeito a todas as formas elencadas no art. 7º (que se trata de lista meramente enumerativa), guardadas as especificidades dos programas de computador expressos em lei específica. Como corolário dessa disposição, destaca-se a remuneração devida pela exploração econômica da obra.

Uma vez que depende de autorização do titular a utilização de sua obra, pode aquele estipular uma remuneração devida por tal fato. Os direitos patrimoniais podem ser objeto de transação, sendo lícita a sua cessão a terceiros, de forma onerosa ou não, como será destacado adiante.

Diante do exposto, fica claro que os direitos autorais possuem, além de sua importância cultural, uma relevância econômica (HAMMES, 2002).

O art. 29 da Lei 9.610/98 apresenta um rol de modalidades que dependem de autorização do titular para sua utilização, onde se incluem a reprodução parcial ou integral, a edição, a adaptação, o arranjo musical, a tradução, a inclusão em fonograma ou produção audiovisual, a execução musical, o emprego de altofalante ou de sistemas análogos, a radiodifusão sonora ou televisiva, a captação de transmissão de radiodifusão em locais de freqüência coletiva, a sonorização ambiental, dentre outras.

Deve-se destacar que há uma impropriedade técnica no *caput*, tendo em vista que os direitos patrimoniais podem ser cedidos, como já destacado. Dessa forma, seria mais adequado que o art. 29 fizesse referência a "titular", uma vez que a pessoa que detém tais prerrogativas pode ser o adquirente dos direitos, e não o autor propriamente dito.

A exemplo do art. 24, que trata dos direitos morais, essa lista possui caráter meramente explificativo. Tais direitos têm duração de setenta anos contados do dia 1º de janeiro do ano subsqüente à morte do autor. Findo esse prazo, cairão em domínio público, podendo a obra ser utlizada sem que seja mais devida qualquer remuneração ao até então titular dos direitos patrimoniais.

Tendo em vista o conteúdo marcadamente pecuniário dos direitos patrimoniais, entendemos que, na análise destes, deve-se considerar a aplicação da função social da propriedade. Não se pretende estender esse ponto aos direitos morais, uma vez que estes, como analisado, são direitos da personalidade de caráter extrapatrimonial. Entretanto, uma vez que as prerrogativas do art. 29 referem-se a direitos patrimoniais, o seu exercício deve ser condicionado pelo disposto no art. 5º, XXIII[11]. Esse posicionamento será de fundamental importância para a análise das autorizações de uso.

A fim de aprofundar a questão, trazemos novamente a palavra do prof. Guilherme Carboni:

> Um dos aspectos mais relevantes da função social do direito de autor é exatamente o de estabelecer mecanismos de correção de distorções, em prol do interesse público, dentro da própria esfera de proteção legal. Dessa forma, a concepção de função social do direito de autor não deve ser encarada apenas como mais um limite externo à manifestação do direito, mas pressupõe o próprio redimensionamento de sua estrutura sob o ponto de vista interno.
> [...]
> O exercício abusivo do direito de autor fere a ordem jurídica, pois consitutui um disvirtuamento da sua finalidade social. O titular dos direitos autorais sobre uma obra que, ao utilziar seu direito, vem a causar dano a outrem, contraria o espírito do próprio insituto (CARBONI, 2006, p. 17 e 238).

O prof. Leonardo Poli também opina a respeito do exercício dos Direitos Autorais condicionado a outros preceitos jurídicos:

> A atribuição do direito de autor não se faz, portanto, unicamente com a finalidade de se satisfazer os interesses individuais do autor, mas também com a finalidade de se encontrar o equilíbrio entre os vários interesses em questão [estímulo à criação, desenvolvimento da cultura, garantia do acesso ao conhecimento etc.], jamais como instrumento de desequilíbrio, seja contra o autor, seja a favor dele.
> [...]
> Assim, sendo o direito subjetivo autoral um dos pilares em que se alicerçará a norma jurídica judicial, deve ser exercido

[11] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

> dentro de determinados limites que lhe legitimam enquanto elemento de construção normativa (função normativa).
> O exercício do direito subjetivo autoral dentro desses limites é pressuposto de legitimidade normativa, seja da norma legal, seja da norma jurídica, seja da norma negocial.
> Portanto, o direito autoral só encontra guarida se exercido dentro dos limites de sua função econômica, de sua função social, da boa-fé e dos bons costumes (POLI, 2007, p. 320).

Além das limitações condicionadas pelos princípios destacados, vale relembrar que a própria Lei 9.610/98 elenca, em seu art. 8º, certas situações que não são alcançadas por sua tutela, como já destacado anteriormente.

IV - A Transferência dos Direitos Autorais

Passamos a analisar, neste momento, o sistema de transferência dos Direitos Autorais previsto nos arts. 49 a 52 da Lei 9.610/98. Inicialmente, deve-se ressaltar que a transferência, ainda que total, não compreende os direitos morais, por força do art. 49, I, da norma.

Quanto aos demais aspectos, a legislação concede uma liberdade considerável aos envolvidos, que poderão transacionar no sentido de promover licenciamento, cessão, concessão ou outros meios admitidos no Direito, de forma parcial ou total.

As limitações que devem ser observadas, além da vedação já indicada quanto aos direitos morais, dizem respeito à obrigação de estipulação escrita para a transmissão total e definitiva dos direitos, sob pena de ser descaracterizada mediante a limitação do prazo máximo do acordo ao período de cinco anos; a cessão será válida somente para o país no qual se celebrou o contrato, salvo estipulação em contrário, além de se operar somente para as modalidades de utilização já existentes quando do acordo, devendo ser interpretado restritivamente nesse ponto, caso não haja especificações.

A cessão dos direitos presume-se onerosa. A cessão sobre obras futuras abrangerá o período máximo de cinco anos, sendo o acordo reduzido a esse prazo toda vez que for estipulado a maior ou de forma indeterminada.

O sistema de transferência dos Direitos Autorais não se confunde com a simples autorização, hipótese em que o titular mantém suas prerrogativas referentes aos direitos patrimoniais, limitando-se a permitir a utilziação desses direitos por terceiros. Igualmente não se confunde com o sistema de gestão coletiva, adotado pela lei nacional e executado por meio do Escritório Central de Arrecadação – ECAD[12].

O ECAD atua como substituto judicial e extrajudicial dos titulares dos direitos autorais na cobrança pela utilização das obras por terceiros. Essa entidade é mantida por associações de autores e titulares de direitos conexos, possuindo a atribuição de realizar a arrecadação e distribuição dos valores oriundos das cobranças anteriormente referidas. A análise de sua atuação é imprescindível para tecermos comentários a respeito da atual sistemática praticada para a autorização de uso nos termos da Lei 9.610/98, ponto que passaremos a abordar.

V - A Independência das Autorizações de Uso dos Direitos Autorais

O principal ponto deste trabalho é destacar o sistema de autorização de uso dos Direitos Autorais previsto na Lei 9.610/98. O art. 29 da lei indica que "depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades", apresentando, a seguir, lista enumarativa de exemplos, conforme demonstrado no item III deste trabalho. Dessa forma, situações não autorizadas de reprodução, tradução, execução pública, entre outras, configuram, em tese, ilícito.

O art. 31 destaca ainda que as autorizações são independentes entre si, não se estendendo a permissão dada por um autor ou produtor aos demais titulares da obra. Esse ponto parece-nos de fundamental importância para compreensão da sistemática de autorizações. A lei não indica em que medida dar-se-á essa independência, restando ao intérprete o trabalho de fazê-lo.

> Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.

Entidades de arrecadação defendem, inclusive, que a autorização dada a um usuário não permitiria a utilização da obra por outro, mesmo que este esteja presente na cadeia natural de envolvidos com aquele uso autorizado. Tal situação parece-nos surgir no caso da cobrança de valores contra as salas de cinema pela exibição de obras audiovisuais que possuem trilha sonora e restaurantes que disponibilizam som ambiente sintonizado em rádio. Na primeira hipótese, houve a autorização do titular da obra musical para que esta fosse incluída na trilha sonora do filme. No segundo caso, a própria rádio já recolhe os valores referentes à autorização para poder utilizar a obra em sua programação,

[12] Arts. 97 a 100 da Lei 9.610/98.

que, pela natureza da transmissão, é gratuita e de livre acesso.

Apesar da existência de decisões judiciais favoráveis a esse entendimento, não nos parece o mais correto. O sentido de "independência" de autorização da obra, em nossa opinião, deve ser interpretado levando também em conta em que medida as utilizações em questão são independentes entre si, assim como a sua natureza.

No momento em que é dada a autorização a uma rádio para transmitir determinada obra musical, é da própria natureza desse uso que diversos usuários recebam o sinal gratuitamente. Da mesma forma, no caso de autorização para inclusão de obra na trilha sonora do filme, é solicitada a autorização para sincronizar a música justamente com o intuito de exibir a película nos cinemas. Ressalte-se que, nos dois casos, as emissoras de rádio e os responsáveis pela elaboração do filme já pagaram pela autorização da obra musical.

A relação de autorização tem natureza contratual, devendo, portanto, obedecer aos preceitos gerais que regem o Direito das Obrigações. Para as situações destacadas, vale ressaltar a necessidade de respeito ao princípio da boa-fé objetiva, que impõe às partes do contrato um padrão de conduta leal de acordo com a natureza do contrato, em todos os momentos do pacto, inclusive pré e pós-celebração.

Ao exigir novo pagamento para exibição de filmes em salas de cinema ou utilização de som ambiente sintonizado em estações de rádio, parece-nos que os titulares e as entidades arrecadadoras ofendem justamente esse princípio da boa-fé objetiva. Isso porque, ao dar a primeira autorização, eles têm consciencia de que a mesma se dá, justa e naturalmente, para o necessário desdobramento que envolverá os terceiros já apontados, quais sejam, as salas de cinema e os restaurantes com música ambiente. Assim, estes não poderiam ser cobrados por uma autorização que já foi paga. No caso contrário, então, quem não deveria recolher os valores exigidos pelas entidades arrecadadoras seriam as rádios e os realizadores dos filmes. O que não nos parece certo é realizar duas cobranças em situações que não se tratam, materialmente, de atos independentes, mas sim de um mesmo ato que se desdobra em dois momentos.

Dentro dessa ótica pergunta-se: qual a utilidade de se pagar pela "sincronização" de obra musical em um filme se este, para ser exibido, deve implicar novamente no recolhimento de valores a título de uso daquela mesma obra musical? Redundaria o pagamento da "sincronização" em ato inútil, uma vez que a cobrança se repetirá na exibição. Surge a estranha situação de que o filme não poderia ser exibido com aquela obra musical, apesar de ter sido paga autorização para sua utilização, a não ser que fossem recolhidos, uma segunda vez, valores para sua apresentação ao público. Esse tipo de situação parece-nos incompatível com o já destacado princípio da boa-fé objetiva, pois implica em forçar pagamento para ato inútil.

A interpretação do art. 31 da Lei 9.610/98 deve, portanto, analisar o caso concreto para fins de identificação de necessidade de nova cobrança.

VI - Conclusão

Neste trabalho, analisamos brevemente a questão da independência das autorizações do uso de Direitos Autorais em determinadas circunstâncias. Para o debate adequado, é imprescindível que fique claro que o tratamento dado aos direitos morais não se confunde com aquele destinado aos patrimoniais. Os primeiros são considerados direitos da personalidade, cujo exercício por seu titular dispõe de grande amplitude, sendo, inclusive, irrenunciáveis e inalienáveis. Os segundos, ao contrário, devem ser analisados tendo em vista seu aspecto patrimonial e as condicionantes que o ordenamento jurídico lhes impõe, justamente pelo fato de serem tratados como propriedade.

Dentro desse mesmo raciocínio, poder-se-ia questionar outras condutas praticadas pelos titulares e entidades de arrecadação, tais como a própria noção de execução pública[13] e os critérios para cobrança de importâncias supostamente devidas[14]. Também há que se destacar a fixação unilateral, por parte do ECAD, de valores para fins de autorização de uso de direitos autorais.

Por fim, cabe destacar que os direitos autorais são de natureza privada. Mas são condicionados pela função social da propriedade[15], em seu aspecto patrimonial, e pelo direito de acesso às fontes de cultura[16]. Dessa forma, a propriedade materializada pelos Direitos Autorais não pode ser utilizada de forma abusiva pelos seus titulares ou representantes. Devem estes, como apontado, respeitar os princípios destacados. Na interpretação defendida pelas entidades de arrecadação

---

[13] Como, por exemplo, considerar que o uso de aparelho de som em um quarto de hotel configura execução pública, entendimento este defendido pelo ECAD.

[14] Há precedentes de cobranças baseadas em metragem da área onde é realizada a execução pública de obra protegida, critério este questionável para fins de mensuração de retribuição justa pelo uso dos direitos autorais.

[15] Art. 5º, XXIII, e 170, III, da Constituição da República de 1988.

[16] Art. 215 da Constituição da República de 1988.

quanto à sistemática de autorização das obras autorais e à utilização do art. 31 da Lei 9.610/98 em diversos casos, não nos parece, infelizmente, que o devido respeito a esses preceitos legais, que envolvem direitos de implicação social e coletiva, venha sendo observado.

Muito importante o debate da questão, tendo em vista as amplas implicações da mesma. Não se trata apenas do interesse daqueles que utilizam obras protegidas em execuções públicas, mas também de toda uma coletividade que, como destacado, tem direito ao acesso a bens de natureza cultural. Deve ficar claro que não propomos, de modo algum, a aniquilação do reconhecimento dos Direitos Autorais, mesmo porque trata-se de matéria reconhecida pelo art. 5º, XXVII, da Constituição da República. Entretanto, a análise do Direito de Autor, nesse contexto, não pode se limitar a uma noção de individualidade exacerbada, como se o titular de tais direitos não convivesse em uma sociedade. É imperativo que esta seja levada em conta, bem como os princípios jurídicos que buscam garantir uma relação harmoniosa entre os interesses envolvidos.

Bibliografia

1 – BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universatária, 2006.

2 – CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor.* Curitiba: Juruá, 2006.

3 – HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito de Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002.

4 – PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

5 - POLI, Leonardo Macedo. *A Funcionalização do Direito Autoral* – Limitações à Autonomia Privada do Titular de Direitos Autorais. *in* FIÚZA, César, SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Direito Civil:* Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

6 – VIDE, Carlos Rogel e DRUMMOND, Victor. *Manual de Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

...

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS
Corte Superior

Incidente de inconstitucionalidade - Lei Orgânica Municipal - Décimo terceiro salário - Pagamento - Agentes políticos - Previsão expressa - Inconstitucionalidade

Ementa: Incidente de inconstitucionalidade. Apelação cível/Reexame necessário. Emenda a Lei Orgânica Municipal. Município de Arcos. Norma assegurando o pagamento de gratificação natalina aos agentes políticos municipais. Arguição de inconstitucionalidade. Relevância. Conhecimento. Procedência da arguição. Agentes políticos remunerados através de subsídios. Vedação constitucional ao acréscimo de outras espécies remuneratórias. Inconstitucionalidade da norma municipal declarada.

- A Constituição Federal confere direito ao adicional natalino apenas aos servidores administrativos ou membros do Poder Judiciário ou do Ministério Público, cujo vínculo com o Estado é permanente e efetivo, conforme estabelecido no art. 29, incisos V e VI, e no art. 39, §§ 3º e 4º.

- A gratificação natalina não pode integrar os subsídios, verba devida aos chamados "agentes políticos", titulares de cargos estruturais à organização política do País, ocupantes de cargos eletivos. A relação que mantêm com o Poder Público não é de natureza profissional, mas de cunho eminentemente político. Não estão submetidos à hierarquia administrativa. O mandato que lhes foi outorgado não traduz prestação de serviço à Administração e, sim, representação popular.

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL Nº 1.0042.03.004956-5/002 NA APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0042.03.004956-5/001 - Comarca de Arcos - Requerente: 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça - Requerido: Corte Superior do egrégio Tribunal de Justiça - Relator: DES. HERCULANO RODRIGUES

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 ACOLHER A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 12 de agosto de 2009. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERCULANO RODRIGUES - Cuida-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela 8ª Câmara Cível deste Tribunal, no julgamento da Apelação/Reexame Necessário nº 1.0042.03.004956-5/001, da Comarca de Arcos, em que são apelantes a Câmara Municipal daquele Município e Sebastião de Oliveira Cardoso, e apelados o Ministério Público Estadual e Magno José Soares Filho.

O recurso visa à reforma da sentença que, nos autos da Ação Popular ajuizada por Magno José Soares Filho, declarou nula de pleno direito, por violação ao princípio da anterioridade, a Emenda nº 08, de 18 de dezembro de 2002, que, alterando o art. 87 da Lei Orgânica Municipal, assegurara aos agentes políticos da municipalidade o pagamento da gratificação natalina no mês de dezembro, no valor correspondente ao último subsídio. A decisão determinou ainda que os vereadores que tenham recebido a aludida gratificação reponham a verba ao erário, devidamente corrigida.

A Turma julgadora, entendendo imprescindível ao julgamento da apelação decisão acerca da alegada inconstitucionalidade da Emenda nº 08 à Lei Orgânica Municipal de Arcos, por ofensa ao art. 39, § 4º, da Constituição da República, com a redação dada pela EC nº 19, de 04 de junho de 1998, arguiu o presente incidente, a ser dirimido pela Corte Superior.

Atendido o disposto no art. 249, *caput* (final), do Regimento Interno deste Tribunal, foram os autos enviados à douta Procuradoria de Justiça, que se manifestou no sentido da proclamação do vício de inconstitucionalidade da norma municipal questionada.

No principal, é o relatório.

Verificada a relevância da arguição, conheço do incidente, regularmente instaurado, com fundamento no art. 97 da Constituição Federal, nos arts. 480 e 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil e nos arts. 248 e 249 do RITJMG.

O objeto deste incidente é a apreciação da constitucionalidade da Emenda nº 08, de 18 de dezembro de 2002, do Município de Arcos, cuja redação é a seguinte:

> Emenda nº 08, de 18/12/2.002.
> A Câmara Municipal de Arcos, Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais, aprovou e eu Presidente da Câmara, promulgo seguinte Emenda à Lei Orgânica Municipal:
> Art. 1º - Fica acrescido o parágrafo único ao art. 87 da Lei 1.256/90 - Lei Orgânica Municipal:
> 'art. 87- [...]
> Parágrafo único - Fica assegurado pagamento de gratificação natalina no mês de dezembro aos agentes políticos do

> Município no valor correspondente ao último subsídio.'
> Art. 2º - Revogam-se as disposições em contrário, entrando esta Emenda em vigor na data de sua publicação.

A Emenda, como se nota, assegura ao Prefeito, ao Vice-Prefeito e aos Vereadores de Arcos o pagamento da gratificação natalina, o chamado 13º salário, estendendo a esses agentes políticos o direito conferido pela Lei Orgânica aos servidores daquele Município.

Manifesta, a meu ver, a inconstitucionalidade material do referido texto legal.

A Constituição Federal confere direito ao adicional natalino apenas aos servidores administrativos ou membros do Poder Judiciário ou do Ministério Público, cujo vínculo com o Estado é permanente e efetivo. É o que estabelece o art. 29, incisos V e VI, o art. 39, §§ 3º e 4º, da Constituição da República (*verbis*):

> Art. 29 - O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
> [...]
> V - subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;
> VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:
> [...]
> Art. 39 - [...]
> § 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.
> § 4º - O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Vê-se, pois, que a gratificação natalina não pode integrar os subsídios, verba devida aos chamados "agentes políticos" - Presidente da República, Governadores, Prefeitos e respectivos vices, auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, bem como Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores -, titulares de cargos estruturais à organização política do País, ocupantes de cargos eletivos. A relação que mantêm com o Poder Público não é de natureza profissional, mas de cunho eminentemente político. Não estão submetidos à hierarquia administrativa. O mandato que lhes foi outorgado não traduz prestação de serviço à Administração, e sim representação popular.

Este Tribunal de Justiça tem enfrentado a questão, tanto em grau de recurso como em sede de ação direta de inconstitucionalidade, em face da Constituição Estadual, proposta contra leis municipais desse mesmo teor - embora, nesse último caso, o Supremo Tribunal tenha vislumbrado a incompetência desta Corte para proclamação do vício, no controle abstrato, em virtude da ausência na Carta Estadual de norma explícita equivalente àquela contida no art. 39, § 4º, da Constituição Federal (nesse sentido, STF, Rcl 7396 MC/MG - MINAS GERAIS; Medida Cautelar na Reclamação Relator(a): Min. Menezes Direito; j. em 17.12.2008; p. no *DJe* de 02.02.2009.

Em acórdão citado no parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça, exarado no Reexame Necessário nº 1.0155.02.001918-0/001, da Comarca de Caxambu, a 3ª Câmara Cível negou vigência à lei municipal análoga à que ora se examina, que instituíra gratificação natalina para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, sem observar as normas constitucionais que especificam o sistema remuneratório dos agentes políticos detentores de mandato eletivo, por meio de subsídio fixado em parcela única, vedado qualquer acréscimo.

Em seu judicioso voto, o eminente Des. Kildare Carvalho, Relator, assinalou, com sua costumeira precisão:

> Isto porque a Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/98, impôs, no art. 39, § 4º, aos membros de Poder a remuneração exclusiva por subsídio fixado por lei em parcela única, observado o previsto nos incisos X e XI do art. 37.
> Desta feita, o subsídio é modalidade remuneratória destinada aos membros de Poder, detentores de mandato eletivo, Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, fixada em parcela única, insuscetível de aditamento ou acréscimo de qualquer espécie. Vale dizer, a natureza constitucionalmente atribuída ao subsídio pressupõe a indivisibilidade do pagamento mensal.
> Em outras palavras, os membros de Poder, entre eles os vereadores e prefeitos, são remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou qualquer outra espécie remuneratória.
> Por outro lado, o vínculo dos agentes políticos detentores de mandato eletivo com o Estado é de natureza política. Logo, não são servidores públicos, exercem um múnus público, não se enquadrando nas vantagens pecuniárias constantes no art. 39, § 3º, da Constituição Federal, as quais são asseguradas aos agentes públicos estruturados em carreira, ainda que remunerados por subsídio, a exemplo dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Como observado no lúcido parecer, são várias as decisões no mesmo sentido também em outros tribunais do País, inclusive no Superior Tribunal de Justiça (REsp 15476/BA, 5ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 16 de março de 2004; REsp. 837.188/DF, 6ª T., Min. Hamilton Carvalhido, j. em 26 fevereiro de 2008).

Ante o exposto, julgo procedente o presente incidente, para declarar, incidentalmente, a inconstituciona-

lidade da Emenda nº 08, de 18 de dezembro de 2002, do Município de Arcos.

DES. CARREIRA MACHADO - De acordo com o Relator.

DES. ALMEIDA MELO - A 8ª Câmara Cível deste eg. Tribunal de Justiça, nos termos do acórdão de f. 186/198-TJ, submeteu à apreciação da Corte Superior a arguição de inconstitucionalidade da Emenda à Lei Orgânica do Município de Arcos nº 08, de 18 de dezembro de 2002.

A suscitante entendeu que a Emenda nº 08, ao assegurar o pagamento de 13º salário aos agentes políticos do Município, viola o disposto no § 4º do art. 39 da Constituição Federal. Determinou a remessa dos autos à Corte Superior, para cumprir a reserva de plenário.

O Relator desse incidente, Des. Herculano Rodrigues, considera que "a Constituição Federal confere direito ao adicional natalino apenas aos servidores administrativos ou membros do Poder Judiciário ou do Ministério Público, cujo vínculo com o Estado é permanente e efetivo".

Em pronunciamentos feitos nessa Corte Superior, tenho considerado que não há vedação constitucional a que os agentes políticos recebam décimo terceiro salário.

Não verifico contrariedade à regra do art. 39, § 4º, da Constituição Federal pela Emenda à Lei Orgânica do Município de Arcos nº 08/2002, ao instituir o pagamento do décimo terceiro subsídio para os agentes políticos municipais.

Considero que o acréscimo da gratificação de natal não tem caráter de adicional, abono, prêmio, verba de representação nem de outra espécie remuneratória assemelhada a esses itens (CF, art. 39, § 4º).

O 13º salário é conquista do trabalhador (CF, art. 7º, VIII).

Os direitos sociais conquistados não devem ter recuo. É preciso, na interpretação da Constituição, ter o cuidado com o alcance que esta interpretação pode acarretar.

Tenho entendido que falta sustentação à tese que está na contramão, não só dos direitos sociais conquistados, como, também, das possibilidades de alteração constitucional.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no julgamento do Processo nº 732.004 (consulta feita pela Câmara Municipal de Curvelo), considerou legítimo o pagamento de 13º salário aos agentes políticos. No pronunciamento, foi destacado que

> A conclusão de que é devido aos agentes políticos o pagamento do décimo terceiro salário decorre de uma perspectiva humanista do texto constitucional, garantista, a qual enseja uma hermenêutica ampliativa da expressão 'trabalhadores', prevista no *caput* do art. 7º da CR/88. Na esteira dessa interpretação, tem-se que a gratificação natalina é direito fundamental de cada edil, eis que previsto no rol de direitos sociais, no capítulo II do Título II da CR/88, intitulado pelo próprio Constituinte 'Dos Direitos e Garantias Fundamentais'. Nesse sentido, a possibilidade de concessão do décimo terceiro salário aos Edis, a rigor, já decorre diretamente do texto constitucional, não havendo que se falar, tecnicamente, em instituição ou criação da gratificação natalina dos Vereadores pelo Poder Legislativo Municipal, seja por lei ou por Resolução (*Revista Decisum*, Ano 3, nº 3, p. 32/33).

Não verifico contrariedade às regras constitucionais.

Data venia, rejeito o incidente de inconstitucionalidade.

DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI - De acordo com o Relator.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

DES. JARBAS LADEIRA - Sr. Presidente.

Data venia do eminente Relator, estou com a divergência, na forma de recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que reformou decisão do Tribunal de Justiça deste Estado, no sentido defendido pelo Relator.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Ouso divergir do em. Des. Relator, por entender que não há a alegada inconstitucionalidade arguida.

No caso, a questão posta em julgamento refere-se à possibilidade ou não de os vereadores (agentes políticos) receberem gratificação natalina, também denominada de décimo terceiro salário.

Primeiramente, saliente-se que o art. 39, § 3º, da Constituição da República, apenas dispõe os direitos que são aplicáveis aos servidores públicos ocupantes de cargo público. Todavia, não contém disposição expressa de que estes direitos não possam ser estendidos a ocupantes de cargo político, categoria na qual se enquadram os prefeitos, vice-prefeitos e vereadores.

Então, fica a questão adstrita à análise do art. 39, § 4º, da Constituição da República:

> Art. 39. § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

O referido dispositivo constitucional é claro, ao determinar que os detentores de mandato eletivo sejam remunerados por subsídio, vedado o acréscimo, a cada subsídio pago em cada período, de qualquer gratifi-

cação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

Portanto, deve-se apurar a natureza jurídica do décimo terceiro.

Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles leciona:

> Já vimos que os servidores públicos são estipendiados por meio de vencimento. Além dessa retribuição estipendiária, podem, ainda, receber outras parcelas em dinheiro, constituídas pelas vantagens pecuniárias a que fizerem jus, na conformidade das leis que as estabelecem. Neste tópico, veremos a natureza e efeitos das vantagens pecuniárias, bem como as espécies e modalidades em que geralmente se repartem.
>
> Vantagens pecuniárias são acréscimos de estipêndio do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (*ex facto temporis*), ou pelo desempenho de funções especiais (*ex facto officii*), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (*propter laborem*) ou, finalmente, em razão das condições pessoais (*propter personam*). As duas primeiras espécies constituem os adicionais (adicionais de vencimento e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das gratificações (gratificações de serviço e gratificações pessoais). Todas elas são espécies do gênero retribuição pecuniária, mas se apresentam com características próprias e efeitos peculiares em relação ao beneficiário e à Administração (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 21. ed., 1996, p. 408).

À luz de tal doutrina, à qual me filio, o décimo terceiro salário não se enquadra na categoria de gratificação nem de adicional. Também não se enquadra nas categorias de abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. Consequentemente, o décimo terceiro salário não constitui acréscimo à remuneração, mas espécie de remuneração, uma espécie de remuneração extraordinária.

Na realidade, a própria Constituição da República, em seu art. 7º, VIII, já discrimina a natureza jurídica da verba discutida: décimo terceiro salário. Trata-se de uma remuneração extraordinária e, no caso daqueles que são remunerados por subsídio, de um subsídio extraordinário, pago levando-se em conta a ficção jurídica de que existe um 13º mês laborado.

Admitir a alegação de que o décimo terceiro não é devido aos vereadores implicaria reconhecer, consequentemente, a verossimilhança do argumento de que os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário também não poderiam receber tal verba, na medida em que o art. 39, § 4º e § 6º, da Constituição da República, insinua que eles se incluem entre os agentes políticos.

Não se desconhece que a Corte Especial deste eg. Tribunal de Justiça, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.07.452524-7/000, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º de Lei nº 026, de 4.9.2004, do Município de Patrocínio, o qual estabelecia o direito ao adicional natalino para prefeito, vice-prefeito e secretário municipal. Todavia, este Vogal não se filia a este entendimento, tanto que, quando do referido julgamento, acompanhou o voto divergente, da lavra do em. Des. Almeida Melo, no sentido de que "o acréscimo da gratificação de Natal não tem caráter de gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação, nem outra espécie remuneratória assemelhada a esses itens" e, por isso, não se pode dar "guarida a uma tese que efetivamente está na contramão, não só dos direitos sociais conquistados, como, também, das possibilidades de alteração constitucional". Porém, há que se registrar que a referida lei qualificou a vantagem cujo pagamento determina como adicional, categoria jurídica expressamente vedada pela Constituição. A questão não é de natureza apenas nominalista, porque as categorias vedadas pelo texto constitucional eram utilizadas para acrescer a remuneração de valores a que se deu o nome depreciativo, mas realista, de "penduricalhos", criados sob as mais diversas justificativas. Como a espécie versa pagamento de subsídio extraordinário, a título de décimo terceiro salário, estaria a lide fora do contexto daquela ação direta de inconstitucionalidade.

Além disso, em doutrina, assinala-se que existem prestigiosas opiniões em contrário, como a de Odete Medauar:

> Com a Emenda Constitucional 19/98, a Constituição Federal agora prevê mais um tipo de estipêndio, o subsídio, para certas categorias de servidores. A característica fundamental do subsídio está na sua fixação em parcela única, conforme dispõe o § 4º do art. 39 da CF, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. De regra, a retribuição pecuniária dos agentes públicos ocorre mensalmente - por isso, a parcela única diz respeito a cada retribuição mensal. O sentido de parcela única, sem qualquer acréscimo, é atenuado pela própria Constituição Federal: o § 3º do art. 39 assegura aos ocupantes de cargos públicos vários direitos previstos para os trabalhadores do setor privado: décimo terceiro salário, salário família, adicional noturno, remuneração por serviço extraordinário, adicional de férias - tais direitos representam acréscimos ao subsídio. Também hão de ser pagas aos agentes públicos despesas decorrentes do exercício do cargo, como é o caso das diárias e ajudas de custo (in *Direito administrativo moderno*, 12. ed., rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 271).

Por todo o exposto, não se estaria afrontando a decisão da eg. Corte Superior se entendido que o pagamento questionado, versando pagamento de 13º salário a vereadores, estaria fora do âmbito do julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.07.452524-7.000.

Dessa forma, julgo improcedente o presente incidente, para afastar a inconstitucionalidade da Emenda 08, de 18.12.02, do Município de Arcos.

DES. ALVIM SOARES - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Estou com a divergência.

DES. WANDER MAROTTA - Com o Relator.

DES. GERALDO AUGUSTO - Estou com a divergência e também rejeito o incidente.

DES. AUDEBERT DELAGE - Sr. Presidente.

Data venia, acompanho o Des. Almeida Melo e rejeito o incidente.

DES. ERNANE FIDÉLIS - Sr. Presidente.

Há um problema criado nesta Corte, com relação a esta questão, porque outro dia, em uma ADIN, relatada pelo Des. Kildare Carvalho, levantou-se a questão do Tribunal. Agora, aqui, é incidente de inconstitucionalidade.

Vejam o que pode acontecer quando as coisas se desencontram: se suspendemos uma arguição de inconstitucionalidade, como julgaremos um incidente de inconstitucionalidade?

Estou perplexo: como decidirmos o incidente de constitucionalidade, se estamos esperando o Ministro do Supremo Tribunal Federal julgar, para podermos julgar, aqui?

Fui contra aquela suspensão, porque penso que deve ser julgado o incidente, como devia ser julgada a ADIN, ou certo, ou errado.

Então, queria ver a solução.

DES. KILDARE CARVALHO - Sr. Presidente, pela ordem.

É porque, neste caso, como é incidente, a ofensa pode ser à Constituição Federal. No outro caso, o Supremo Tribunal Federal, na reclamação, entendeu que, sendo ofensa à Constituição Federal, não caberia ADIN. Por isso é que ocorreu a reclamação. É questão de forma.

DES. ERNANE FIDÉLIS - Sim, mas, de qualquer forma, estamos esperando uma decisão sobre essa matéria. Em todo o caso, se o Relator insiste em dar continuidade ao julgamento e não o suspender, aceito a posição do Relator e creio que a matéria seja inconstitucional.

Penso que não se pode dar gratificação para agentes políticos através de lei municipal. Nós, juízes, por exemplo, temos que ter uma previsão legal.

Concordo perfeitamente com o Des. Relator neste particular. Entretanto, gostaria que se esclarecesse o problema dessa ADIN que está paralisada, esperando um julgamento a respeito, senão, poderá sair, aqui, um julgamento contraditório.

Gostaria de ouvir o Relator neste particular.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Sr. Presidente.

Até desconhecia que havia esse julgamento. Não sei se foi durante meu período de férias.

Se a Corte entender de suspender, também, o julgamento, com o mesmo fundamento do julgamento da ADIN, não me oponho, não.

Poderia propor a suspensão do julgamento até o julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria.

DES. ALMEIDA MELO - Tenho posição divergente.

DES. KILDARE CARVALHO - Também divirjo.

O SR. PRESIDENTE (DES. SÉRGIO RESENDE) - A Corte não é unânime quanto à matéria.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Sr. Presidente.

Como há divergência, mantenho o voto.

DES. MANUEL SARAMAGO - Com o Relator.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - *Data venia*, acompanho a dissidência.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Com o Relator.

DES. CLÁUDIO COSTA - Acompanho o voto que acaba de proferir o Relator, eminente Des. Herculano Rodrigues, para conhecer da arguição e aderir ao desfecho dado por S. Ex.ª.

De fato, repensando a questão, estou em que o décimo terceiro salário ou gratificação natalina é direito assegurado pela Constituição Federal aos servidores públicos, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, por manterem vínculo efetivo com a Administração Pública e o Estado.

Tal gratificação não se estende aos agentes políticos, ocupantes de cargos eletivos, sem qualquer vínculo efetivo com o Estado, mas exclusivamente político.

Em razão disso, esses agentes não podem ser considerados servidores públicos para fins de obtenção das vantagens reconhecidas aos agentes públicos ocupantes de cargos estruturados em carreira.

Pelo exposto, declaro a inconstitucionalidade da Emenda nº 08, de 18 de dezembro de 2002, à Lei Orgânica do Município de Arcos.

É como voto.

DES. RONEY OLIVEIRA - Com o Relator.

DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO - Sr. Presidente.

Embora não tenha os termos do voto do Des. Almeida Melo, parece-me que ele tem votado no sentido

de que os agentes políticos também têm direito ao décimo terceiro salário, na forma como tem sido pago aos deputados, aos juízes e a tantos que exercem função pública, membros de Poder.

Assim, *data venia*, acompanho o Des. Almeida Melo.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Sr. Presidente.

Nos feitos em que atuo, referentes a esta matéria, costumo suspender. Mas estou reexaminando, e vejo que a arguição remete à lei. Como no caso do Município de Arcos parece que existe a lei assegurando isso, então, com redobrada vênia, acompanho a divergência.

DES.ª SELMA MARQUES - Acompanho o eminente Relator.

Súmula - ACOLHERAM, POR MAIORIA.

. . .

Incidente de uniformização de jurisprudência - Prolação de sentença - Desclassificação do crime - Infração penal de menor potencial ofensivo - Suspensão condicional do processo - Cabimento - Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça - Aplicabilidade

Ementa: Incidente de uniformização de jurisprudência. Suspensão condicional do processo. Fase de sentença. Concessão. Possibilidade.

- É cabível a suspensão condicional do processo, na fase de sentença, quando há desclassificação para tipo penal considerado pela lei como infração de menor potencial ofensivo.

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - CR Nº 1.0188.04.028001-1/002 NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0188.04.028001-1/001 - Comarca de Nova Lima - Requerente: 4ª Câmara Criminal - Requerida: Corte Superior - Relator: DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER O INCIDENTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 8 de julho de 2009. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado pela 4ª Câmara Criminal, com o objetivo de se pacificar o entendimento deste Tribunal de Justiça no que se refere à possibilidade ou não da concessão do benefício da suspensão condicional do processo, quando da prolação da sentença, no caso de desclassificação da conduta imputada ao acusado.

O incidente foi suscitado nos autos da apelação criminal interposta por Sávio de Magalhães Miranda (f. 150/184), que, denunciado pela prática do crime do art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal (f. 02/03), veio a ser condenado pela sentença de f. 109/117, pelo cometimento do delito do art. 155, *caput*, do CP.

O apelante, em suas razões de recurso, indicando a existência de decisões divergentes deste Tribunal de Justiça, suscitou o presente incidente de uniformização de jurisprudência, ao argumento de que, em casos como o dos autos, com a desclassificação operada e em preenchendo o réu os requisitos legais, cabe a concessão do benefício do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Foram oferecidas contrarrazões, nas quais se manifestou pelo provimento do recurso de apelação (f. 187/189).

A d. Procuradoria opinou no mesmo sentido (f. 194/195).

Distribuído o feito ao eminente Des. Walter Pinto da Rocha, determinou a 4ª Câmara Criminal a sua remessa a esta Corte Superior, para que se decida sobre o incidente, com a conclusão a respeito do entendimento a ser adotado a respeito da matéria (f. 211/217).

Vieram-me distribuídos os autos.

Relatados.

Como visto, tem o presente incidente de uniformização de jurisprudência o objetivo de se pacificar o entendimento deste Tribunal de Justiça no que se refere à possibilidade ou não da concessão do benefício da suspensão condicional do processo, quando da prolação da sentença, no caso de desclassificação da conduta imputada ao acusado.

Como sabido, na suspensão condicional do processo, o que é suspenso é o próprio processo, desde o início.

Não sem razão, lecionam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes que:

> o momento do oferecimento da denúncia é o corretamente adequado, em princípio, para a concretização da proposta de suspensão (cf. *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. Editora Revista dos Tribunais, p. 240).

A par disso, como lecionam os citados juristas, na suspensão condicional do processo há uma espécie de

transação, que não se confunde com a transação penal do art. 76 da Lei nº 9.099/95.

Isso porque naquela do art. 76 há uma aceitação de imposição de pena; nesta, não. Aqui, há apenas a aceitação do cumprimento de condições que se refletem sobre o processo.

No dizer dos mencionados autores,

> não se transige a respeito da pretensão punitiva estatal diretamente, que resulta incólume no momento da transação. Cuida-se, portanto, de uma via despenalizadora indireta ou processual. Não se atinge direta e imediatamente o *ius puniendi* estatal. Isso só se dá pela via indireta, depois do cumprimento de algumas condições, durante certo período (de prova) (*in* ob. cit., p. 241).

Essa transação que se dá na suspensão condicional do processo é estimulada pela incerteza sobre o resultado do processo, o que faz com que as partes - o Ministério Público e o réu - façam uma composição, suspendendo-se o prosseguimento da ação penal.

Destaco: é a incerteza sobre o resultado do processo que estimula a transação processual.

É relevante considerar, também, que o objetivo principal do instituto de que aqui se cuida é evitar o próprio processo.

Segundo a lição dos já citados Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes,

> as finalidades da suspensão condicional do processo são múltiplas: evitar a aplicação da pena de curta duração, reparação dos danos, desburocratizar a Justiça etc. De todas, a mais marcante é a seguinte: acima de tudo, o escopo da suspensão condicional do processo é evitar a estigmatização derivada do próprio processo. Como conseqüência, acaba evitando também a estigmatização que traz a sentença condenatória. O processo em si já é penoso para o acusado. Participar dos seus rituais (a citação em sua casa, o interrogatório, oitiva de testemunhas etc.) configura um gravame incomensurável. A suspensão, dentre outras, tem a virtude de evitar as 'cerimônias degradantes' (ob.cit., p. 250).

Ora, considerando que a finalidade da suspensão condicional do processo é evitar o processo e que as partes procedem à transação processual em razão da incerteza quanto ao futuro do processo, é certo dizer que o momento próprio para que se aplique o referido instituto é o início da ação penal (logo após o recebimento da denúncia).

Desse modo, se a ação penal já teve seu curso, com a instrução probatória realizada e concluída, com a indicação precisa das provas e com a submissão do réu às chamadas "cerimônias degradantes", parece que não há mais razão para a aplicação do instituto, que se veria totalmente desnaturado.

Afinal, o acusado já se submeteu às "agruras" do processo.

A par disso, não havendo mais incerteza quanto ao "futuro do processo", não há como compreender que possa o Órgão de Acusação, já ciente da responsabilidade do acusado, cogitar da hipótese de não levar ao termo final a ação penal.

Afinal, essa faculdade do Órgão de Acusação de abrir mão da possibilidade de levar adiante a ação penal - possível por aplicação do princípio da oportunidade ou discricionariedade regrada (ou legalidade mitigada) - é uma transação, como visto, que resulta, conforme também visto, da incerteza quanto ao futuro do processo.

De outra parte, quando está no início da ação penal, é proposta ao acusado a possibilidade de abrir mão do processo em troca do cumprimento de determinadas condições.

O acusado aceita tais condições em troca de se ver livre da possibilidade de um processo.

Se se oferece a ele a transação processual já na fase de sentença, quando a prova produzida já deixou claro ser ele o autor do delito, está-se oferecendo ao denunciado não a possibilidade de não se ver processado, mas a de não ser condenado, o que é muito diferente.

Sobre a questão, assim se pronunciou a 2ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, quando do julgamento da Apelação Criminal nº 1.0000.00.210981-7/000, de que foi Relator o eminente Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, cujo voto condutor contou com minha adesão, bem como com a do eminente Des. Herculano Rodrigues (julgamento dia 29.3.2001; publicação dia 10.4.2001; cópia do acórdão às f. 205/207).

O acórdão desse julgado mereceu a seguinte ementa:

> Processual penal. Suspensão condicional do processo. Desclassificação do delito de homicídio qualificado para o de homicídio culposo. Condenação. Fase decisória. Inoportunidade da proposta. - Se, por ocasião do julgamento de crime da competência do Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença proceder à desclassificação do delito originalmente capitulado na denúncia, para outro cuja pena mínima, abstratamente considerada, seja igual ou inferior a um ano, tal como ocorre no caso de crime de homicídio qualificado desclassificado para o de homicídio culposo, não caberá a proposta de suspensão condicional do processo, uma vez que o processo já chegou a termo, estando preclusa esta oportunidade.

Em seu voto, o eminente Relator invocou a lição do eminente Des. Doorgal Andrada, segundo a qual

> não se pode suspender um processo que não mais existe e está encerrado com a sentença. Na sentença, o réu não é mais chamado a uma transação, pois ficaria uma decisão condenatória ou absolutória descumprida. Isso a lei não autorizou.

Nesse mesmo sentido foi a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 1.0000.03.404794-4/000, da Comarca de Juiz de Fora, do qual fui Relator, tendo meu voto sido acompanhado pelos eminentes Desembargadores Célio César Paduani e Reynaldo Ximenes Carneiro.

O acórdão veio com a seguinte ementa:

> *Habeas corpus*. Denúncia por crimes que no conjunto não permitem a suspensão do processo. Sentença. Reconhecimento de existência de prova para condenação por apenas um dos delitos que comporta o *sursis* processual. Prolação da sentença sem a concessão do benefício. Nulidade. Não ocorrência. Ordem denegada. - Se o réu é denunciado por dois delitos que, no conjunto, não permitem a suspensão do processo e se, na sentença, reconhece o juiz a existência de prova para condenação por apenas um desses delitos que comporta o *sursis* processual, não há que se falar na concessão do benefício, uma vez que o seu cabimento deve ser verificado tomando-se por base a denúncia (data do julgamento: 6.5.2004; data da publicação: 22.5.2004).

Nesse mesmo sentido, esta outra decisão deste Tribunal de Justiça:

> Apelação. Ré denunciada pelo crime de furto qualificado. Desclassificação operada na sentença para furto simples. Ausência de aplicação de pena. Determinação da Juíza para que fossem os autos remetidos ao Ministério Público para aplicação da Lei 9.099/95. Declaração de nulidade do *decisum*. - É inadmissível o procedimento da Magistrada que, após firmar um juízo de culpabilidade sobre a conduta da ré, deixa de fixar a pena correspondente, ante a desclassificação do delito para outro, cuja pena mínima viabilizaria, em tese, a concessão do benefício da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). Isso porque, uma vez encerrada a instrução criminal e chegada a fase de sentença, resta superada a fase processual própria para oferecimento da benesse, que tem por finalidade principal justamente evitar que o indivíduo seja submetido ao indesejável processo criminal (Apelação Criminal nº 2.0000.00.510538-2/000 - Rel. Des. Vieira de Brito - data do julgamento: 13.12.2005 - data da publicação: 11.2.2006).

De outro lado, não posso deixar de considerar a existência do entendimento em sentido contrário, retratado e sedimentado na Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça, a que já me referi.

Esse entendimento também já foi adotado por este Tribunal de Justiça, como ilustra o acórdão cuja cópia se acha às f. 198/204.

Nesse caso, o apelante havia se insurgido contra a sentença que, ao desclassificar a conduta a ele imputada - de roubo qualificado para furto simples -, o condenou, sem que lhe fosse dada a oportunidade de optar pela suspensão condicional do processo.

A decisão proferida - que deu provimento ao apelo - sustentou que é cabível a aplicação do instituto do art. 89 da Lei nº 9.099/95 quando, na sentença, se procede à desclassificação da conduta imputada ao réu, adequando-a aos parâmetros exigidos por aquela lei, para a suspensão condicional do processo.

Outro caso que merece registro é o julgamento da Apelação Criminal nº 1.0558.06.900003-9/001 (julgamento dia 12.6.2007; publicação dia 29.6.2007).

Naquele julgado, o eminente Relator, Des. Alexandre Victor de Carvalho, sustentou que

> é cabível a suspensão condicional do processo após a desclassificação dos fatos na sentença monocrática, devendo o julgador monocrático abrir vista para o Ministério Público se manifestar acerca do benefício, sob pena de nulidade parcial do *decisum*.

Em seu voto, o eminente Relator sustentou que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm entendido, de forma majoritária, que a desclassificação operada na sentença monocrática possibilita a suspensão condicional do processo, devendo ter aplicação, nesses casos, a norma do art. 89 da Lei 9.099/95.

Sua Excelência citou, dentre outros, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> Operada a desclassificação da figura típica e amoldando-se a nova capitulação aos parâmetros da suspensão condicional do processo, *ex vi* do art. 89 da Lei nº 9.099/95, ao Juízo condutor é obrigado encaminhar os autos ao órgão acusatório para o fim do benefício legal. Ordem concedida para determinar a condução de proposta de *sursis* processual. (STJ - *HC* 38031 - Rel. Min. Arnaldo da Fonseca.)

O eminente Relator citou, ainda, a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, que, cabe registrar, traduz caso similar ao da ação penal de que cuidam estes autos de incidente de uniformização de jurisprudência:

> *Habeas corpus*. Ação penal. Denúncia oferecida pelo crime do art. 155, § 4º, I, do Código Penal. Desclassificação operada na sentença condenatória para o crime do art. 155, *caput*, do mesmo diploma. Hipótese enquadrável no art. 89 da Lei nº 9.099/95, que trata da suspensão condicional do processo. - Nessas condições, impor-se-ia ao Juízo, ao concluir pela desclassificação, a oitiva do Ministério Público sobre a suspensão condicional do processo. Declaração de insubsistência da condenação imposta para que, mantida a desclassificação operada pelo Juízo, seja ouvido o Ministério Público quanto à proposta a que alude o *caput* do referido art. 89, tendo como parâmetro a desclassificação da conduta delituosa para aquela prevista no art. 155, *caput*, do Código Penal. Precedente: *HC* nº 75.894/SP (STF - R*HC* 81925 - Rel.ª Min. Ellen Gracie).

Não obstante essas ponderações, o eminente Revisor, Des. Hélcio Valentim, sustentou que não é cabível a suspensão condicional do processo quando já na fase de sentença.

Segundo Sua Excelência, o benefício da suspensão condicional do processo visa exatamente à inexistência de instrução.

Assim, já tendo sido proferida a sentença, não há razão para retroceder no procedimento, para que seja oportunizado benefício que tem fase processual adequada para ser ofertado.

O eminente Revisor citou a seguinte decisão deste Tribunal de Justiça:

> Apelação. Ré denunciada pelo crime de furto qualificado. Desclassificação operada na sentença para furto simples. Ausência de aplicação de pena. Determinação da Juíza para que fossem os autos remetidos ao Ministério Público para aplicação da Lei 9.099/95. Declaração de nulidade do *decisum*. - É inadmissível o procedimento da Magistrada que, após firmar um juízo de culpabilidade sobre a conduta da ré, deixa de fixar a pena correspondente, ante a desclassificação do delito para outro, cuja pena mínima viabilizaria, em tese, a concessão do benefício da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). Isso porque, uma vez encerrada a instrução criminal e chegada a fase de sentença, resta superada a fase processual própria para oferecimento da benesse, que tem por finalidade principal justamente evitar que o indivíduo seja submetido ao indesejável processo criminal. Verificando-se que foi proclamado juízo de culpabilidade na decisão primeva sem a respectiva aplicação de pena, outra solução não resta senão anulá-la, para que outra seja proferida, com observância dos arts. 59 e 68, ambos do CPB, e art. 387 do CPP. Preliminar da Procuradoria-Geral de Justiça acolhida e sentença anulada (Apelação Criminal 2.0000.00.510538-2/000 - Rel. Des. Vieira de Brito - *DJ* de 11.02.2006).

Sua Excelência invocou, ainda, os seguintes julgados do STJ:

> Processo penal. Lei 9.099/95. Suspensão condicional do processo. Oferecimento da proposta após a desclassificação do crime ocorrida na sentença. Inviabilidade. - É inviável, porque ultrapassado o momento processual oportuno (denúncia), o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo após operada, na sentença, a desclassificação do crime. - Precedentes. - Ordem denegada (*HC* 25617/SP, Rel. Jorge Scartezzini, v.u., p. no *DJ* de 19.12.2003, p. 517).

> Recurso especial. Processual penal. Lei 9.099/95, art. 89. Suspensão do processo. Direito subjetivo do acusado. Titularidade do Ministério Público. Aplicação analógica do art. 28 do CPP. Oferecimento da proposta após a sentença que desclassifica o crime. Inviabilidade. [...] - É inviável - porque já ultrapassado o momento processual adequado - a proposta de *sursis* processual após a sentença que desclassifica o delito capitulado na denúncia para condenar o réu por outro crime cuja pena mínima viabilizaria, em tese, a concessão do benefício. Precedentes. Recurso conhecido e provido (REsp nº 539770/SP, Rel. José Arnaldo da Fonseca, v.u., p. no *DJ* de 17.11.2003, p. 374).

Por fim, o eminente Vogal daquela apelação criminal, Des. Pedro Vergara, acompanhou o Revisor.

Em vista disso, a preliminar de nulidade da sentença, então suscitada pelo apelante, foi rejeitada.

No entanto, nesse caso, foram opostos embargos infringentes (processo nº 1.0558.06.900003-9/002; data do julgamento: 12.8.2008; data da publicação: 23.8.2008).

Nesses embargos, o eminente Relator, Des. Adilson Lamounier, sustentou que

> é certo que o art. 89 da Lei 9.099 estabelece que o momento próprio para que o Ministério Público ofereça proposta de suspensão condicional do processo é o oferecimento da denúncia,

mas ressalvou que

> ainda que ultrapassada esta fase, uma vez operada a desclassificação do crime ou em caso de procedência parcial da denúncia, cuja pena mínima cominada ao novo crime seja igual ou inferior a um ano, deve o magistrado oportunizar ao Ministério público que se manifeste quanto à viabilidade ou não da concessão do benefício da suspensão condicional do processo.

Sua Excelência destacou, naquela oportunidade, o fato de o Superior Tribunal de Justiça já ter até mesmo editado a Súmula 337 e, além de citar várias decisões daquela Corte, invocou aquela outra do Supremo Tribunal Federal, que foi também invocada pelo Des. Alexandre Victor de Carvalho, em seu voto na Apelação Criminal nº 1.0558.06.900003-9/001 (R*HC* 81925/SP, Primeira Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, p. em 21.2.2003).

Sua Excelência invocou, ainda, esta outra decisão, também do STF:

> [...] Processo. Suspensão. Artigo 89 da Lei nº 9.099/95. Denúncia. Desclassificação do crime. - Uma vez operada a desclassificação do crime, a ponto de implicar o surgimento de quadro revelador da pertinência do art. 89 da Lei nº 9.099/95, cumpre ao Juízo a diligência no sentido de instar o Ministério Público a pronunciar-se a respeito (STF, *HC* 75894/SP, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, p. em 23.08.2002).

Com tais fundamentos, o eminente Des. Adilson Lamounier acolheu os embargos infringentes, no que foi acompanhado pelos não menos eminentes Des.ª Maria Celeste Porto e Des. Alexandre Victor de Carvalho, este último reafirmando seu voto proferido na apelação, que acabou, então, por prevalecer.

Como se vê, a questão em exame é causa de grande divergência.

Como já visto, já tive a oportunidade de me manifestar, em outros julgamentos, no sentido de que não é cabível a suspensão condicional do processo quando da prolação da sentença, no caso de desclassificação.

E sempre adotei esse entendimento com base em todos aqueles fundamentos a que me referi no início

deste meu voto, ao procurar demonstrar as razões que, em regra, são adotadas por aqueles que seguem essa linha de entendimento.

Todavia, com esse incidente de unificação de jurisprudência, confesso que estou a rever meu entendimento.

Primeiramente, em razão daquele argumento adotado pelo eminente Des. Alexandre Victor de Carvalho, quando do julgamento da Apelação Criminal nº 1.0558.06.900003-9/001, segundo o qual adotar a tese de que é cabível a suspensão condicional do processo, no caso de desclassificação, "evita a injustiça de que equivocadas capitulações da exordial se perpetuem em efeitos, como, por exemplo, impedimento do benefício descrito no art. 89 da Lei 9.099/95".

De fato, não se tem como tolerar o fato de que um réu seja indevidamente acusado da prática de um crime mais grave e que, por isso, seja impedido de se beneficiar com o instituto do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

É bom lembrar que, se o Órgão da Acusação capitula de forma equivocada a conduta do acusado, não se tem como alterar essa capitulação, nem mesmo em sede de *habeas corpus*, uma vez que o exame da correção ou não da definição jurídica equivocada dos fatos demandaria o exame aprofundado e antecipado da prova, o que não se admite naquela via processual.

Ora, se o réu foi equivocadamente denunciado - por falha da acusação, que não retratou a realidade dos fatos -, já foi penalizado injustamente, tendo sido indevidamente submetido às agruras do processo, ao qual poderia ter deixado de responder.

Já sofreu, no dizer de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, aqui já citados, "um gravame incomensurável".

Desse modo, se já sofreu um gravame de tal monta, não pode agora sofrer outro, que é o de não ver aplicado o instituto a que faria jus desde o início do processo, mas que dele se viu privado exclusivamente em razão de uma denúncia equivocada.

Não bastasse isso, conforme já visto, segundo a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, "as finalidades da suspensão condicional do processo são múltiplas", dentre elas o evitar a aplicação da pena de curta duração e a estigmatização que traz a sentença condenatória.

Ora, ainda que a finalidade de evitar as agruras do processo e a movimentação da máquina judiciária se tenham perdido, restam essas outras finalidades, que ficariam atendidas.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal também já decidiu, em diversas oportunidades (*RHC* 81925, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie; *HC* 78844, Rel. Min. Nélson Jobim; *HC* 75894, Rel. Min. Marco Aurélio), que é cabível a suspensão condicional do processo na fase de sentença.

E, ao cuidar da matéria, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 24.677-RS - um dos precedentes que deram origem à Súmula 337 -, o eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça Paulo Gallotti lembrou que o STF vinha adotando esse entendimento e assim sustentou:

> A meu ver, se o réu preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a obtenção do benefício, pouco importa a fase processual em que se encontra o feito, notadamente diante do manifesto prejuízo que lhe é causado com a não aplicação do disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, não sendo demais ressaltar que a suspensão do processo não implica absolvição ou condenação e não gera reincidência futura, caso o réu venha a praticar novo crime. Veja-se a decisão proferida sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal no *HC* nº 75.894/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, *DJU* de 23.8.2002, de cujo voto condutor extraio o que interessa:
> 'Eis mais um caso a levar à reflexão sobre o alcance do disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95. Presente apenas a denúncia, não se teria campo propício para a aplicação do citado dispositivo. Entrementes, o desenrolar da ação penal, com o interrogatório, recolhimento de provas, debates e juntada de memoriais, acabou por conduzir à desclassificação, vindo à baila os parâmetros indispensáveis a cogitar-se da suspensão do processo. Cumpria ao Juízo, na mesma sentença em que procedida a desclassificação, converter o processo em diligência para que o Ministério Público viesse a pronunciar-se sobre a proposta de suspensão. Neste sentido é a melhor doutrina, cabendo exemplificá-la, de forma, aliás, insuplantável, com a lição de Ada Pellegrini Grinover: 'Desclassificação: a desclassificação do delito pode ensejar a suspensão do processo fora do seu tempo normal (que é o da denúncia, nos termos do art. 89). Suponha-se que uma denúncia por furto qualificado, sendo certo que *ab initio* havia justa causa para isso. Encerrada a instrução, percebe-se que a qualificadora não resultou comprovada. O Juiz terá que aplicar o art. 484 do CPP. No princípio, pela pena cominada, não era possível a suspensão do processo; agora, com a desclassificação, tornou-se possível: estamos convencidos de que nessa hipótese o Juiz, antes de sentenciar, deve ensejar a possibilidade de suspensão' (*Juizados Especiais Criminais*. Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 203).
> E assim realmente o é. Rigor maior do Ministério Público, a partir de frágeis elementos, como são os revelados pelo próprio inquérito policial, classificando o procedimento de forma incompatível com a suspensão, não pode conduzir, uma vez apurada a verdade real, a ter-se obstaculizado o fenômeno da suspensão do processo. Vale frisar que o acusado se defende não, em si, da capitulação, mas dos fatos narrados, ressaltando-se também que, a teor do arcabouço normativo, o órgão investido do ofício judicante não está adstrito à classificação empolgada pelo Ministério Público. Concluindo pela desclassificação do delito e fazendo surgir no cenário processual quadro ensejador da aplicabilidade do art. 89 da Lei nº 9.099/95, cabe acionar, em diligência, o preceito nele revelado, abrindo margem, destarte, ao implemento da salutar política criminal estampada na Lei nº 9.099/95.
> Concedo a ordem, não para fulminar o processo a partir da sentença como um todo, porquanto é esta peça que dá margem, em si, à aplicabilidade da Lei nº 9.099/95, no que estampa a desclassificação do crime. Declaro a insubsistência da condenação para que implemente o Juízo a fase relativa à suspensão, submetendo à paciente a proposta formalizada pelo Estado-acusador.

Diante disso tudo, penso que se deve acolher o entendimento já sedimentado na Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, acolho o presente incidente de uniformização de jurisprudência, para que se adote o entendimento de que é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e também na hipótese, contemplada naquela súmula, de procedência parcial da pretensão punitiva, incluindo-se esse entendimento em súmula deste Tribunal (RITJMG, art. 453, §§ 1º e 3º).

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Sr. Presidente. Até pedi o novo Código de Processo Penal, porque - se não me falha a memória, posso até estar equivocado -, quando havia desclassificação, o processo só voltaria ao Ministério Público para propor qualquer medida quando houvesse a *mutatio libelli*, e não a *emendatio libelli*. Agora, não: em qualquer circunstância, ainda que se desclassifique para uma infração de menor potencial ofensivo, o processo tem que voltar ao órgão do Ministério Público também. E, nessas condições, pode ensejar, naquela oportunidade, um oferecimento de suspensão do processo por parte do órgão do Ministério Público.

Então, ponho-me de acordo com o eminente Relator, Des. Baía Borges, justamente porque, a partir de 26 de agosto próximo passado, está em vigor o novo Código de Processo Penal, que permite, nessa desclassificação, a volta do processo ao Órgão do Ministério Público e permite, então, a propositura de suspensão condicional do processo.

Com o Relator.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo com o Relator.

DES. GERALDO AUGUSTO - De acordo com o Relator.

DES. AUDEBET DELAGE - De acordo com o Relator.

DES. NEPOMUCENO SILVA - De acordo com o Relator.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo com o Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Sr. Presidente. Acompanho o Relator, inclusive porque agora a Lei nº11.719/07, como bem disse o eminente Des. Antônio Carlos Cruvinel, alterou o art. 383 da *emendatio libelli*, fazendo inserir o § 2º, em que se admite expressamente que, desclassificada a infração para outra que permita o *sursis* processual, tem que voltar para que o Ministério Público oferte, ou não, fundamentadamente, a denúncia ou queixa.

DES. CLÁUDIO COSTA - Cabe, em primeiro lugar, realçar a lapidar e enriquecedora exposição declinada pelo eminente Relator quanto ao tema em estudo, destacando as autorizadas posições divergentes em torno do instituto, todas com argumentos de peso.

Em pronunciamento denso e bem elaborado, como sói acontecer com S.Exa., ao relatar permitiu a mim aquilatar a verdadeira *mens legislatoris*, que, em um primeiro momento, dá a impressão de que a suspensão, ultimados os atos processuais, com a desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva, seria descabida.

Mas, num lançar de olhos nas razões que edificaram a edição da Súmula 337 do STJ, vê-se que "é viável a suspensão condicional do processo no caso de desclassificação do delito operada em sede de sentença condenatória" (REsp nº 647.228, Ministro Felix Fischer, *DJ* de 25.10.04); ainda que a desclassificação se verifique na superior instância, deve haver oportunidade para invocação do instituto da suspensão do processo (Lei nº 9.099/95, art. 89).

Com o Relator.

DES. RONEY OLIVEIRA - De acordo com o Relator.

DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO - De acordo com o Relator.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Sr. Presidente. A matéria está superada com a reforma do Código de Processo Penal. Antes eu me posicionava contrariamente aos fundamentos expendidos pelo voto do eminente Relator, mas, com a reforma do Código de Processo Penal, registrada a inovação pelos eminentes Desembargadores Antônio Carlos Cruvinel e Alexandre Victor de Carvalho, ao meu aviso, perdeu até o objeto a pretensão de incidente de uniformização, porque agora a lei é expressa.

Acompanho o Relator.

DES. ALMEIDA MELO - Sr. Presidente. Conforme destaca o Relator a matéria sobre a possibilidade de concessão do benefício de suspensão condicional do processo na desclassificação do crime está sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em 9 de maio de 2007, editou a Súmula 337 no sentido de que "É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva".

Portanto, a fim de se evitar a insegurança jurídica, entendo que deve prevalecer o entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça.

Ponho-me de acordo com o voto do Relator, para acolher incidente.

DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI - De acordo com o Relator.

DES. JARBAS LADEIRA - De acordo com o Relator.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - De acordo com o Relator.

DES. ALVIM SOARES - De acordo com o Relator.

DES.ª JANE SILVA - Sr. Presidente. Agora, a questão já é estreme de dúvidas, porque a modificação do Código de Processo Penal solveu as dúvidas, mas antes disso sempre entendi, desde a edição da Lei nº 9.099, que introduziu a suspensão condicional do processo, que o réu passava a ter um direito público subjetivo à suspensão condicional do processo, desde que ele reunisse os requisitos.

E, *in casu*, se o Estado estava processando por um delito maior e depois se apurava que o delito era menor, o réu não podia perder uma oportunidade de descriminalização, porque, no final, se ele cumpre o prazo, seu nome nem vai para o rol dos culpados. Acho que hoje a matéria nem implica uniformização de jurisprudência, porque já está na lei.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Sr. Presidente. Sendo esta a primeira oportunidade que tenho de participar de julgamento de uniformização de jurisprudência, permito-me fazer o registro da minha preocupação com a aplicação do instituto no âmbito deste Tribunal.

Recentemente, é sabido que esta egrégia Corte Superior resolveu, no mesmo instituto do incidente de uniformização, a questão relativa à prescrição para a cobrança dos expurgos inflacionários ocorridos em depósitos havidos na antiga MinasCaixa, optando por afirmar, ou acolher, a tese da prescrição quinquenal, ao passo que hoje o egrégio Superior Tribunal de Justiça tem, até mesmo monocraticamente, adotado a tese da prescrição vintenária.

Por que isso se deu? Entre outras razões, possivelmente porque, naquela oportunidade, participaram do julgamento ilustres Membros deste Colegiado que integram Câmaras Criminais. E, não por isso, não teriam condições de votar, mas adotaram entendimento a que não ficariam vinculados nos julgamentos dos órgãos fracionários.

Hoje se dá, neste caso específico, o mesmo com a maioria desta Corte. Quer dizer, não julgaremos nos órgãos fracionários esta matéria e se indaga não da legitimidade funcional, mas da legitimidade intelectual, mesmo, de se proceder a um incidente de uniformização de jurisprudência que, eventualmente, poderia adotar o entendimento absolutamente contrário ao que a maioria dos integrantes de Câmaras Criminais na matéria adota.

Portanto, estamos na iminência de sofrer uma alteração do Regimento Interno e, na esteira do Desembargador Ernane Fidélis, do Desembargador Caetano Levi, que será o Relator geral, é de se repensar a competência desta Corte para julgar o incidente de uniformização.

Além dessas considerações, no caso concreto, talvez até nem fosse o caso de se aprofundar pelo mérito, uma vez que a matéria já era sumulada no Superior Tribunal de Justiça e restou, hoje, objeto de previsão legal expressa, mercê de alteração legislativa.

Então, também, pondero que, em casos assim, o próprio Relator, inicialmente, verifique a própria pertinência e conveniência de admissão do incidente, para que problemas como os referidos não venham a suceder.

Acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

DES. MOREIRA DINIZ - Sr. Presidente. Tenho a mesma preocupação do Desembargador Edgard Penna Amorim. Faço essa reclamação aqui, na Corte Superior, o Desembargador Carreira Machado é testemunha, desde setembro de 2003, quando cheguei ao Tribunal de Justiça.

Em primeiro lugar, penso que, se não fosse a previsão do CPC, esse instituto da uniformização de jurisprudência, que já está ridicularizado, deveria ser extinto, banido do nosso Direito, porque a uniformização não vincula. Ora, se não vincula, o Desembargador não é obrigado a cumprir. E fico perplexo ao ver as uniformizações realizadas, aqui, no Tribunal, e que não são cumpridas. Não são seguidas pelos Desembargadores.

Então, para que fazer uniformização? Quem votava pela tese "A" continuou votando, e quem votava pela tese "B" continuou votando? Ficamos, aqui, vinte e cinco Desembargadores, examinando e discutindo uma matéria para uniformizar jurisprudência, para não valer nada. Parece aquela brincadeira de criança, quando nós todos brincávamos de pique-esconde e os pequeninhos eram carta branca. Não contam. Quer dizer, todos, aqui, estamos fazendo papel de carta branca. Isso é ridículo. Uniformizar jurisprudência no Tribunal para o próprio Desembargador do Tribunal que ficou vencido na uniformização não cumprir.

Então, para quê? Eu era a favor da extinção desse instituto, ridículo hoje, no nosso País.

Agora, a segunda questão, Desembargador Edgard Penna Amorim. As Câmaras Cíveis do Tribunal, de competência de Direito Público, são oito. São quarenta Desembargadores Cíveis. Se trinta Desembargadores Cíveis tiverem um entendimento contra dez, a Corte Superior, com vinte e quatro votos, ou até menos, pode uniformizar jurisprudência em sentido contrário, com Desembargadores criminais votando em matéria cível e, hoje, eu, Desembargador de competência cível, que desde 1988 não mexo com Direito Criminal, vendo-me obrigado a dar palpite em processo de competência dos *experts* que temos aqui, Des.ª Jane Silva, Des. Antônio Carlos Cruvinel, Des. Herculano

Rodrigues e outros. Quer dizer, eu, cível, vou uniformizar jurisprudência criminal? Os senhores me desculpem, até, a irreverência, mas isso parece uma piada de mau gosto. Qualquer um, no País, que verificar essa uniformização, qualquer que seja, cível ou criminal, e ler a competência de cada Desembargador que votou, vai rir, literalmente, do nosso Tribunal.

No Tribunal de Alçada, quem fazia uniformização cível era o chamado "Grupão". Eram os Juízes das Câmaras Cíveis, todas. E criminal, assim por diante. Aqui, no Tribunal de Justiça, quem faz uniformização, cível ou criminal, é a Corte Superior, com competência híbrida. Isso é inexplicável. Não entra na minha cabeça que uma coisa dessas possa ser tida como razoável.

Acho, até, respeitavelmente, que esse ponto do Regimento Interno deveria ser destacado da reforma, e feita a reforma com urgência, para instituir a uniformização pelos Grupos Reunidos de Câmaras Cíveis com competência de Direito Público, outro com competência de Direito Privado, nas suas respectivas matérias.

Fica essa observação para que, amanhã, não digam que sou incoerente, que aceitei e votei.

Acompanho os ensinamentos que ouvi dos insignes Desembargadores criminalistas, de quem não posso ousar divergir.

Súmula - ACOLHERAM O INCIDENTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

...

Rescisão contratual - Indenização - Cumulação de ações - Parceria agrícola - Alienação do imóvel - Direito de preferência - Inexistência - Ausência de causa da rescisão contratual - Alienante - Direitos e deveres - Sub-rogação pelo adquirente

Ementa: Ação de rescisão contratual e indenização. Parceria agrícola. Alienação do imóvel. Direito de preferência. Inexistência. Ausência de causa de rescisão contratual. Sub-rogação dos direitos e obrigações do alienante pelo adquirente.

- O ordenamento jurídico em vigor restringe o direito de preferência à hipótese de arrendamento, não havendo qualquer previsão legislativa no sentido de que tal figura poderia estender-se aos contratos de parceria agrícola. Inteligência do art. 92, § 3º, da Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra).

- A venda do imóvel sobre o qual foi instituída a parceria agrícola não pode ser considerada como causa justificadora da rescisão contratual, pois a alienação não interrompe a vigência daquele contrato, ficando o adquirente sub-rogado nos direitos e obrigações do alienante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0558.06.001419-5/001 - Comarca de Rio Pomba - Apelantes: Antônio Alves de Magalhães e outra - Apelado: Espólio de Fausto de Freitas, representado pela inventariante Tânia Maria de Freitas Silva - Relator: DES. ALVIMAR DE ÁVILA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO

Belo Horizonte, 16 de setembro de 2009. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Antônio Alves de Magalhães e outra, nos autos da "ação resilitória contratual c/c reparação de danos, indenização e danos morais", movida em face de espólio de Fausto de Freitas, contra decisão que julgou improcedente o pedido inicial (f. 107/119).

Os apelantes, em suas razões recursais, afirmam que em 1994 foi firmado contrato de parceria agrícola com o Sr. Fausto de Freitas e Sr.ª Geralda Canônico Freitas. Alegam que durante a vigência daquele contrato realizaram várias melhorias na propriedade, como cercas, construção de um paiol, galpão para motor, varanda, garagem, entre outras. Informam que sempre prestaram contas ao Sr. Fausto Freitas e que, com o falecimento deste, passaram a prestá-las à viúva, Sr.ª Geralda Canônico Freitas. Afirmam que, após o falecimento da referida senhora, a fazenda passou a ser de propriedade de uma das filhas do casal, apresentando-se para receber as prestações de conta, o Sr. Orlando Silva, genro do falecido Fausto Freitas. Sustentam que, em 2005, parte da fazenda foi vendida a terceiros, os quais pretendem a desocupação do imóvel, sem qualquer indenização. Defendem que o imóvel foi vendido sem qualquer notificação premonitória e que possuem direito de preferência na compra do imóvel objeto do contrato de parceria. Fundamentam seu pedido no art. 92, *caput* e §§ 1º, 3º e 6º, do Estatuto da Terra. Por fim, pretendem a rescisão do contrato em vigor, o ressarcimento pelos prejuízos ocasionados em razão do descumprimento de várias cláusulas contratuais, bem como a retenção das benfeitorias realizadas no imóvel (f. 120/125).

O apelado apresentou suas contrarrazões (f. 128/130), pugnando pela manutenção da sentença.

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

Compulsando os autos, observa-se que foi firmado contrato de parceria agrícola há mais 10 (dez) anos, que passou a vigorar por prazo indeterminado (f. 13).

Constata-se, ainda, que por essa parceria os parceiros outorgados, ora apelantes, ficaram encarregados de realizar o plantio e o cultivo da lavoura de milho, fumo, arroz e feijão, enquanto que aos parceiros outorgantes coube tão somente a cessão da gleba de terras para tal cultivo, tendo as partes ajustado que os frutos da lavoura seriam divididos em 50% (cinquenta por cento) para cada um.

Ocorre que os autores/apelantes alegam ter havido a venda dessas terras a uma terceira pessoa, tendo sido interrompido o contrato de parceria agrícola avençado.

Diante desses fatos, os apelantes ajuizaram a presente ação, buscando a rescisão contratual por entenderem ter havido o descumprimento de cláusula contra-

tual, por parte dos parceiros outorgantes, bem como pleiteando a indenização pelos prejuízos a eles causados.

Portanto, a questão debatida cinge-se à verificação da ocorrência de descumprimento do contrato de parceria agrícola em razão do pretenso direito de preferência dos autores na aquisição do imóvel objeto da avença e sobre a possibilidade de indenização pelos prejuízos causados a eles.

Conforme bem elucidado pelo MM. Juiz de primeira instância, o contrato firmado pelas partes, à vista de suas características específicas, trata de parceria agrícola, e não de arrendamento rural.

Assim, a teor do que dispõe o art. 92, § 3º, da Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), não há de se falar em exercício de direito de preferência no caso de alienação de imóvel objeto de parceria rural.

Ora, da leitura atenta dessa norma legal, observa-se que o ordenamento jurídico em vigor restringe o direito de preferência à hipótese de arrendamento, não havendo qualquer previsão legislativa no sentido de que tal figura poderia estender-se aos contratos de parceria agrícola, tendo o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, esposado sobre o tema. Confira-se:

> Civil. Parceria agrícola. Direito de preferência.
> O direito de preferência que se confere ao arrentadário rural não alcança o contrato de parceria.
> Precedentes. Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido (STJ. REsp nº 264805/MG. Quarta Turma. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. *DJ* de 17.06.2002).

> Parceria agrícola. Preempção.
> O contrato de parceria agrícola não atribui ao parceiro o direito de preferência na aquisição do imóvel.
> O disposto no art. 92, § 3º, do Estatuto da Terra aplica-se ao contrato de arrendamento.
> Precedente. Recurso conhecido e provido (STJ. REsp nº 97405/RS. Quarta Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. *DJ* de 15.10.1996).

Sendo assim, não há como se reconhecer aos autores/apelantes o direito de preferência na aquisição do imóvel em questão, sendo de se registrar, ainda, que a alienação daquelas terras não pode ser considerada como causa justificadora da rescisão do contrato avençado, pois a venda, em si, não caracteriza o descumprimento da parceria rural.

Registre-se, ainda, que, consoante o que dispõe o art. 92, § 5º, do Estatuto da Terra, a alienação do imóvel sobre o qual foi instituída a parceria agrícola não interrompe a vigência do contrato "ficando o adquirente sub-rogado nos direitos e obrigações do alienante".

Do mesmo modo, o art. 15 do Decreto nº 59.566/66, ao regulamentar a Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), dispõe:

> A alienação de imóvel rural ou a instituição de ônus reais sobre ele não interrompe os contratos agrários, ficando o adquirente ou o beneficiário sub-rogado nos direitos e obrigações do alienante ou do instituidor do ônus (art. 92, § 5º, do Estatuto da Terra).

Sobre o tema, a lição de Maria Helena Diniz:

> O parceiro outorgante poderá alienar o imóvel rural ou instituir ônus real sobre ele (Lei nº 4.504, art. 92, § 5º; RT, 623:52, 506:178), hipótese em que o adquirente ou beneficiário ficará sub-rogado nos direitos e deveres do alienante ou do instituidor do ônus. (In *Código Civil anotado*. 7. ed., Saraiva, p. 926).

Nesse contexto, tem-se que a venda do imóvel objeto do contrato de parceria não é causa justificadora da rescisão do contrato, havendo, todavia, a sub-rogação do adquirente nos direitos e obrigações do alienante.

Assim, caso os adquirentes estejam impedindo a manutenção da parceria, dúvida não existe de que eles são responsáveis pelo ressarcimento do dano que disso advier, devendo os parceiros outorgados ingressar com ação própria contra eles.

Esse é o entendimento esboçado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Estatuto da Terra. Parceria agrícola. Alienação do imóvel.
> A alienação do bem não interrompe o contrato de parceria, ficando o adquirente sub-rogado nos direitos e obrigações do alienante (Lei 4.504/64, art. 92, § 5º).
> Se o adquirente impede o prosseguimento da parceria, ele é o responsável pelo ressarcimento do dano que disso advier (STJ. REsp nº 144326/PR. Terceira Turma. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. *DJ* de 21.08.2000).

Com essas considerações, tem-se que não merece qualquer censura a r. sentença hostilizada, que, constatando a inexistência do direito de preferência dos autores, não reconheceu nenhuma hipótese de descumprimento, pelos apelados, do contrato avençado, julgando, portanto, improcedente o pedido inicial.

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

Custas recursais, pelos apelantes, suspensa a exigibilidade do pagamento, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação anulatória de doação - Imissão na posse - Cumulação de ações - Contrato - Cláusula resolutiva - Donatário - Descumprimento da avença - Não comprovação - Reversão da doação - Impossibilidade - Provimento

Ementa: Administrativo. Ação de anulação de doação cumulada com imissão na posse. Contrato celebrado com cláusula resolutiva. Descumprimento da avença por parte do donatário. Não comprovação. Reversão da doação. Impossibilidade. Provimento.

- Não se pretende razoável e factível a reversão de imóvel doado, cujos encargos foram cumpridos, passados 10, 30, 50 ou 100 anos da transmissão da propriedade. Some-se a absoluta insegurança jurídica de se negociar com uma empresa cujo patrimônio imobilizado resta instável pela existência de cláusula que, por si só, gera renovada instabilidade quanto à sua real propriedade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0239.04.001506-1/001 - Comarca de Entre-Rios de Minas - Apelante: Laticínios Nova Esperança Comércio e Indústria Ltda. - Apelado: Município de São Brás do Suaçuí - Relator: DES. BARROS LEVENHAGEN

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, 20 de agosto de 2009. - *Barros Levenhagen* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BARROS LEVENHAGEN - Trata-se de apelação aviada contra a sentença de f. 226/149-TJ, declarada às f. 247/248-TJ, proferida pelo Magistrado Emerson de Oliveira Corrêa nestes autos de ação de anulação de doação cumulada com imissão na posse ajuizada pelo Município de São Brás do Suaçuí em face de Laticínios Nova Esperança Comércio e Indústria Ltda., que julgou parcialmente procedentes os pedidos exordiais, "determinando [...] a restituição do imóvel descrito na inicial ao requerente", além de autorizar a sua imediata imissão na posse do referido bem e de condenar a demandada no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios em favor do patrono do demandante, arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), restando, contudo, suspensa sua exigibilidade, tendo em vista o deferimento da assistência judiciária gratuita em seu favor.

Inconformada e pugnando pela sua reforma (f. 250/257-TJ), salienta a requerida, em síntese, a necessidade de sua manutenção na posse do imóvel em questão, "haja vista, que em momento algum o Município estipula nova atividade para o mesmo e ou quaisquer serventia neste sentido e ou que estes sejam indenizados pelas benfeitorias acrescidas com valores atualizados à realidade da época".

Contrarrazões apresentadas pelo demandado às f. 374/405-TJ, pleiteando o desprovimento do recurso aviado e, na eventualidade do acolhimento da pretensão recursal, ressalta que,

> [...] no presente caso, a procedência dos pedidos [...] interferiria na esfera jurídica dos servidores em atividade, estes sim legítimos destinatários da verba pretendida pela parte autora, (sendo, destarte,) hipótese [...] de litisconsórcio necessário, sob pena de nulidade absoluta do *decisum*.

Pleiteia, outrossim, que, na eventualidade do provimento recursal, "sejam os juros de mora fixados em até 6% ao ano, em atenção ao que dispõe o art. 1º-F da Lei 9.494/97 e honorários advocatícios conforme art. 20, § 4º, do CPC".

Conheço do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Narram os autos que o Município de São Brás do Suaçuí doou um imóvel à ré, tendo estabelecido, mediante a Lei Municipal nº 599/1989 (f. 39/40-TJ), cláusula de reversão ao Patrimônio Municipal, em caso de descumprimento do encargo ou de encerramento de suas atividades.

Exsurge, ainda, do processado que as atividades da demandada restaram paralisadas desde o falecimento de seu proprietário, ocorrido em 1997 (f. 35-TJ).

A princípio, haveria que se considerar, em se tratando de relação travada entre a Administração Pública de São Brás do Suaçuí e a empresa Laticínios Nova Esperança Comércio e Indústria Ltda., a supremacia do interesse público ante o privado.

Nesse sentido, mas com as nuances próprias do caso concreto, assevera-se oportuna a transcrição do escólio de Hely Lopes Meirelles:

> Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito. Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há que prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração. Ao apli-

cador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder de vista aquela supremacia (*Direito administrativo brasileiro*, 28. ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 47).

No caso em epígrafe, no entanto, existe apenas um aparente embate entre o interesse público e o privado. Na verdade, a condição imposta pelo Município para a implementação da doação do imóvel em comento foi, integralmente, observada pela empresa/ré, ora apelante.

Se não, vejamos:

Segundo se infere da Lei Municipal nº 599/1989, em seu art. 4º, o encargo exigido pela Municipalidade em contrapartida à doação do imóvel era que a empresa donatária construísse no terreno as instalações "uma Indústria e Comércio de Laticínios". Em seguida, previa o art. 6º da mesma lei que o descumprimento do encargo resultaria na revogação da doação e na reversão da propriedade do imóvel.

Nesse passo, resta incontroversa, *data maxima venia*, a ocorrência da situação prevista na referida cláusula de reversão. É que, ante a prova produzida, se apresenta incontestável - como já dito - ter o donatário cumprido, integralmente, o encargo que lhe foi imposto, porquanto tomou posse do terreno e construiu, às suas expensas, as instalações do laticínio. Durante quase dez anos, manteve em funcionamento a empresa, gerando divisas para o Município, criando empregos para os munícipes e pagando os impostos decorrentes de sua atividade e da propriedade que lhe foi doada.

A propósito da situação tributária da apelante, relevante observar a certidão de f. 161, que indica o pagamento dos tributos inerentes à propriedade mesmo após o falecimento de seu fundador/diretor. Os débitos se referem aos exercícios posteriores a 2002, no sentido de que a inadimplência somente se verificou com o falecimento da Sra. Maria da Conceição, viúva do proprietário do Laticínio Nova Esperança, ocorrido em 2003.

Evidente, destarte, que o encargo cominado ao donatário foi efetivamente cumprido, de forma que não estão reunidos os requisitos necessários à revogação da doação e a consequente reversão da propriedade do imóvel ao patrimônio público. Nessa linha, sintomático que os precedentes citados à f. 236 se refiram às consequências de eventual descumprimento de encargos, o que não é o caso dos autos.

Anote-se que, quando da doação, o imóvel situava-se em local pouco interessante, mas que, com sua paulatina ocupação, para qual obviamente cooperou o apelante, agregou-se à área urbana do Município, apresentando-se, posteriormente, como apto a acolher inclusive residências.

De outro lado, nem se alegue que o encargo seria aquele previsto no art. 7º da referida Lei nº 599/89, na medida em que se mostra absolutamente inconsistente e desarrazoada a exigência de estar a donatária proibida de, eventualmente, "encerrar suas atividades". Referida imposição legal, genericamente e com a devida vênia, vagueia pelo imponderável; sendo certo que, no caso dos autos, até mesmo pelo inevitável, que foi o falecimento do proprietário do Laticínio Nova Esperança.

Assim, a condição contida neste art. 7º, por inusitada, fere o bom-senso, além dos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica.

Não se pretende razoável e factível a reversão de imóvel doado, cujos encargos foram cumpridos, passados 10, 30, 50 ou 100 anos da transmissão da propriedade. Some-se a absoluta insegurança jurídica de se negociar com uma empresa cujo patrimônio imobilizado resta instável pela existência de cláusula que, por si só, gera renovada instabilidade quanto à sua real propriedade.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo, para reformar a r. sentença monocrática e julgar improcedentes os pedidos exordiais.

Invertidos os ônus sucumbenciais, com atenção à isenção da Municipalidade em virtude do que determina a Lei Estadual nº 14.939/2003.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA ELZA e NEPOMUCENO SILVA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Ação civil pública - Dano ambiental - Área de preservação permanente - Licenciamento ambiental - Ausência - Reparação do dano - Possibilidade - Necessidade

Ementa: Ação civil pública. Dano ambiental. Edificações e intervenções em área de preservação permanente. Ausência de licenciamento ambiental. Reparação do dano. Possibilidade e necessidade.

- Atualmente, tem-se 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 e XXIII, art. 170, II, III e 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.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0411.02.006086-8/001 - Comarca de Matozinhos - Apelantes: 1º) Wander Dias Coelho; 2º) Ponto Chick Outdoor Ltda. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 04 de agosto de 2009. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GERALDO AUGUSTO - Conhece-se dos recursos, presentes os requisitos à sua admissibilidade.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Wander Dias Coelho, pretendendo o desfazimento de construções realizadas na barragem de um açude localizado na Fazenda Estiva II, no Município de Capim Branco, área esta de preservação permanente.

A sentença julgou procedente o pedido, determinando aos réus, solidariamente, a obrigação de demolir as edificações no imóvel localizadas na margem do açude situado na Fazenda Estiva II, em Capim Branco, bem como eventual extensão feita na barragem, no prazo de 30 dias após o trânsito em julgado da decisão, bem como recompor a cobertura vegetal, com o plantio de essências nativas e frutíferas regionais, preferencialmente mudas oriundas de matrizes locais, garantindo a conservação das mudas até dois anos após o plantio, substituindo-as se necessário, devendo o réu apresentar, no prazo de 60 dias após o trânsito em julgado da sentença, projeto de integral reflorestamento da área, com anotação de responsabilidade técnica para aprovação pelo IEF. E ainda condenou os réus, solidariamente, ao pagamento das custas e despesas processuais (f. 250/257).

Inconformado, recorre o requerido Wander Dias Coelho às f. 267/274, alegando, em resumo, que não é proprietário do terreno, mas apenas intermediou a sua venda. Afirma que a empresa proprietária do imóvel assumiu toda a responsabilidade, apresentando documentos de autorização emitidos pela Prefeitura de Capim Branco e pelo IEF, que não foram levados em consideração pelo Juízo *a quo*. Sustenta que o Sr. Darlan tem interesse na causa, pois com a derrubada das construções e plantio da vegetação, poderia ter restabelecida a sua passagem, objeto de ação por ele ajuizada e julgada improcedente. Aduz que não há prova pericial que comprove ser a área de preservação permanente e o dano ambiental. Defende que não há impedimento para a construção em área de preservação permanente, devendo-se apenas observar o Código de Posturas do Município.

Irresignada, recorre a empresa Ponto Chick Outdoor Ltda. às f. 305/310, aduzindo, em síntese, que o primeiro réu nunca foi ou é sócio da apelante, participando apenas como procurador na compra do imóvel. Afirma que era proprietária do imóvel à época dos fatos, sendo que hoje a Fazenda Estiva II pertence ao Hotel Fazenda Tucano. Entende que não houve dano ou risco à sociedade, vez que as obras foram realizadas através de laudo de vistoria do IEF e documentos da Prefeitura Municipal de Capim Branco. Aduz que atendeu aos laudos periciais do IEF e laudo complementar. Alega que o Sr. Darlan possui interesse na causa. Sustenta que não há prova pericial comprovadora do dano ao meio ambiente.

Contrarrazões pela manutenção da decisão (f. 338/360).

Manifestação da d. Procuradoria de Justiça pelo desprovimento dos recursos (f. 368/381).

Examina-se o recurso.

Compulsando os autos, extrai-se que foi edificada construção destinada a lazer em área de preservação permanente localizada na Fazenda Estiva II, na zona rural do Município de Capim Branco, sem prévio licenciamento ambiental.

A Lei 4.771/65 - Código Florestal assim dispõe acerca das áreas de preservação permanente:

> Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:
> a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:
> 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
> [...]
> b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d´água naturais ou artificiais.
> [...]
> Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

Com efeito, o laudo pericial do IEF (f. 31/33 da medida cautelar em apenso) apontou os seguintes danos ambientais: construção de dois cômodos de alvenaria em cima da barragem do açude, em área de preservação permanente; corte sobre o aterro e colocação de cano PVC para saída de água para roda d'água instala-

da no local e construção de dois cômodos na barragem do açude em área de preservação permanente; retirada de taboa abaixo do açude em área de preservação permanente; retirada de taboa de dentro do açude, que necessita de autorização do IEF; retirada de vegetação ciliar ao longo da margem do açude e plantio de horta e lavoura em área de preservação permanente.

Nesse mesmo sentido é o parecer técnico do Ministério Público (f. 17/28) e os boletins de ocorrência (f. 20/21 e 54/55 da cautelar em apenso), que relataram os impactos ambientais causados pela intervenção no local.

Restando, pois, comprovados os danos ambientais - edificação e intervenção em área de preservação permanente -, exige-se dos apelantes uma posição no sentido de fazer cessar as causas do dano e também de recuperar o que foi deteriorado.

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".

Como se sabe, tem-se conceitual e doutrinariamente a supremacia/indisponibilidade do interesse público coletivo, distinto em relação ao interesse privado (individual), este menor e oposto àquele.

Neste 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 e XXIII, art. 170, II, III e 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.

Em que pese à existência de licença concedida em 2004 pelo Município de Capim Branco para a realização das obras (f.114/115), tal não afasta a observância de não edificar em área de preservação permanente, nos termos do Código Florestal. Não fosse por isso, como observado pelo MM. Juiz de Direito *a quo*, temerária a referida autorização, eis que fundamentada com base na conclusão das obras.

Cumpre anotar que, não obstante fosse a 2ª apelante, Ponto Chick Outdoor Ltda., proprietária do imóvel à época dos fatos, deve a responsabilidade pelo dano ambiental ser estendida ao 1º apelante, Wander Dias Coelho, uma vez que inconteste a sua aparência de proprietário do imóvel, ao exercer os atos relativos à construção das edificações, tanto que contra o mesmo foi ajuizada ação de manutenção de posse pelos vizinhos do imóvel, que se sentiram prejudicados em seu direito de passagem com as obras (f. 107/108).

Ressalta-se, também, que o réu Wander Dias Coelho, quando de sua intimação/citação na medida cautelar, sequer nomeou à autoria a proprietária do imóvel. E, mesmo intimado na cautelar para paralisar as obras (f.28), prosseguiu com as mesmas.

Já decidiu este Tribunal:

> Ação civil pública. Edificação em mata ciliar. Área de preservação permanente. Impossibilidade. - A legislação ambiental veda a edificação em área situada às margens de rio, como forma de conferir proteção à mata ciliar. - Se o réu, embora notificado no início da construção a respeito da ilegalidade daquela obra, deu prosseguimento a ela, deve ser condenado a adotar as providências necessárias à recomposição do local (Ap. Cível nº 1.0223.03.122909-7/001, Rel.ª Des.ª Heloísa Combat, *DJ* de 13/03/2007).

Assim, deve-se manter a decisão de primeiro grau que reconheceu a ocorrência do dano ambiental, condenando os requeridos, solidariamente, a recompor a área de preservação permanente degradada pelos mesmos, na forma estabelecida pelo d. Sentenciante.

Com tais razões, nega-se provimento aos recursos, mantendo-se a d. sentença recorrida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE e ARMANDO FREIRE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Servidor público - Processo administrativo - Sanção disciplinar - Demissão - Esferas criminal e administrativa - Independência

Ementa: Administrativo. Servidor público. Processo administrativo. Sanção disciplinar de demissão. Independência das esferas criminal e administrativa.

- É possível a instauração concomitante de ação penal e de procedimento administrativo disciplinar contra servidor público, a partir do mesmo fato, bem como a prolação de decisões, em cada âmbito, com resultados diferentes, porquanto as esferas de responsabilização penal e administrativa são independentes, bem como suas razões e consequências.

- A demissão disciplinar é cabível mediante processo administrativo prévio e regular, que observou o contraditório e o direito à ampla defesa.

- A valoração motivada de provas e indícios fortes desfavoráveis ao acusado, com rejeição justificada dos elementos apresentados e suscitados pela defesa, inviabiliza o acolhimento da tese de que a decisão proferida no processo administrativo disciplinar é contrária ao conjunto probatório.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.008287-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: R.M.P.C. - Apelado: 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 6 de agosto de 2009. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

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

A sentença de f. 828/834-TJ julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial, visando à anulação do ato de demissão do autor, sua reintegração ao serviço público, com os respectivos direitos e vantagens, e ao recebimento dos vencimentos de demais verbas do período em que ficou afastado do exercício do cargo público.

O recorrente diz que a decisão final proferida no processo administrativo disciplinar, que ensejou sua demissão, foi injusta e contrária aos elementos produzidos, uma vez que não ficou provado o delito que lhe foi atribuído. Afirma a possibilidade do controle de mérito dos atos administrativos punitivos pelo Poder Judiciário, inclusive sobre os aspectos da proporcionalidade e da razoabilidade. Aduz que seus acusadores no processo administrativo se retrataram e que nada presenciaram em desabono à sua conduta funcional. Pede a reforma da sentença e a consequente procedência do pedido inicial (f. 489/502-TJ).

Extrai-se dos autos que ao apelante, que exercia o cargo de carcereiro da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, foi aplicada a pena de demissão, por transgressão disciplinar de natureza grave, nos termos do art. 158, II, da Lei Estadual nº 5.406/69 (f. 26-TJ).

A decisão administrativa impugnada se baseou em relatórios fundamentados do processo administrativo instaurado contra o recorrente, que lhe imputaram a prática de transgressão grave, consistente em indícios fortes de subtração de peças no depósito de veículos em que estava lotado para o exercício de suas funções.

Não se alega nem se demonstra a falta de observância das garantias do contraditório e da ampla defesa no referido processo disciplinar.

Não se verifica, também, que no processo criminal a absolvição do apelante decorreu de conclusão sobre a inexistência da autoria a ele imputada.

De acordo com a decisão reproduzida às f. 322/324-TJ, o recorrente foi absolvido por insuficiência das provas para determinar certeza do seu efetivo concurso para a prática do delito.

A absolvição criminal do apelante ocorreu com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal e não tem repercussão na esfera administrativa.

Saliento que não há impossibilidade de instauração concomitante de ação penal e de procedimento administrativo disciplinar para apuração e punição em torno do mesmo fato nem de decisões, em cada âmbito, com resultados diferentes, porquanto as esferas de responsabilização penal e administrativa são independentes, bem como suas motivações e consequências.

As sanções penais e administrativas consubstanciam providências autônomas pela prática de ilegalidade por servidor público (STF - MS 22155/GO, Relator o Ministro Celso de Mello, *DJ* de 24.11.2006, p. 64):

> [...] As decisões emanadas do Poder Judiciário não condicionam o pronunciamento censório da Administração Pública nem lhe coarctam o exercício da competência disciplinar, exceto nos casos em que o juiz vier a proclamar a inexistência de autoria ou a inocorrência material do próprio fato, ou, ainda, a reconhecer a configuração de qualquer das causas de justificação penal. - O exercício do poder disciplinar, pelo Estado, não está sujeito ao prévio encerramento da *persecutio criminis* que venha a ser instaurada perante

órgão competente do Poder Judiciário. As sanções penais e administrativas, qualificando-se como respostas autônomas do Estado à prática de atos ilícitos cometidos pelos servidores públicos, não se condicionam reciprocamente, tornando-se possível, em consequência, a imposição da punição disciplinar, independentemente de prévia decisão da instância penal.

No mesmo sentido:

Mandado de segurança. Servidor público. Demissão após processo administrativo disciplinar. Legalidade da punição. Aplicação do art. 41, § 1°, da Constituição Federal c/c art. 132, I, IV, X e XI, da Lei 8.112/90. - 1. A materialidade e a autoria dos fatos ilícitos deverão ser apuradas em processo administrativo disciplinar regular, assegurando ao imputado a ampla defesa e o contraditório. - 2. A Administração deverá aplicar ao servidor comprovadamente faltoso a penalidade cabível, na forma do art. 41, § 1°, da Constituição Federal c/c com o art. 132, I, IV, X e XI, da Lei n° 8.112/90. - 3. Inexistência de agressão a direito líquido e certo do impetrante, uma vez que as decisões estão em perfeita consonância com a norma legal aplicada. - 4. A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório, pois a aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe da conclusão dos processos civis e penais, eventualmente instaurados em razão dos mesmos fatos. - 5. Segurança indeferida (MS n° 21705/SC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, *DJ* de 16.04.1996).

Logo, neste caso, a absolvição do recorrente no processo criminal não se transfere ao procedimento administrativo disciplinar, que foi regularmente instaurado e concluído.

Como salientado acima, a decisão administrativa impugnada está motivada nos dados do processo disciplinar, inclusive para rejeitar a sugestão de um dos membros da Comissão Processante, que opinou pela absolvição do recorrente, ao entendimento de que, a despeito dos indícios, sua participação nos fatos investigados não ficou cabalmente apurada (f. 305/309-TJ).

Nos fundamentos do ato conclusivo do processo administrativo, o Corregedor-Geral de Polícia indicou os elementos que determinaram seu convencimento sobre a participação do apelante na prática delituosa e rejeitou motivadamente os depoimentos de retratação invocados pela defesa, por sugerirem a prática de falso testemunho (f. 310-TJ).

Logo, a valoração fundamentada de provas e indícios fortes desfavoráveis ao acusado, com rejeição justificada dos elementos apresentados e suscitados pela defesa, torna inviável a assimilação da tese de que a decisão administrativa é contrária ao conjunto probatório do processo disciplinar.

Em situações da espécie, o ato administrativo enseja censura somente quando manifesta a falta de vinculação entre sua fundamentação e suas consequências.

Portanto, subsiste a conclusão da decisão de primeiro grau.

Nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ FRANCISCO BUENO e AUDEBERT DELAGE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Cédula de produto rural financeira - Título executivo extrajudicial - Execução definitiva - Embargos à execução - Não interposição - Levantamento dos valores penhorados - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Cédula de produto rural financeira. Título executivo extrajudicial. Execução definitiva. Não interposição de embargos à execução. Levantamento dos valores penhorados. Possibilidade.

- A execução fundada em título extrajudicial é definitiva, mormente se não foram interpostos os competentes embargos à execução, conforme o disposto no art. 587 do CPC e na Súmula 317 do STJ, sendo possível o levantamento dos valores penhorados, ainda que pendente de julgamento uma ação de declaratória interposta pelo executado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 1.0040.05.030533-9/001 - Comarca de Araxá - Agravante: Minas Safra Ltda. - Agravado: Cláudio Roberto Fuentes Fernandes - 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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2009. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOMINGOS COELHO - Trata a espécie *sub examine* de agravo de instrumento intentado por Minas Safra Ltda., em face da decisão de f. 18-TJ, proferida pelo ilustre Colega da 1ª Vara Cível da Comarca de Araxá, que indeferiu o pedido de levantamento da quantia penhorada, nos autos da ação de execução por título extrajudicial aviado em desfavor de Cláudio Roberto Fuentes Fernandes.

Em suas razões de inconformismo, aduz o agravante que se trata de execução de cédula de produto rural financeira, títulos líquidos, certos e exigíveis, que não foi impugnada pela via adequada, quais sejam os embargos à execução.

Afirma que, regularmente citado, o executado/agravado não pagou o débito e deixou transcorrer *in albis* o prazo para a interposição dos embargos, nem tampouco se manifestou acerca da conversão do arresto em penhora ou do pedido formulado pela agravante para que prosseguisse a execução.

Assevera que requereu a liberação dos valores penhorados, sendo o pedido indeferido pelo d. Julgador de primeiro grau, ao argumento de que o provimento poderia ser irreversível e de que a dívida estava sendo discutida em juízo através da ação declaratória que corre em apenso ao feito executivo.

Alega que, de acordo com o art. 585, § 1º, do CPC, o ajuizamento de ação relativa ao débito não obsta a execução do título de crédito, já que ele goza de presunção de legitimidade, e que, segundo o art. 586, é definitiva a execução fundada em título extrajudicial.

Por fim, informa que a ação proposta pelo agravado (ação declaratória) discute apenas a cláusula de garantia, de modo que seu julgamento não influenciará no *quantum* devido, e, ainda, que tal ação foi abandonada pelo agravado desde abril de 2005.

Às f. 94/95-TJ, não foi concedida a tutela recursal buscada.

Intimado, o agravado não compareceu aos autos, deixando transcorrer *in albis* o prazo para defesa.

Recurso próprio, tempestivo e regularmente preparado.

Presentes os pressupostos de admissibilidades recursais e ausentes preliminares a serem analisadas, passo ao exame do mérito.

Trata a espécie *sub examine* de agravo de instrumento intentado por Minas Safra Ltda., em face da decisão de f. 18-TJ, proferida pelo ilustre Colega da 1ª Vara Cível da Comarca de Araxá, que indeferiu o pedido de levantamento da quantia penhorada, nos autos da ação de execução por título extrajudicial aviado em desfavor de Cláudio Roberto Fuentes Fernandes.

Em suas razões de inconformismo, aduz o agravante que se trata de execução de cédula de produto rural financeira, títulos líquidos, certos e exigíveis, que não foi impugnada pela via adequada, quais sejam os embargos à execução.

Afirma que, regularmente citado, o executado/agravado não pagou o débito e deixou transcorrer *in albis* o prazo para a interposição dos embargos, nem tampouco se manifestou acerca da conversão do arresto em penhora ou do pedido formulado pela agravante para que prosseguisse a execução.

Assevera que requereu a liberação dos valores penhorados, sendo o pedido indeferido pelo d. Julgador de primeiro grau, ao argumento de que o provimento poderia ser irreversível e a dívida estava sendo discutida em juízo através da ação declaratória que corre em apenso ao feito executivo.

Alega que, de acordo com o art. 585, § 1º, do CPC, o ajuizamento de ação relativa ao débito não obsta a execução do título de crédito, já que o mesmo goza de presunção de legitimidade, e que, segundo o art. 586, é definitiva a execução fundada em título extrajudicial.

Por fim, informa que a ação proposta pelo agravado (ação declaratória) discute apenas a cláusula de garantia, de modo que seu julgamento não influenciará no *quantum* devido, e, ainda, que tal ação foi abandonada pelo agravado desde abril de 2005.

Às f. 94/95-TJ, não foi concedida a tutela recursal buscada.

Intimado, o agravado não compareceu aos autos, deixando transcorrer *in albis* o prazo para defesa.

Recurso próprio, tempestivo e regularmente preparado.

Ab initio, cumpre ressaltar que a cédula de produto rural financeira é título regulado pelo art. 4º-A da Lei 8.929, de 22 de agosto de 1994, representativo de uma obrigação em dinheiro, cujo valor exato será apurado mediante o resultado da multiplicação do preço unitário do produto especificado pela quantidade descrita no contrato.

Como se vê, trata-se de uma variação da cédula de produto rural, em que o mutuário recebe valores da instituição financeira para pagar posteriormente com produtos agrícolas *in natura*.

As condições para a emissão desse título de crédito são: o dever de constar em seu corpo a identificação do preço ou do índice de preços a ser utilizado quando do seu resgate; a instituição responsável por sua apuração ou divulgação; a praça ou o mercado de formação do preço e o nome do índice.

A legislação que a rege não deixa dúvidas quanto à sua natureza, conforme se extrai dos §§ 1º e 2º do art. 4º-A da Lei 8.929, de 22 de agosto de 1994:

> § 1º - A CPR com liquidação financeira é um título líquido e certo, exigível, na data de seu vencimento, pelo resultado da multiplicação do preço, apurado segundo os critérios previstos neste artigo, pela quantidade do produto especificado.
> § 2º - Para cobrança da CPR com liquidação financeira, cabe ação de execução por quantia certa.

Assim, verificando-se tratar a questão de execução baseada em título executivo extrajudicial, é de se concluir que é ela definitiva, conforme expressa dicção do art. 587 do CPC.

Pois bem.

Executar é realizar, é concretizar, por via judicial, aquilo que o Estado conhece e reconhece como rea-

lizável forçosamente, não sendo simplesmente o cumprimento da sentença, mas a sua atuação posterior, a fim de tornar efetiva a decisão condenatória exequível ou a sua participação para entrar na esfera patrimonial do condenado ou do obrigado, para daí retirar bens suficientes a atender ao enunciado sentencial.

No caso dos autos, como já expendido, a execução promovida é definitiva, visto que fundada em título executivo extrajudicial, sendo que o fato de estar correndo em apenso uma ação declaratória não induz a impossibilidade de os atos expropriatórios dos bens penhorados seguirem ate o final.

Isso porque o executado, conforme se infere da certidão de f. 54-TJ, não obstante regularmente citado da execução e da conversão do arresto em penhora, deixou transcorrer *in albis* o prazo para oposição dos embargos à execução, ensejando a meu ver a possibilidade de levantamento da quantia penhorada, com fulcro no art. 709, I, do CPC.

Ora, a simples interposição da ação declaratória pelo executado, com a devida vênia do d. Julgador de primeiro grau, não tem o condão de impedir o credor/exequente de continuar na execução, salvo se for obtida a tutela antecipatória suspendendo a exigibilidade do crédito consubstanciado no título controvertido judicialmente, como estabelecido no art. 585, § 1°, do CPC.

No caso em espeque, conforme constatei após consulta ao *site* oficial deste e. Tribunal de Justiça (www.tjmg.jus.br), a tutela antecipatória capaz de obstar o prosseguimento da execução não foi concedida, autorizando assim a regular sequência dos atos executivos até a sua conclusão.

Quanto à definitividade da execução, ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que:

> Quando iniciada a execução, por título judicial transitado em julgado ou por título extrajudicial, é sempre definitiva. Iniciada definitiva não se transmuda em provisória, nem pela oposição de embargos do devedor, nem pela interposição de recurso contra sentença que julgar improcedentes os embargos ou rejeitá-los liminarmente (CPC 520 V). É que a sentença transitada em julgado e o título extrajudicial têm plena eficácia executiva e gozam de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade. Com a rejeição liminar ou a improcedência dos embargos, essa presunção resta reforçada e confirmada, de sorte que a execução deve prosseguir sem a suspensividade operada pela oposição dos embargos e/ou pela interposição de recurso recebido apenas no efeito devolutivo. Provido o recurso, resolve-se em perdas e danos em favor do devedor. (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 6. ed. Ed. Revista dos Tribunais, p. 965.)

Dessarte, não há falar em impossibilidade de prosseguimento da execução enquanto não houver julgamento da ação declaratória, sendo possível, portanto, o levantamento da quantia penhorada.

Nesse sentido, é o posicionamento deste e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Caráter definitivo. Levantamento de depósito judicial. Possibilidade.
> - Em sendo definitiva a execução por título extrajudicial, ainda que pendente de julgamento, os embargos opostos, conforme o disposto no art. 587 do CPC e na Súmula 317 do STJ, não há como obstar a pretensão do agravante de levantamento do valor depositado em juízo sem a prestação de caução, já que esta somente poderá ser exigida, nos casos de execução provisória. Inteligência do art. 475-O, III, do CPC, acrescido pela Lei 11.232, de 22.11.2005. (Agravo de Instrumento 1.0145.02.006039-1/002, Rel. Des. Wagner Wilson, 15ª Câmara Cível, j. 12.04.07.)

Dessarte, em razão do exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão primeva e determinar a expedição de alvará de levantamento da quantia penhorada.

Custas recursais na forma de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA e NILO LACERDA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Despejo - Arrendamento rural - Glebas arrendadas - Cláusula de especificação de extensão - Omissão contratual - Arrendatário - Confissão - Benfeitoria útil - Plantios e roçados - Retenção - Impossibilidade - Exploração com fins comerciais

Ementa: Apelação. Ação de despejo. Arrendamento rural. Omissão dos instrumentos contratuais sobre a extensão das glebas arrendadas. Confissão do arrendatário. Benfeitoria útil. Plantios e roçados. Retenção. Impossibilidade. Capital investido visando à exclusiva exploração comercial do arrendatário. Sentença mantida.

- Na ausência de estipulação, nos contratos de arrendamento firmados, de cláusula especificando a extensão das glebas de terras arrendadas, é válida, como elemento destinado ao livre convencimento motivado do magistrado, a confissão do arrendatário acerca da questão.

- Não há que se falar em direito de retenção, a título de benfeitoria útil, de plantios e roçados feitos pelo arrendatário, quando os mesmos foram feitos por este último visando unicamente à sua exploração com fins comerciais, retendo unicamente para si os frutos de tais culturas, deles excluído o arrendante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0040.05.035197-8/001 - Comarca de Araxá - Apelante: Joao D' Eluz - Apelada: Associaçao dos Colaboradores da Fosfertil/Ultrafertil/Acfertil - Relator: DES. ROGÉRIO MEDEIROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM INDEFERIR O PEDIDO DE SUSPENSÃO DA AÇÃO DE DESPEJO SUSCITADA NA TRIBUNA E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2009. - *Rogério Medeiros* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziram sustentação oral: pelo apelante, o Dr. Luiz Fernando Valladão Nogueira e, pela apelada, o Dr.Gustavo Capanema de Almeida.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Registro ter ouvido atentamente as brilhantes sustentações orais ora proferidas, bem como o recebimento e leitura dos memoriais oferecidos por ambas as partes.

Primeiramente, examino a matéria alegada da tribuna pelo ilustre procurador do apelante, referente ao pedido de suspensão do julgamento deste recurso, em virtude da existência de uma ação de usucapião em curso na comarca de origem, tendo por objeto o mesmo imóvel litigioso.

Entendo que esta matéria já foi examinada em despacho deste Relator, objeto de um agravo regimental não conhecido em julgamento colegiado. Mas, se as Senhoras Vogais entenderem ser cabível a reapreciação da matéria, estou, nesta oportunidade, reiterando *in totum* os fundamentos daquele despacho indeferitório já referido, porque entendo que o ajuizamento da ação de usucapião na comarca de origem, à undécima hora, é ato aparentemente protelatório, visto que a matéria nem sequer foi aduzida em defesa no curso da ação de despejo. E, de mais a mais, a prova coligida corrobora a existência de um arrendamento rural, o que retira o *fumus boni iuris* do autor em relação ao alegado usucapião.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Acompanho o ilustre Relator quanto ao indeferimento da suspensão do processo de despejo, considerando que a ação de usucapião só foi proposta após a iniciativa da apelada, quando já não havia posse mansa e pacífica do apelante, razão pela qual não é pertinente a suspensão deste processo.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Na esteira dos votos que me antecederam, fazendo deles meus argumentos, também rejeito a preliminar aduzida.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Versam os autos sobre recurso de apelação interposto por João D´Eluz, já qualificado, contra a r. sentença monocrática de f. 386/392, que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de despejo, proposta por Associação dos Colaboradores da Fosfértil/Ultrafértil/Acfertil, reconhecendo ao apelante, contudo, o direito de retenção por benfeitorias necessárias e úteis que realizou no imóvel arrendado.

Alega o apelante, em f. 404/423, em síntese: que a r. sentença de mérito ora vergastada determinou a retomada, em favor da apelada, de uma área de 198,039 ha, quando o correto seria a devolução de uma área de apenas 2.500 m^2; que o que excede da área que deve ser restituída à apelada não é objeto do contrato de arrendamento firmado entre as partes litigantes; que o contrato de arrendamento rural de f. 80/83 diz respeito a uma área de apenas 2.500 m^2; que os contratos de arrendamento posteriormente firmados não tratam da extensão da área neles locada; que os depoimentos das testemunhas ouvidas nos autos confirmam que a área arrendada era de apenas 2.500 m^2; que a área excedente a esses 2.500 m^2 está ocupada pelo apelante a título de posse *ad usucapionem*; que a apelada abandonou a área em questão, que passou a ser cuidada pelo apelante, não só aquela objeto do contrato, mas também a área maior; que a área excedente aos 2.500 m^2, por ser usada a título de posse *ad usucapionem*, não poderia ser objeto de despejo; que o ilibado Juízo *a quo* não incluiu no valor das benfeitorias a serem indenizadas pela apelada diversas outras melhorias feitas pelo apelante no imóvel.

É o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Compulsando os autos em epígrafe, vejo que não cabe razão ao apelante em sua irresignação em relação à r. sentença de mérito ora vergastada. Senão, vejamos.

Tendo sido superada no transcorrer do feito em epígrafe e não restando dúvida de que o apelante deve deixar o imóvel arrendado, haja vista não convir mais à apelada a continuação do arrendamento, cumpre analisar a questão seminal da verdadeira área arrendada ao apelante, é dizer, se a mesma tem a extensão de 2.500m^2 ou de 198 ha.

Observo, de plano, que o recurso do apelante se alicerça, em sua primeira parte, na alegação de que o arrendamento rural firmado com a apelada se restringe apenas à área de 2.500m^2, servindo de prova, para tanto, o contrato de locação carreado às f. 80/83, datado de 01.11.1984.

Ocorre que a validade de tal contrato foi ilidida pela apelada, que alegou não havê-lo assinado, circunstância esta que recoloca tal questão em suspenso.

Os demais instrumentos contratuais carreados aos autos em epígrafe não indicam qual o tamanho da área arrendada à apelada.

O douto perito, em seu laudo de f. 196/204, ao ser indagado sobre tal questão ("Quesitos Suplementares do Requerido", nº 2, f. 203/204), informou não ter condição de responder a tal indagação.

As provas testemunhais são contraditórias, como seria de se esperar, apontando ora no sentido de que a área arrendada é de 198 ha, ora de 2.500m^2.

Restou, *in casu*, o depoimento pessoal do apelante, e nele consta, *verbis*:

> que realmente ocupa as quatro glebas de terras mostradas no mapa de f. 219; que a região mostrada pelo mapa é conhecida como área do Ribeirão do Inferno; que a área pertence à Fosfértil, sendo que o comodato envolve toda a propriedade da Fosfértil situada em Tapira e Sacramento; que na área do Córrego do Inferno, região onde o réu ocupa terras da autora, apenas as aludidas quatro glebas é que pertencem à associação autora (f. 316).

Ora, como bem fundamentado na r. decisão de mérito monocrática - não olvidando as considerações feitas nos parágrafos antecedentes -, em face de tal declaração do apelante, à míngua de outras provas eloquentes que militem em sentido contrário, só se pode concluir que o apelante arrendou toda a área junto à apelada - não importa se mediante contrato escrito ou verbal -, devendo, pois, restituir toda a área, é dizer, os 198 ha por ele ocupados, não havendo, pois, que se falar em devolver apenas 2.500m^2.

Portanto, não há reprimenda a ser feita à judiciosa sentença de mérito singular, sendo, aliás, de bom alvitre dela reproduzir os seguintes excertos:

> Diante de tudo isso, estou certo de que as partes contrataram o arrendamento das terras dadas em comodato pela Fosfértil S. A. à autora, existentes na região do Córrego do Inferno.
> Note-se que não foi feita nenhuma restrição. O objeto dos contratos é a área dada em comodato à autora pela Fosfértil. Se não foi feita nenhuma ressalva, concluo que a autora arrendou todo o terreno de que dispunha na região do Córrego do inferno ao autor.
> Em seu depoimento pessoal, o réu confessou que em toda a região do Córrego do inferno a área pertencente à Fosfértil são aquelas quatro glebas que ele ocupa. [...]
> Portanto, se o objeto dos contratos é toda a área pertencente à Fosfértil situada na região do Córrego do Inferno, tendo o réu confessado que inexistem naquela região outras áreas da mesma, estou certo de que o objeto da contratação é exatamente o conjunto das quatro glebas em questão (f. 389).

Quanto à questão das benfeitorias relativas a plantações e cercas e aramados, arguida pelo apelante, vejo que melhor sorte também não lhe resta nessa sua pretensão.

O laudo pericial de f. 196/204 ("Quesitos da Requerente", nº 4, f. 200/201) relacionou todas as benfeitorias úteis e necessárias feitas pelo apelante no local, e o item nº 08 desse mesmo quesito avaliou, igualmente, todas elas.

Pois bem. Entendo, em face da prova pericial produzida nos autos, que, mais uma vez, se houve com acerto o ilibado Magistrado *a quo* acerca de tal tópico.

Não há que dizer que as plantações e roçados feitos pelo apelante nas glebas que arrendou possam lhe ser indenizadas à guisa de benfeitorias; em primeiro lugar, porque não há prova conclusiva nos autos de que tais culturas resultam do trabalho do apelante ou se já existiam no local, ainda que de forma degradada; e, em segundo, porque, mesmo que assim não fosse, resta evidente que tais plantios resultam apenas e tão somente de investimentos feitos pelo apelante, com o desiderato de explorar comercialmente o imóvel do qual era arrendatário, não provindo de tais investimentos quaisquer ganhos que tenham sido auferidos pela apelada.

Este Sodalício já se manifestou sobre a questão:

> Ementa: Apelação. Reintegração de posse. Posse de má-fé. Ausência de benfeitorias necessárias. Retenção. Indenização. Impossibilidade.
> - Em conformidade com o art. 1.220 do Código Civil de 2002, o possuidor de má-fé apenas tem direito ao ressarcimento das benfeitorias necessárias, mas não a retenção da coisa até que o crédito seja pago pelo retomante.
> - Não há que se falar em indenização quando, além de a posse ter sido exercida de má-fé, as benfeitorias necessárias realizadas somente atenderem aos interesses dos possuidores (TJMG, AC nº 1.0363.02.009183-3/002(1), 17ª Câmara Cível, Rel. Irmar Ferreira Campos, j. em 31.01.2008, p. 22.02.2008).

Em relação à questão da cerca e dos aramados, transcrevo o seguinte excerto, existente no laudo pericial supracitado, que trata da questão ("Quesitos da Requerente", nº 7), não olvidando que as mesmas não foram arroladas como benfeitorias necessárias ou úteis feitas pelo apelante:

> 7 - Pode o Sr. Perito informar se a Fosfértil é quem faz a construção e manutenção das cercas que dividem as áreas referidas na inicial? 'Não consegui subsídios para responder a esta pergunta' (f. 201).

Ora, não tendo o apelante comprovado ter feito a construção e a manutenção das cercas existentes no imóvel em comento, não há como dar guarida ao seu pleito de ser indenizado pelas mesmas e, muito menos, de retê-lo, a esse título.

Pelos motivos expostos até aqui, nego provimento à apelação de f. 405/422, mantendo a r. sentença monocrática de f. 386/392, por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a sua exigibilidade por estar o mesmo litigando sob o pálio da gratuidade da justiça.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Recebi memorial da apelada e ouvi com atenção as sustentações orais produzidas da tribuna. Acompanho o Relator para, também, negar provimento ao recurso.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Ouvi com a devida atenção as sustentações orais feitas da tribuna e recebi memorial da lavra do Dr. Gustavo Capanema de Almeida e, quanto ao mérito, acompanho na íntegra o voto do Relator.

Súmula - INDEFERIRAM O PEDIDO DE SUSPENSÃO DA AÇÃO DE DESPEJO SUSCITADA NA TRIBUNA E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Execução - Imóvel - Bem de família - Impenhorabilidade - Hipoteca em favor de outro credor - Renúncia ao benefício - Não ocorrência - Residência de pais e irmãos do executado - Entidade familiar

Ementa: Processual civil. Execução. Impenhorabilidade de imóvel. Bem de família. Existência de hipoteca em favor de outro credor. Renúncia ao benefício. Inocorrência. Residência dos pais e irmão do executado. Entidade familiar.

- A ressalva prevista no art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90 aplica-se, tão somente, à hipótese de execução da hipoteca que recai sobre o bem de família dado em garantia real.

- Está comprovado que o imóvel em questão constitui bem de família, mesmo porque o fato de a agravante ter trocado de residência com seu sogro, fato este que restou suficientemente comprovado nos autos, não afasta o benefício da impenhorabilidade, uma vez que a destinação do imóvel é a residência da entidade familiar.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0026.09.036864-3/001 - Comarca de Andradas - Agravante: Liovanda da Silva Basso - Agravado: Sebastião Ângelo Ribeiro - 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 f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 1º de setembro de 2009. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Liovanda da Silva Basso em face da decisão de f. 34/39, TJ, que, nos autos da ação de execução de título executivo extrajudicial, ajuizada por Sebastião Ângelo Ribeiro em face de Luis Carlos Basso, não acolheu a alegação da agravante de que o imóvel constrito constitui bem de família e designou a realização de hasta pública.

Irresignada, suscita a agravante a preliminar de cerceamento de defesa, sob o fundamento de que a d. Juíza *a quo* não oportunizou a produção de provas sobre a condição de bem de família do imóvel.

No mérito, sustentou que o imóvel constrito é o único bem de residência da agravante e de sua família, revelando-se essencial para o bom e regular desenvolvimento da atividade familiar. Asseverou que não sabia que a situação da família se complicaria a ponto de não ter como saldar as dívidas, quando deu o imóvel em garantia.

Esclareceu, ainda, que o fato de não residir no imóvel constrito justifica-se pelo fato de ter "trocado de residência" com seu sogro, indo "um morar na casa do outro", a fim de proporcionar melhor condição de vida para o cunhado e a sogra da agravante, que tem deficiências físicas e dificuldade de locomoção.

Pugna, ao final, para que seja dado provimento ao agravo, para que seja declarado bem de família o imóvel constrito.

À f. 56, foi indeferido o pedido de concessão de antecipação de tutela recursal.

Regularmente intimado, o agravado apresentou contraminuta, pugnando, em síntese, pelo desprovimento do recurso e manutenção da decisão agravada.

Conheço do recurso, visto que aviado segundo os legais pressupostos de admissibilidade.

Preliminar - cerceamento de defesa.

Suscita a agravante a ocorrência de cerceamento de defesa, ao fundamento de que a d. Magistrada primeva não teria lhe oportunizado a produção de provas sobre a condição de bem de família do imóvel constrito.

Entendo, porém, que tal preliminar não merece acolhida.

Isso porque, consoante se extrai da petição de f. 29/30, TJ, na qual a agravante interveio na ação de execução para requerer a declaração do imóvel constrito como bem de família, não há qualquer requerimento de produção de qualquer tipo de prova.

Assim, não vislumbro o porquê da alegação de cerceamento de defesa, se a agravante não requereu sequer produção de provas.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Mérito.

Infere-se dos autos que se trata de execução de título executivo extrajudicial, fundada em nota promissória, ajuizada por Sebastião Ângelo Ribeiro, em face de Luis Carlos Basso, na qual foi penhorado o imóvel descrito no auto de penhora de f. 22, TJ, de propriedade do executado.

Inconformada com a penhora do imóvel, a Sr.ª Liovanda da Silva Basso, esposa do executado e ora agravante, manifestou-se nos autos da execução, f. 29/30, TJ, pugnado pela declaração da impenhorabilidade do imóvel constrito, por ser o mesmo bem de família.

O d. Juiz *a quo* indeferiu o pleito da Sr.ª Liovanda, escorado no seguinte fundamento:

> Quanto à alegada impenhorabilidade do bem imóvel, tem-se que aí melhor sorte não se reserva à virago. A um, porque, como bem assentado pelo exequente, o endereço de localização do imóvel (f. 17), diverge daquele informado no preâmbulo da inicial, e para o qual foram endereçadas as devidas intimações - todas satisfeitas, registre-se; e, a dois, porque, consoante informações enfeixadas nos autos, o executado ofereceu o bem em questão para satisfazer outra obrigação (f. 36, TJ).

Com efeito, o Sr. Luis Carlos Basso e a Sr.ª Liovanda da Silva Basso averbaram, na matrícula do imóvel penhorado, "Escritura Pública de Confissão de Dívida com Garantia Hipotecária" em favor do Sr. José Fernandes, consoante se extrai do documento de f. 26/27, TJ.

Inclusive, em razão desta averbação, o referido imóvel foi penhorado nos autos do Processo nº 0026.08.032479-6, em que figura como exequente o Sr. José Fernandes, credor hipotecário, e como executado o Sr. Luis Carlos Basso (f. 20, TJ).

Verifica-se, portanto, que a garantia real que recaiu sobre o imóvel provém de dívida diversa daquela que se executa nos presentes autos.

Assim, o fato de o imóvel ter sido dado em garantia hipotecária para o Sr. José Fernandes, por si só, não lhe retira a impenhorabilidade decorrente da Lei nº 8.009/90, que permanece com relação às demais dívidas.

É que, como é cediço, a ressalva prevista no art. 3º, V, da Lei nº 8.009/90 aplica-se, tão somente, à hipótese de execução da hipoteca que recai sobre o bem de família dado em garantia real. Dispõe o referido artigo:

> Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
> [...]
> V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

Nesse sentido, é a jurisprudência consolidada do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Direito processual civil. Recurso especial. Medida cautelar inominada. Bem de família. Contracautela. Impenhorabilidade.
> - O STJ tem julgado com os olhos fitos na intangibilidade as hipóteses restritivas da impenhorabilidade do bem de família enumeradas no art. 3º da Lei nº 8.009/90.
> - A ressalva prevista no art. 3º, inc. V, da referida lei limita-se à execução hipotecária, admitindo, apenas nessa modalidade constritiva, a penhora do bem de família sobre o qual recaiu a hipoteca. Não há de se falar em afastamento do privilégio legal na execução de outras dívidas, que não aquela garantida pelo gravame hipotecário.
> - A regra processual de prestação de caução real ou fidejussória (art. 804 do CPC) não implica renúncia à proteção legal da impenhorabilidade do bem de família.
> Recurso especial não conhecido (REsp 660.868/SP - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma - julgado em 28.06.2005 - *DJ* de 1º.08.2005, p. 451).

> Processual civil. Execução. Embargos. Impenhorabilidade de imóvel. Bem de família. Existência de hipoteca em favor de outro credor. Desfiguração da natureza não verificada. Contexto probatório investigado e discutido pelo acórdão estadual. Nulidade não verificada. Documento sem autenticação. Aproveitamento relativo. Possibilidade, nas circunstâncias do caso. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula nº 7-STJ.
> I. Acórdão que não padece de nulidade, eis que enfrentou, de forma suficiente e fundamentada, as questões controvertidas, apenas com conclusão desfavorável ao interesse da parte.
> II. O imóvel que serve de residência à entidade familiar é impenhorável, salvo as exceções legais, e estritamente em seu contexto, o que importa dizer que, se o bem foi dado em hipoteca para outro credor, tal circunstância somente permite a constrição na execução daquela dívida específica (Lei n. 8.009/90, art. 3º, V), não se estendendo a outras, como no caso dos autos, em que remanesce o princípio geral da impossibilidade da penhora.
> III. Caso em que, não obstante a ausência de autenticação na documentação apresentada, não restou configurada contradição em seu conteúdo, corroborado que foi por diligência realizada pelo Oficial de Justiça, no tocante à utilização do imóvel como bem de família.
> IV. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula nº 07 do STJ).
> V. Recurso especial não conhecido (REsp 217.438/SP - Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior - Quarta Turma - julgado em 12.03.2002 - *DJ* de 20.05.2002, p. 144).

Assim, considerando-se que o imóvel em análise foi dado em garantia real de outra dívida, diversa daquela que se executa nos presentes autos, que é fundada em título de crédito - nota promissória, não se pode dizer que para a presente execução está afastada a impenhorabilidade do bem.

Dessa feita, contrariamente ao que entendeu o d. Magistrado *a quo*, *data maxima venia*, a impenhorabili-

dade do imóvel não pode ser afastada, tão somente, por ter o executado oferecido o bem em questão para satisfazer outra obrigação.

É necessário, porém, verificar se o imóvel sob análise pode ser classificado como bem de família, para os fins de declarar a sua impenhorabilidade.

Afirmou a agravante, em suas razões recursais, que o imóvel penhorado é o único bem de residência seu e de sua família, configurando-se essencial para o bom e regular desenvolvimento da entidade familiar, esclarecendo, ainda, que não reside no mesmo em razão de ter "trocado de residência" com seu sogro, para proporcionar melhor qualidade de vida para sua sogra e seu cunhado que sofrem de deficiências físicas.

Compulsando os autos, verifico que foi juntada a certidão de registro do imóvel penhorado, f. 26/27, TJ, o que comprova que o bem penhorado é de propriedade da agravante e de seu cônjuge.

Foram juntados, também, os documentos de f. 47/50, TJ, que comprovam que o imóvel situado na Rua Maria da Glória Lacerda de Andrade, 44, Jardim da Mantiqueira, CEP: 37795-000, Andradas/MG, endereço onde foram realizadas as intimações do executado, pertence ao Sr. Bruno Basso, pai do executado e sogro da ora agravante.

Há nos autos, ainda, atestados médicos, f. 45/46, TJ, que comprovam que a sogra e o cunhado da agravante têm dificuldades de locomoção.

Ademais, a alegação da agravante de que o imóvel penhorado constitui bem de família não foi infirmada pelo agravado quando da apresentação de contrarrazões, tendo sido afirmado, naquela oportunidade, que "consigna o agravado desimportar, no caso vertente, o fato de familiares do varão da agravante, doentes ou não, utilizar o imóvel como residência (f. 61)".

Assim, o agravado não impugnou a afirmação da agravante de que o bem discutido configura bem de família, limitando-se a asseverar que "o que aqui pesa é o fato da expressa e inequívoca renúncia à impenhorabilidade legal (f. 61)".

Contudo, conforme já esclarecido por este Relator, não restou configurada, na hipótese, a renúncia à impenhorabilidade legal.

Portanto, a meu inteligir, está comprovado que o imóvel em questão constitui bem de família, mesmo porque o fato de a agravante ter trocado de residência com seu sogro, fato este que restou suficientemente comprovado nos autos, não afasta o benefício da impenhorabilidade, uma vez que a destinação do imóvel é a residência da entidade familiar.

Decidiu o STJ em caso semelhante:

> Execução fiscal. Impenhorabilidade do bem de família. Imóvel objeto da penhora. Residência da genitora e do irmão do executado. Entidade familiar.
>
> I - Conforme consignado no v. acórdão, o imóvel objeto da penhora serve de moradia ao irmão e à genitora do recorrido-executado, sendo que este mora em uma casa ao lado, a qual não lhe pertence, pois a casa de sua propriedade, objeto da penhora em questão, não comporta a moradia de toda a sua família.
>
> II - O fato de o executado não morar na residência que fora objeto da penhora não tem o condão de afastar a impenhorabilidade do imóvel, sendo que este pode estar até mesmo alugado, porquanto a renda auferida pode ser utilizada para que a família resida em outro imóvel alugado ou, ainda, para a própria manutenção da entidade familiar. Precedentes, dentre outros: AgRg no Ag nº 902.919/PE, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 19.06.2008; REsp nº 698.750/SP, Rel.ª Min.ª Denise Arruda, *DJ* de 10.05.2007.
>
> III - No que toca à presença da entidade familiar, destaque-se que o recorrido mora ao lado de seus familiares, restando demonstrada a convivência e a interação existente entre eles.
>
> IV - Outrossim, é necessário esclarecer que o espírito da Lei nº 8.009/90 é a proteção da família, visando resguardar o ambiente material em que vivem seus membros, não se podendo excluir *prima facie* do conceito de entidade familiar o irmão do recorrido, muito menos sua própria genitora. Precedentes: REsp nº 186.210/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* de 15.10.2001; REsp nº 450.812/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* de 03.11.2004; REsp nº 377.901/GO, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 11.04.2005.
>
> V - Desse modo, tratando-se de bem imóvel do devedor em que residem sua genitora e seu irmão, ainda que nele não resida o executado, deve ser aplicado o benefício da impenhorabilidade, conforme a melhor interpretação do que dispõe o artigo 1º da Lei 8.009/90.
>
> VI - Recurso especial improvido (REsp 1095611/SP - Relator: Ministro Francisco Falcão - Primeira Turma - julgado em 17.03.2009 - *DJe* de 1º.04.2009).

Com essas considerações e atento à melhor interpretação do art. 1º da Lei nº 8.009/90, dou provimento ao recurso para declarar impenhorável o imóvel descrito na certidão de f. 26/27, TJ, por ser o mesmo bem de família.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GERALDO AUGUSTO e VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

...

Ação ordinária de anulação - Processo administrativo disciplinar - Alcoolismo - Inassiduidade habitual ao trabalho - Demissão - Impossibilidade - Patologia configurada - Tratamento terapêutico - Nulidade do ato

Ementa: Administrativo. Ação ordinária de anulação. Processo administrativo disciplinar. Inassiduidade habi-

tual. Decorrente de alcoolismo. Demissão. Impossibilidade. Patologia configurada. Tratamento terapêutico. Nulidade do ato. Confirmação da sentença.

- Tendo sido comprovado o estado patológico do servidor decorrente de dependência alcoólica, o mesmo deve ser encaminhado a tratamento médico, descabendo sua demissão através de "inquérito administrativo" pelo fundamento equivocado da inassiduidade habitual.

- Constatada a nulidade do ato administrativo, impõe-se a confirmação da sentença que determinou a imediata reintegração do servidor municipal e o pagamento de todos os vencimentos e vantagens relativos ao período do afastamento.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0324.07.055565-5/001 - Comarca de Itajubá - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Itajubá - Autor: J.C.N. - Réu: Município de Itajubá - 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, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 7 de julho de 2009. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARMANDO FREIRE - Trata-se de reexame necessário da sentença proferida na ação anulatória de ato administrativo, ajuizada por J.C.N. em face do Município de Itajubá, que consistiu em julgar procedente o pedido inicial para anular o ato administrativo de demissão do autor e, em consequência, determinar sua imediata reintegração no respectivo cargo, com os vencimentos e direitos a ele inerentes, desde o início do afastamento.

Na inicial, o autor afirmou que foi demitido do serviço público em decorrência de suposta inassiduidade habitual. Sustentou que a Portaria nº 695/06 determinou a instauração de inquérito administrativo ao invés de processo administrativo disciplinar. Asseverou que houve inversão do rito do inquérito, o que teria tornado nulo o procedimento. Ressaltou que o alcoolismo foi o motivo das faltas apontadas e, por isso, não poderia ter sido demitido, mas submetido a tratamento médico, já que a doença é reconhecida pela Organização Mundial de Saúde. Requereu a antecipação de tutela para que fosse determinada sua recondução ao cargo anteriormente ocupado, e, se fosse o caso, seu encaminhamento para tratamento médico. No mérito, requereu que fosse declarada a nulidade do ato que o demitiu e determinada sua recondução ao cargo, bem como o apostilamento do período de desvinculação ilícita para contagem do tempo de trabalho para todos os efeitos jurídicos, e, ainda, o pagamento das remunerações que deixou de receber desde o afastamento.

Juntou documentos às f. 09/178.

A tutela antecipada foi indeferida à f. 179.

Na contestação de f. 181/187, o Município de Itajubá sustentou que o autor possuía condições de se autodeterminar e de entender as consequências do seu ato. Asseverou que o servidor não apresentava problemas de alcoolismo no serviço público, apenas faltava ao serviço, o que caracteriza a conduta tipificada como infração disciplinar. Afirmou que, embora a portaria tenha sido publicada constando como inquérito administrativo, o procedimento se desenvolveu como verdadeiro processo administrativo disciplinar, tendo sido assegurada a ampla defesa do acusado. Ressaltou que não houve nenhuma impugnação quanto à ordem dos depoimentos, nem se verificou qualquer prejuízo à defesa. Salientou a regularidade do processo administrativo e requereu a improcedência da ação.

Em audiência realizada aos 03.06.2008 (f. 202), além do depoimento pessoal do autor, foi ouvido o representante legal do réu e uma testemunha (f. 203/205).

Ofício encaminhado pela Previdência Social às f. 208/212.

Ofício encaminhado pelo Município, através do SUS à f. 216.

Memorial pelo autor às f. 227/228.

Em sentença de f. 231/236, o MM. Juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido inicial. Considerou que as faltas do servidor foram em decorrência do alcoolismo, e, sendo uma patologia, deveria ter sido encaminhado a tratamento terapêutico, e não punido com a demissão do serviço público. Afirmou que não houve configuração da infração disciplinar apontada no ato de demissão e determinou sua imediata reintegração ao cargo anteriormente ocupado. Condenou o Município ao pagamento de todos os vencimentos e vantagens pelo período do afastamento, corrigidos pelos índices oficiais da CGJ e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da citação e a contagem do tempo como de trabalho efetivo para todos os efeitos jurídicos. Condenou o réu no pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor total do débito apurado.

Decorreu o prazo sem que as partes interpusessem qualquer recurso.

Pedido de imediata reintegração do autor às f. 241/242.

Na manifestação de f. 245, o Município réu informa as razões da demora no cumprimento da ordem judicial.

Os autos foram remetidos a este eg. Tribunal de Justiça.

Diante do minucioso relato, conheço do reexame necessário, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Apreciando detidamente os fatos e fundamentos dos autos, entendo que a r. decisão deve ser mantida.

A Portaria nº 231/2007, que culminou na demissão do servidor, teve por base a inassiduidade habitual do mesmo, o que de fato ocorreu, conforme se pode comprovar através das folhas de ponto do autor (f. 70/125).

Ocorre que, embora o Município negue ter conhecimento da doença apresentada pelo autor, observo que restou provado nos autos que a causa das apontadas faltas foi justamente a dependência alcoólica.

A comissão encarregada das apurações afirmou na conclusão do processo administrativo (f. 58):

> O que mais agrava o caso do indiciado é que o mesmo teve várias oportunidades de reabilitação e de regeneração, porém o indiciado não apresenta vontade e disponibilidade para reverter o quadro. Outro aspecto relevante é o fato de, mesmo estando em processo de inquérito administrativo, o indiciado não manteve sua assiduidade e por várias vezes foi encontrado altamente alcoolizado e faltoso no trabalho.

O depoimento do representante legal do próprio Município, não deixa dúvidas sobre o problema de saúde do servidor e do conhecimento do Município acerca da doença:

> [...] o autor foi encaminhado para submeter-se a uma perícia médica do Município requerido, para lá encaminhado em razão de problemas de alcoolismo; que tal perícia constatou a doença, inclusive o autor foi afastado de suas funções por 120 dias, no ano de 2006, ou 2007 [...]; que as questões relacionadas ao autor se davam em relação a sua ausência ao trabalho, vinculada à questão do alcoolismo [...] (f. 204 - Sr. Nelson da Silva - Agente Administrativo responsável pelo setor de perícias médicas do Município).

O médico do trabalho da Prefeitura Municipal, Dr. Wilson Elias Mohallen, alertou que o servidor apresentava sinais de uso crônico de bebidas alcoólicas, tendo sido encaminhado à Casa de Recuperação e afastado do trabalho pelo período de 90 (noventa) dias (f. 216).

Também o laudo pericial encaminhado pela Previdência Social, assinado pelo médico Dr. Gustavo de Miranda Tavares (f. 210/212), atesta a necessidade de internação para tratamento de alcoolismo em abril de 2005, havendo incapacidade laborativa.

Dessarte, uma vez comprovado o estado patológico do servidor, o mesmo deveria ter sido submetido a tratamento médico, e não ter sido demitido do serviço público.

Em recente posicionamento, o eg. Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais manifestaram-se no sentido de que o alcoolismo habitual não representa falta funcional, mas patologia de que sofre o servidor, não devendo ser tratado como um infrator disciplinar, devendo-lhe ser concedido tratamento adequado. Se não, vejamos:

> Recurso ordinário. Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Embriaguez habitual no serviço. Coação do servidor de produzir prova contra si mesmo, mediante a coleta de sangue, na companhia de policiais militares. Princípio do *nemo tenetur se detegere*. Vício formal do processo administrativo. Cerceamento de defesa. Direito do servidor à licença para tratamento de saúde e, inclusive, à aposentadoria por invalidez. Recurso provido.
> 1. [...]
> 2. [...]
> 3. A embriaguez habitual no serviço, ao contrário da embriaguez eventual, é uma patologia, associada a distúrbios psicológicos e mentais de que sofre o servidor.
> 4. O servidor acometido de dependência crônica de alcoolismo deve ser licenciado, mesmo compulsoriamente, para tratamento de saúde, e, se for o caso, aposentado, por invalidez, mas, nunca, demitido, por ser titular de direito subjetivo à saúde e vítima do insucesso das políticas públicas sociais do Estado (RMS 18017/SP; Sexta Turma; *DJ* de 02.05.2006).

> Administrativo. Servidor público. Distrito Federal. Agravo retido. Apelação tempestiva. Provimento. Preliminar de prescrição rejeitada. Demissão. Comprovada dependência alcoólica. Ilegalidade. Falecimento do servidor. Pensão devida. Provimento ao recurso.
> 1 - Tendo sido reconhecido pela medicina como patologia grave e evolutiva, com tendência a cronificar-se, o alcoolismo crônico caracteriza-se como doença incapacitante.
> 2 - Comprovada a dependência alcoólica do ex-servidor, que estava afetando sua vida profissional, era de ser concedida a ele aposentadoria por invalidez, e não ser demitido do serviço público.
> 3 - O conjunto probatório evidencia a ocorrência da doença incapacitante, cabendo revisão da penalidade disciplinar aplicada, para tornar sem efeito a demissão do servidor e condenar o réu ao pagamento da pensão às suas dependentes.
> 4 - Provimento ao recurso. Sentença reformada. (Apelação Cível nº 20000110397667- Ac. 214075 -, 2º Turma Cível do TJDFT, Rel. João Mariosa. j. em 07.04.2005, unânime, *DJU* de 24.05.2005).

Este eg. Tribunal também já se manifestou no mesmo sentido:

> Administrativo. Servidor público. Demissão. Processo administrativo. Desrespeito à ampla defesa. Não configuração das infrações disciplinares. Alcoolismo. Necessidade de licença compulsória para tratamento de saúde. Nulidade do ato administrativo. Remuneração devida. É ilegal a demissão do servidor estável que, além de precedida de processo administrativo que ofende o princípio da ampla defesa, pauta-se em infrações disciplinares não configuradas, impondo-se acolher o pedido de reintegração ao cargo e recebimento de remuneração referentemente ao período de afastamento (Apelação Cível nº 1.0702.06.278194-4/002 -

Comarca de Uberlândia - Terceira Câmara Cível do TJMG - Relator: Des. Manuel Saramago - data do julgamento: 02.08.2007).

Não havendo, portanto, infração disciplinar a ensejar a demissão do servidor público, o mesmo deve ser reintegrado ao cargo anteriormente ocupado e ter assegurado todos os vencimentos e vantagens relativos ao tempo em que ficou afastado.

À luz do exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença em seus exatos termos.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO VILAS BOAS e EDUARDO ANDRADE.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

...

Adoção - Nulidade - Faculdade não exercida após alcance da maioridade - Manutenção do vínculo até o falecimento - Poder familiar - Extinção - Mãe biológica - Formulação do pedido - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Ato irrevogável - Excepcionalidade em prol de menor - Ato consolidado há mais de 30 anos - Impossibilidade jurídica do pedido

Ementa: Apelação cível. Nulidade de adoção de filho. Faculdade não exercida após alcance de sua maioridade. Vínculo mantido até o falecimento. Extinção do poder familiar. Pedido formulado pela mãe biológica. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Ato irrevogável. Excepcionalidade em prol de menor. Ato judicial consolidado há mais de 30 anos. Impossiilibidade jurídica do pedido. Sentença mantida.

- A mãe biológica não detém legitimidade para vindicar a nulidade da adoção judicial de seu filho, se a aludida faculdade não foi exercida pelo próprio adotado após alcance de sua maioridade e antes de seu falecimento, pois duplamente patenteada a extinção do poder familiar.

- A adoção é irrevogável, somente se admitindo em casos excepcionais, quando há conformação entre os pais adotivos e os interessados com a revogação do ato judicial e se evidenciado o melhor benefício do menor, sendo impossível o pedido formulado pela mãe biológica em face do pai biológico, para fins de anular o ato judicial consolidado há mais de 30 anos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0183.04.066981-8/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: V.L.F. - Apelado: S.A.V. - Relator: DES. AFRÂNIO VILELA

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 RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de setembro de 2009. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Em exame, recurso de apelação aviado por V.L.F. contra a r. sentença de f. 74/75, que, nos autos da "ação anulatória de doação de filho" ajuizada em face de S.A.V., julgou extinto o feito, nos moldes do art. 267, VI, do CPC.

Sustenta a apelante que é parte legítima para requerer a anulação da "doação" (*sic*!), visto que somente ficou sabendo que seu filho havia sido "doado" após sua morte; que, embora formalizada a "doação", o seu falecido filho sempre residiu com a apelante, sendo ela que o representava em todos os lugares, inclusive na escola, de forma que a "doação" nunca existiu de fato, mas tão somente no papel.

Contrarrazões às f. 84/85.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 106/109, manifestou-se pelo não provimento ao recurso.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A r. sentença, da lavra do Exmo. Francisco Eclache Filho, não merece censura.

A apelante busca a nulidade da adoção do seu filho, J.V., consubstanciada na escritura pública lavrada em 02.04.1973, quando o adotado possuía 7 (sete) anos de idade, averbada no registro civil de pessoas naturais da cidade de Conselheiro Lafaiete, conforme determinação judicial de f. 23/24.

O adotado utilizava sobrenome dos seus pais adotivos, passando a se chamar J.P., conforme demonstra a carteira de identidade expedida em 10.12.1990, e, mesmo tendo atingido a maioridade em 1993, conforme Código Civil de 1916, então vigente, não vindicou a dissolução do vínculo, faculdade assegurada nos moldes dos arts. 373 e 374 do referido *codex*, que dispunha:

> Art. 373. O adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade.
> Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção: (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 08.05.1957)

> I - quando as duas partes convierem; (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 08.05.1957)
> II - nos casos em que é admitida a deserdação. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 08.05.1957).

Verifica-se que, não obstante a ciência do ato de adoção, averbado em seu registro de nascimento expedido em 02.07.1986 (f. 11), ainda que porventura a situação de fato não demonstrasse a consolidação da adoção, ao atingir a maioridade o adotado não tomou qualquer providência no sentido de pugnar pela revogação do ato e, por conseguinte, se desligar juridicamente dos adotantes, sobrevindo o seu falecimento em 04.05.2001.

O Código Civil em vigor, renovando os ditames do art. 392 do diploma revogado, estabelece, em seu art. 1.635, que o poder familiar se extingue, além de por outros casos,

> I - pela morte dos pais ou do filho;
> [...]
> III - pela maioridade;
> [...].

Dessarte, a mãe biológica não detém legitimidade para vindicar a nulidade da adoção judicial de seu filho, se a aludida faculdade não foi exercida pelo próprio adotado após alcance de sua maioridade e antes de seu falecimento, pois duplamente patenteada a extinção do poder familiar.

Não fosse isso, a adoção é irrevogável, admitindo-se somente em casos excepcionais, quando há conformação entre os pais adotivos e os interessados com a revogação do ato judicial e se evidenciado o melhor benefício do menor, sendo impossível o pedido formulado pela mãe biológica em face do pai biológico, para fins de anular o ato judicial consolidado há mais de 30 anos.

Por fim, vale frisar que, se o adotado residia realmente com a apelante, usando sobrenome diverso do que lhe fora atribuído quando do seu nascimento, P. em vez de V., mostra-se no mínimo curioso o alegado conhecimento tardio da adoção por parte da apelante, segundo alega ocorrido somente após falecimento do seu filho.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante, suspensa a exigibilidade, nos moldes do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RONEY OLIVEIRA e CARREIRA MACHADO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Mandado de segurança - ITBI - Integralização de capital - Bem imóvel - Imunidade não incidente

Ementa: Apelação cível. Mandado de segurança. ITBI. Integralização de capital. Bem imóvel. Imunidade não incidente.

- Se a empresa tem como atividade preponderante a compra e venda de imóveis, o imposto incide sobre a transferência de imóveis para a integralização do seu capital social, nos termos do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

- O sócio que integraliza o capital social através da incorporação de imóvel de sua propriedade, e, no mesmo ato, se retira da sociedade, cedendo e transferindo suas quotas, onerosamente, demonstra o intuito de não permanecer na sociedade, mas em se valer de imunidade tributária para evasão fiscal, realizando uma venda do bem sem o pagamento do imposto devido.

Recurso conhecido, mas não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0188.08.077648-0/001 - Comarca de Nova Lima - Apelante: São Romão Participações Empreendimentos Ltda. - Apelada: Fazenda Pública do Município de Nova Lima - Autoridade coatora: Secretário Municipal da Fazenda de Nova Lima - 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, 30 de julho de 2009. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de apelação interposta por São Romão Participações Empreendimentos Ltda. contra a sentença de fls., que denegou a segurança impetrada contra ato do Secretário Municipal da Fazenda de Nova Lima.

Em suas razões recursais, o apelante afirmou que, quando a transmissão de bem imóvel for efetuada para a incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, não incide o ITBI.

Alegou que o aumento do capital social da empresa mediante a subscrição e integralização do imóvel consubstancia realização de capital, nos termos do art. 36, I, do CTN.

Defendeu a não incidência do ITBI, nos termos do art. 156, 2º, I, da CR/88 e art. 36, I, do CTN, e a inexistência de simulação, tampouco doação.

Contrarrazões às f.100/108, pedindo a manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f.119/124, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

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

Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado por São Romão Participações Empreendimentos Ltda. contra ato do Secretário Municipal da Fazenda de Nova Lima que indeferiu o requerimento de isenção do ITBI na operação de integralização de um imóvel pela sócia Maria José Duarte ao capital social da impetrante.

Sabe-se que o ITBI, em regra, não incide sobre a transmissão de bens imóveis feita para integralizar capital de pessoa jurídica. No entanto, se a empresa tem como atividade preponderante a compra e venda de imóveis, o imposto incide sobre a transferência de imóveis para a integralização do seu capital social, nos termos do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal de 1988:

> I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

A sociedade impetrante foi constituída tendo como objeto social "a compra e venda de imóveis, bem como a participação em outras empresas como sócia, quotista ou acionista e a administração de bens próprios" (f.17).

Dessa feita, sendo o objetivo social da impetrante a compra e venda, encontra-se excluída da hipótese de imunidade.

Por outro lado, a sociedade, que iniciou suas atividades em 1º.11.2006, "permaneceu, durante todo o período de 1º/01/2007 a 31/12/2007 sem efetuar qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial" (cf. declaração simplificada da pessoa jurídica, f.14).

A sócia Maria José Duarte integralizou suas 205.000 (duzentas e cinco mil) quotas mediante a incorporação de dois veículos, um no valor de R$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) e outro no valor de R$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais). Os outros dois sócios, filhos da primeira, integralizaram suas 1.000 (mil) quotas em moeda corrente.

Na primeira alteração contratual, registrada em 21.07.2008 (f. 28), deu-se o aumento do capital social pela integralização de um bem imóvel no valor de R$ 222.000,00 (duzentos e vinte e dois mil reais), de propriedade da sócia Maria José Duarte, que passou a ser titular de 427.000 (quatrocentos e vinte e sete mil quotas).

No mesmo ato, a sócia majoritária se retirou da sociedade, cedendo e transferindo a totalidade de suas quotas sociais aos demais sócios e também filhos, pelo valor de R$ 1,00 (um real) cada, e mantendo-as gravadas com direito de usufruto vitalício em seu favor (Cláusula Quinta, Parágrafo Segundo do Contrato Social, f. 26).

Ora, considerando que a sociedade, desde a sua constituição, permaneceu inativa e que, assim que foi integralizado o aumento de capital com a incorporação do imóvel, a sócia proprietária se retirou da sociedade, mantendo as quotas cedidas aos seus filhos em seu usufruto vitalício, fica evidente que os sócios da empresa impetrante (mãe e filhos) pretenderam se valer de imunidade tributária para evasão fiscal, ou seja, realizando uma partilha em vida evitando futuro imposto de transmissão.

Visto isso, realmente não se considera ilegal o ato da autoridade que indeferiu o requerimento de imunidade do ITBI, uma vez que o sócio que integraliza o capital social através da incorporação de imóvel de sua propriedade, e, no mesmo ato, se retira da sociedade, cedendo e transferindo suas quotas, onerosamente, demonstra o intuito de não permanecer na sociedade, mas de realizar uma venda do bem sem o pagamento do imposto devido.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

É como voto.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Serviço público de esgoto - Natureza jurídica - Tarifa - STF e STJ - Jurisprudência sedimentada - Cobrança não condicionada ao tratamento do esgoto - Taxa de coleta de lixo residencial - Serviço de limpeza urbana e logradouros públicos - Não vinculação - Constitucionalidade - Tarifas e taxas em única fatura - Discriminação dos valores - Possibilidade

Ementa: Tributário. Administrativo. Serviço público de esgoto. Natureza jurídica. Tarifa. Jurisprudência sedimentada do STF e STJ. Cobrança não condicionada ao

tratamento do esgoto. Taxa de coleta de lixo residencial. Não vinculação ao serviço de limpeza urbana e logradouros públicos. Constitucionalidade. Cobrança das tarifas e taxas em única fatura. Descriminação dos valores. Possibilidade.

- A cobrança da tarifa de esgoto não se encontra condicionada ao tratamento da substância, sendo suficiente a efetivação do início do procedimento, consubstanciado na sua coleta por meio de ligação do sistema às residências dos usuários.

- É constitucional a cobrança de taxa de coleta de lixo residencial, se não vinculada ao serviço de limpeza urbana e logradouros públicos, de caráter indivisível.

- Não há abusividade na cobrança, em única fatura, da tarifa de água, tarifa de esgoto e taxa de coleta de lixo, se claramente discriminados os respectivos valores.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.08.082410-5/001 - Comarca de Muriaé - Apelante: Alice Maria de Lourdes - Apelado: Demsur - Departamento Municipal de Saneamento Urbano - Relator: DES. MANUEL SARAMAGO

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, 10 de setembro de 2009. - *Manuel Saramago* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MANUEL SARAMAGO - Conheço do recurso, pois que presentes os pressupostos de sua admissão.

Versam os autos sobre ação de repetição de indébito ajuizada por Alice Maria de Lourdes, objetivando a condenação dos réus Município de Muriaé e Departamento Municipal de Saneamento Urbano à suspensão da cobrança das "tarifas de esgoto e coleta de lixo" e, em consequência, sua restituição em dobro, ou, alternativamente, que seja declarada a ilegalidade da cobrança conjunta daquelas com a tarifa de água.

Através da sentença de f. 86/89, o pedido inicial foi julgado improcedente, ensejando a interposição do presente pleito recursal.

Da preliminar de nulidade dos atos processuais.

Em contrarrazões, suscitou o apelado, Departamento Municipal de Saneamento Urbano, preliminar de nulidade do processo, por irregularidade do representante da parte *ex adversa*, originário do estado do Rio de Janeiro, que não efetuou a necessária inscrição suplementar junto à Seccional da Ordem dos Advogados neste Estado de Minas Gerais.

Com efeito, assim dispõe a norma inserta no § 2º do art. 10 da Lei nº 8.906/94, *verbis*:

> Art. 10. A inscrição principal do advogado deve ser feita no Conselho Seccional em cujo território pretende estabelecer o seu domicílio profissional, na forma do regulamento geral.
> [...]
> § 2º Além da principal, o advogado deve promover a inscrição suplementar nos Conselhos Seccionais em cujos territórios passar a exercer habitualmente a profissão, considerando-se habitualidade a intervenção judicial que exceder de cinco causas por ano.

Ora, de fato, não cumpriu o procurador do autor, ora apelante, a exigência contida no supracitado dispositivo legal.

Ocorre que o eg. Superior Tribunal de Justiça, quando ainda em vigência a Lei nº 4.215/63, que, em seu art. 56, § 2º, trazia exigência semelhante, assim decidiu:

> Ementa: Advogado. Inscrição em outra seção. Falta de comunicação. Consequências. - A ausência da comunicação prescrita no § 2º do art. 56 do *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil* não acarreta a nulidade prevista no art. 76 da mesma lei, nem qualquer prejuízo para a parte, configurando-se apenas mera irregularidade, cujo saneamento cabe à própria ordem (REsp 6168/AM, Ministro Cláudio Santos, *DJ* de 18.02.1991).

Dessa feita, rejeito a preliminar.

Da preliminar de ilegitimidade ativa.

Suscita, ainda, a autarquia municipal preliminar de ilegitimidade ativa, ao fundamento de que as faturas de água e esgoto são destinadas ao seu falecido marido, Raimundo Alves, pelo que têm legitimidade o espólio ou seus sucessores.

Não assiste razão ao apelante, na forma do que dispõe o art. 131, II - segunda parte -, do CTN.

Pelo que, rejeito a preliminar.

Da tarifa de esgoto.

Afirma o apelante, em síntese, que a cobrança da tarifa de esgoto, instituída pelo Decreto Municipal nº 2.165/1997, é ilegal, tendo em vista que o serviço prestado pela autarquia municipal, ao não efetuar todas as etapas do esgotamento sanitário, dentre elas o tratamento, não pode ser caracterizado como tal.

Inicialmente, releva salientar que, revendo posicionamento anteriormente adotado, tenho que a contraprestação advinda da prestação do serviço de esgoto tem natureza jurídica de tarifa, e não de taxa, razão pela qual sua instituição por meio de decreto municipal não encontra óbice legal.

No mesmo sentido é o atual entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os diversos precedentes do eg. Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

> Recurso especial. Processual civil. Administrativo. Cobrança do serviço de coleta de esgoto. Natureza de tarifa. Acompanhamento da jurisprudência firmada no STF. Não sujeição ao princípio da legalidade. Recurso provido.
> 1. De início, o Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento no sentido de que a cobrança efetuada pelas concessionárias de serviço público de água e esgoto possuía natureza tributária, consistindo em taxa, 'submetendo-se, portanto, ao regime jurídico tributário, especialmente no que diz com a observância do princípio da legalidade - sempre que seja de utilização compulsória, independentemente de ser executado diretamente pelo Poder Público ou por empresa concessionária' (REsp 782.270/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 7.11.2005).
> 2. Todavia, a fim de acompanhar a jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, esta Corte revisou a referida orientação, consignando, posteriormente, que a remuneração paga pelos serviços de água e esgoto não possui natureza jurídica tributária, mas constitui-se, sim, em tarifa, de maneira que não se sujeita ao regime da estrita legalidade (REsp 909894/SP, Ministra Denise Arruda, *DJ* 18.06.2008).
> '[...] 2. A jurisprudência desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de que, não obstante a sua obrigatoriedade, a contraprestação ao serviço de esgotamento sanitário não tem caráter tributário. Trata-se, na realidade, de tarifa, não dependendo, portanto, da edição de lei específica para sua instituição ou majoração. Veja-se, sobre o tema, o RE 54.491, Rel. Min. Hermes Lima, 2ª Turma, *DJ* de 15.10.1963.'
> Esse entendimento continua sendo seguido neste Tribunal, conforme revelam os seguintes precedentes: RE 456.048-ED, Rel. Min Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 30.09.2005; AI 409.693, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 20.5.2004, RE 330.353, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 10.5.2005, entre muitos outros. 3. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso (art. 557, *caput*, do CPC). (RE 471119 / SC - SANTA CATARINA, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 06.02.2006, publ. *DJ* 24.02.2006.)

Ultrapassada tal questão, afirma-se, desde já, não assistir razão ao apelante.

Isso porque, mais uma vez, em consonância com eg. Superior Tribunal de Justiça, é suficiente à exigência de tarifa de esgoto "a coleta de substâncias com a ligação do sistema às residências dos usuários", não se fazendo necessário que "todo o mecanismo do tratamento do esgoto esteja concluído" (REsp 431121/SP, Ministro José Delgado, *DJ* de 07.10.2002).

Da taxa de coleta de lixo.

Com efeito, assim dispõe a norma inserta no art. 343 da Lei Municipal nº 3.195/1995 do Código Tributário Municipal, *verbis*:

> Art. 343. As taxas de serviços urbanos têm como fato gerador a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.
> § 1º A taxa é devida pela prestação dos seguintes serviços:
> I - coleta e remoção de lixo;
> II - limpeza pública;
> III - conservação de vias e logradouros públicos.
> § 2º Os serviços referidos nos incisos I e II poderão ser delegados ao Departamento Municipal de Saneamento Urbano - DEMSUR.

Pois bem. Ao que se infere, *in casu*, a cobrança da taxa de coleta e remoção de lixo foi instituída autonomamente à taxa de limpeza pública e à taxa de conservação de vias e logradouros públicos, estas nitidamente inconstitucionais, de acordo com diversos e conhecidos precedentes jurisprudenciais, por se caracterizarem como universal e indivisível.

Releva considerar que a taxa de coleta e remoção de lixo seria inconstitucional se vinculada não apenas à coleta de lixo domiciliar, mas, também, à genérica limpeza pública e de logradouros públicos.

Sobre o tema, colha-se entendimento consagrado pelo eg. Supremo Tribunal Federal:

> Taxa de limpeza pública. É inviável a cobrança de taxa quando vinculada não apenas a coleta de lixo domiciliar (STF, 2ª Turma, AI-AgR 579884/MG, Rel. Ministro Eros Grau, j. em 13.06.2006, *DJU* de 04.08.2006).

Ocorre que, na hipótese em comento, o tributo em questão se encontra claramente vinculado, apenas, à coleta de lixo domiciliar.

É o que se pode inferir da leitura da Lei Municipal nº 2.165/1997 e do Decreto Municipal nº 2.089/2002, a que se refere a autarquia municipal, às f. 41/42, cujo teor não foi impugnado pelo autor.

Sendo assim, mais uma vez, não assiste razão ao apelante.

Da cobrança conjunta.

Por fim, afirma o autor, ora recorrente, que a cobrança, em única fatura, da tarifa de água, tarifa de esgoto e taxa de coleta de lixo é abusiva, por não ser possível pagá-las separadamente.

Sabe-se que se encontra em andamento Ação Civil Pública nº 1.0439.04.033338-7, em cujos autos se discute exatamente a alegada abusividade da cobrança conjunta das tarifas e taxa acima citadas, por suposta ofensa ao Código de Defesa do Consumidor, cuja sentença de improcedência do pedido foi cassada em 20.09.2007, por esta eg. 3ª Câmara Cível. E, desde já, afirma-se inexistir conexão de causas, por força do disposto no art. 103, III, §§ 2º e 3º, c/c art. 104 da Lei nº 8.078/90.

Depreende-se, à f. 12, que, apesar de a tarifa de água, a tarifa de esgoto e a tarifa de coleta de lixo (leia-se: taxa) estarem sendo conjuntamente cobradas, houve discriminação de seus respectivos valores, o que, *d.m.v*, afasta qualquer abusividade ou ilegalidade.

Com base em tais considerações, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURO SOARES DE FREITAS e BARROS LEVENHAGEN.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

. . .

Indenização - Dano moral - Dano material - Elevador - Mau funcionamento - Paralisação - Queda - Fuga do passageiro - Cobertura - Divergência - Denunciante - Condenação - Litisdenunciação provida - Ônus de sucumbência - Responsabilidade da denunciada

Ementa: Apelação. Elevador. Mau funcionamento. Paralisação. Queda. Fuga do passageiro. Dano moral indenizável. Configuração *in re ipsa*. Denunciação da lide. Acatamento parcial. Divergência quanto ao espectro de cobertura. Condenação da denunciante. Litisdenunciação provida. Ônus de sucumbência. Responsabilidade da denunciada.

- Cabível a condenação em danos morais de sociedade empresária fabricante e prestadora de serviço de manutenção de elevadores, decorrente de funcionamento anormal do equipamento, mormente quando estaciona entre dois andares, obrigando o passageiro a escalar pelo vão parcialmente aberto da porta para escapar de sua queda iminente.

- Se a denunciada comparece ao feito para pedir sua exclusão do polo passivo da lide secundária sob o argumento de inexistência de cobertura securitária para o caso de responsabilização por dano moral, não se limitando a proteger o capital segurado, responde pela verba de sucumbência correspondente à denunciação da lide.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.04.093828-7/001 - Comarca de Uberaba - Apelante adesivo: Francisco das Chagas de Souza - Apelantes: 1º) Elevadores Atlas Schindler S.A. - 2º) Sul América Cia. Nacional de Seguros - 3º) Condomínio do Edifício Geraldino Rodrigues da Cunha - Apelados: Francisco das Chagas de Souza, Sul América Cia. Nacional de Seguros, Condomínio do Edifício Geraldino Rodrigues da Cunha - 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 NÃO CONHECER, DE OFÍCIO, DA APELAÇÃO ADESIVA E DO AGRAVO RETIDO E NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2009. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Elevadores Atlas Schindler S.A. (primeiro apelante), Sul América Cia. Nacional de Seguros (segundo apelante), Condomínio do Edifício Geraldino Rodrigues da Cunha (terceiro apelante) e, de forma adesiva, por Francisco das Chagas de Souza contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada pelo apelante adesivo em face do terceiro apelante autônomo, julgou parcialmente procedente a pretensão, deixando de condenar o réu a título de danos materiais. A sentença também julgou procedentes as duas denunciações da lide feitas pelo réu, condenando o primeiro e o segundo apelantes a ressarcirem os prejuízos suportados pelo terceiro apelante.

Nas razões recursais de f. 216/222, o primeiro apelante alega, em síntese, que inexiste fato capaz de gerar dano moral, não passando o ocorrido de mero aborrecimento fruto do cotidiano. Aduz, ainda, que o acontecimento se deu por culpa exclusiva da vítima, que se evadiu do elevador sem aguardar a assistência de pessoa especializada. Subsidiariamente, pugna pela minoração do valor atribuído a título de indenização. Requer, ao final, seja dado provimento ao apelo, com a reforma integral da sentença, com vistas a julgar improcedentes os pedidos autorais. Sob caráter eventual, pede pelo abrandamento da condenação.

Por sua vez, o segundo apelante, em razões de f. 225/235, sustenta que a sentença deve ser reformada no que toca à sua condenação em ressarcir o réu, visto que a apólice de seguro não prevê cobertura por danos morais. Alega, outrossim, inexistirem os requisitos para a responsabilidade civil do condomínio, bem como descaber o reconhecimento de abalo moral, visto que o fato narrado constitui mero dissabor. Nesse sentido, pede o decote da condenação em ônus sucumbenciais, pois aceitou sua condição de litisdenunciada. Subsidiariamente, pugna pela redução do *quantum* indenizatório. Requer, finalmente, a reforma da decisão atacada, julgando-se improcedente a ação e denunciação da lide contra si formulada.

Já o terceiro apelante sustentou em suas razões (f. 239/247) que o autor não se desincumbiu do ônus de provar o dano moral sofrido, afirmando que o fato

descrito na exordial constitui mero aborrecimento não indenizável. Pontificou, ainda, que o ferimento advindo do evento decorre de culpa exclusiva da vítima, visto ter-se lançado imprudentemente para fora do elevador quando este estava em movimento. Eventualmente, se manifesta pela redução da quantia fixada à guisa de indenização por danos morais. Ao fim, requer seja o recurso provido, afastando-se a condenação por dano moral.

Às f. 258/262 foi juntada resposta aviada pelo apelado aos recursos, oportunidade em que, em sede preliminar, se manifestou pelo conhecimento do agravo retido interposto às f. 199/220, caso haja reforma da sentença por este Tribunal, facultando-lhe a oportunidade de produção de provas (orais e periciais) em primeira instância.

Recurso adesivo interposto pelo autor às f. 263/267, ocasião em que requereu a reforma da sentença no que tange à fixação dos honorários de sucumbência, para que sejam arbitrados no importe de 20 % (vinte por cento) do valor da condenação, corrigidos.

Não obstante regularmente intimadas, as demais partes se isentaram de apresentar contrarrazões aos recursos, apenas o fazendo (como já mencionado) o autor, conforme certificado à f. 268.

Preliminar de ofício.

Tendo em vista que o autor (ora apelante adesivo) foi intimado para apresentar contrarrazões ao recurso de apelação em 22.09.2008 (f. 250) e levando em conta que o termo final se implementou em 22.10.2008 (já computado o prazo em dobro decorrente da aplicação do art. 191 do CPC), manifestamente extemporânea se apresentam as mesmas, visto que aviadas em 28.10.2008, bem como o apelo adesivo interposto (f. 258) e, por consequência, o próprio agravo retido, que delas é dependente (art. 523, § 1°, do CPC).

Dessarte, não conheço da apelação adesiva, bem como do agravo retido, ante a ausência de requisito de admissibilidade (tempestividade).

Quanto aos demais recursos, presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, deles conheço.

Mérito.

Razão não assiste ao primeiro apelante.

Como bem destacado pelo Julgador primevo:

> Os equipamentos e meios de transporte de acesso público, neles incluídos os elevadores, devem ser dotados de todos os mecanismos possíveis para evitar falhas e incidentes.
> No caso em tela, constata-se, pelo boletim de ocorrência de f. 09/10, elaborado com base nas testemunhas que presenciaram o acidente, que o elevador, após diversos estalos, despencou do terceiro andar ao térreo, o que evidencia a falha na manutenção do equipamento. [...]
> Qualquer ser humano que despenca de dentro de um elevador sofre graves abalos psíquicos e emocionais passíveis de indenização, visto que não é admissível que equipamentos destinados a prestar atividade de risco, como o transporte vertical, apresente falhas como aquela descrita no boletim de ocorrência (f. 202/203).

Importante frisar que o primeiro apelante não nega o acontecimento, mas apenas aduz tratar a repercussão fática introjetada no ânimo do autor como mero abalo corriqueiro, não passível de indenização.

Como é sabido, o dano moral se configura *in re ipsa* (isto é, "deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto,* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural"), já que "seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 83).

A repercussão psicológica decorrente do fato foi de tão grande monta para o autor que o mesmo resolveu não aguardar o desfecho da situação e saiu ele próprio, sem o auxílio de ninguém, de um elevador estacionado entre dois andares, inclusive se lesionando (embora com pouca gravidade).

O dano moral consiste na afetação da honra objetiva e subjetiva do autor. Honra subjetiva é a que recai sobre a própria pessoa, ou seja, seu sentimento sobre si mesmo, que é afetado e maculado. A honra objetiva é o conceito que os outros têm sobre o indivíduo, a repercussão no seio familiar e profissional.

Em última análise, o dano moral é o que agride a honra, enxovalha o nome do indivíduo, arranha-lhe a boa fama e o coloca em situação de vexame.

Patente nos autos, pois, a agressão à personalidade do indivíduo, que sofreu de forma induvidosa séria perturbação em sua harmonia psíquica, tendo que deparar com uma situação de eventual danosidade, inesperada e injusta.

Calha rechaçar, outrossim, a alegação de culpa exclusiva da vítima suscitada pelo recorrente, na medida em que o desenrolar causal teve como fato desencadeador evento decorrente de conduta omissiva da qual é responsável. Isto é, o autor se viu obrigado a evadir-se do elevador apenas porque o mesmo não se portou como devia, parando entre dois andares, apresentando funcionamento irregular e prestes a cair, iniciando, pois, a cadeia causal.

Com efeito, há que se realizar o arbitramento do dano moral com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Ademais, não se pode olvidar, consoante parcela da jurisprudência pátria, acolhedora da tese punitiva acerca da responsabilidade civil, da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato.

A esse respeito, Maria Helena Diniz ensina que:

> [...] o juiz determina, por eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente,

> por ser impossível, tal equivalência. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e compensatória, sendo uma satisfação que atenue a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender a necessidades materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo, assim, seu sofrimento (A responsabilidade civil por dano moral, in *Revista Literária de Direito*, ano II, nº 9, jan./fev. de 1996, p. 9).

Nesse sentido, Caio Mário também traz lição preciosa:

> um jogo duplo de noções: a - de um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia [...]; b - de outro lado, proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*, porém uma ensancha de reparação da afronta [...] (*Instituições de direito civil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 235).

Nessa toada, dadas as particularidades do caso em questão, dos fatos assentados pelas partes, bem como observados os princípios de moderação e da razoabilidade, o valor indenizatório fixado na sentença deve ser tido como ponderado, haja vista que retrata de maneira satisfatória a extensão do dano.

Ante tais fundamentos, prejudicada resta a análise da terceira apelação, interposta pelo condomínio réu, uma vez que delimitada pelos mesmos argumentos suscitados pelo primeiro apelante.

Passo à análise da segunda apelação.

A apelante Sul América Cia. Nacional de Seguros afirma que não possui a obrigação de ressarcir o réu litisdenunciante (Condomínio do Ed. Geraldino Rodrigues da Cunha), visto que a apólice não cobre responsabilidade por dano moral.

Ora, *maxima venia*, chega a espantar tal alegação diante do conteúdo consignado pelo resumo da apólice (f. 175) que, a par de prever expressamente como situação coberta a "responsabilidade civil do condomínio", não faz qualquer menção à restrição de seu alcance a danos materiais. Aliás, não existe nos autos documento que indique que a indenização decorrente de dano moral se encontra excluída do seguro. Totalmente descabido referido argumento.

Pugna a segunda apelante, ainda, pelo decote de sua condenação nos ônus de sucumbência, uma vez que aceitou sua condição de litisdenunciada.

Realmente, a jurisprudência sustenta a tese de que

> denunciada que aceita denunciação e comparece ao processo, unicamente para proteger o capital segurado, não responde pela verba de sucumbência correspondente à denunciação da lide" (STJ- REsp nº 264.119/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* de 03.10.2005).

Ocorre que, como se acabou de ver, a segunda apelante não aceitou a denunciação feita pelo condomínio réu, tanto que pediu sua exclusão do polo passivo da lide secundária sob o argumento de inexistência de cobertura securitária para o caso de responsabilização por dano moral. Portanto, descabida sua exoneração quanto à condenação sucumbencial, já que, nos termos do entendimento prevalente no STJ, a sua atuação processual não se deu exclusivamente com vistas a resguardar o patrimônio segurado, visto que impugnou (mesmo que parcialmente) a litisdenunciação.

Por todo o exposto, não conheço, de ofício, da apelação adesiva e do agravo retido e nego provimento às apelações (primeira, segunda e terceira), mantendo incólume a decisão vergastada.

Cada apelante arcará com as custas do recurso respectivo, suspensa a exigibilidade quanto ao recorrente adesivo, nos termos da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NICOLAU MASSELLI e ALBERTO HENRIQUE.

Súmula - NÃO CONHECERAM , DE OFÍCIO, DA APELAÇÃO ADESIVA E DO AGRAVO RETIDO E NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

...

Ação anulatória de débito fiscal - Benefício fiscal - Vedação - Sociedade de pessoas - Atividade comercial - Alegação - Enfermeiro - Contratação - Habilitação profissional dos sócios - Atividade diversa

Ementa: Apelação cível. Tributário. Benefício fiscal destinado às sociedades pessoais. Alegação de que a sociedade exerce atividades comerciais. Contratação de enfermeiro. Atividade diversa da habilitação profissional dos sócios. Art. 43 da Lei Complementar Municipal. Vedação do benefício fiscal. Sentença reformada. Recurso a que se dá provimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.05.174473-6/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Município de Divinópolis - Apelado: Núcleo Odontológico Sorrir Ltda. - Relator: DES. RONEY OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da

ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1° de setembro de 2009. - *Roney Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RONEY OLIVEIRA - Trata-se de apelação cível (f. 250/256-TJ) interposta pelo Município de Divinópolis, em razão da sentença (f. 242/246-TJ), que, na ação declaratória anulatória de débito fiscal proposta pelo Núcleo Odontológico Sorrir Ltda., julgou procedente o pedido do autor.

O apelante sustenta, inicialmente, que a sentença, ao julgar procedente o pedido do autor de nulidade do débito fiscal, apresenta-se incompatível com os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade.

Segundo o apelante, a empresa estava autorizada contratualmente a exercer atividades multiprofissionais, o que descaracteriza a forma pessoal de trabalho profissional. Alega que ficou demonstrada, por meio de prova testemunhal, a possibilidade que detinha a empresa de realizar a atividade de comércio e que o alvará inclusive permitia essa prática.

Afirma que a sociedade foi constituída sob a forma de sociedade empresarial, com o objetivo de prestar não só serviços odontológicos, como de outras especialidades, além de realizar atividade comercial.

Dessa forma, entende que a sociedade deva recolher o tributo na espécie ISS com base na receita bruta auferida, sem o privilégio da tributação favorecida. Pede que seja julgado procedente o recurso, para que a sentença seja reformada, no sentido de ser reconhecida a ausência do direito pleiteado pelo apelante.

Contrarrazões às f. 260/267-TJ.

É o relatório.

Conheço do recurso.

O apelante alega que o apelado não faz jus ao benefício fiscal previsto na Lei Complementar Municipal n° 007/91. Sustenta que o contrato social da sociedade, ora apelada, prevê multiplicidade de atividades, além da atividade comercial, o que a descaracteriza como sociedade civil e, portanto, não detentora do benefício fiscal.

Razão não assiste ao apelante. Prevê o art. 114 do CTN que o fato gerador da obrigação principal é "a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência". Registre-se que a obrigação tributária só surge com a ocorrência do fato gerador somado a uma hipótese de incidência.

É sabido que o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) é tributo de competência municipal, nos termos do art. 156, inciso III, da CR/88, Constituição da República, que incide sobre a efetiva prestação de serviços elencados em lei complementar à qual se submete a lei municipal.

Assim, o fato gerador do imposto municipal - ISSQN - deve ser a prestação de serviço definida em lei, e, para que tal ocorra, é necessária a existência da efetiva, real e concreta prestação de serviços, não bastando a suposição acerca de tal fato.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça (TJMG):

> Execução fiscal. Extinção. Não ocorrência de fato gerador da obrigação tributária. - O fato gerador do imposto municipal - ISSQN - deve ser a prestação de serviço definida em lei e, para que tal ocorra, é necessária a existência da efetiva prestação de serviços (TJMG - Apelação Cível n° 1.0024.01.579916-6/001 - Relator: Des. Geraldo Augusto - p. *no DJ* de 12.02.2003).

No mesmo sentido, é a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que afirma ser necessária a apreciação da matéria fático-probatória, para a aferição do caráter mercantil da sociedade:

> Processual civil e tributário. ISSQN. Decreto-lei 406/68. Sociedades multiprofissionais (prestação de serviços de contabilidade e de informática). Acórdão fundado em interpretação de cláusula contratual e probatória. Súmula 7/STJ. 1. - A sociedade civil somente faz jus ao benefício previsto no art. 9°, § 3°, do Decreto-lei 406/68 desde que preste serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial (AG 458.005-PR, *DJ* de 04.08.2003, Rel. Min. Teori Zavascki; REsp 456.658-ES, *DJ* de 19.12.2003, Rel. Min. Franciulli Netto; REsp 334.554-ES, *DJ* de 11.03.2002, Rel. Min. Garcia Vieira). 2. O Juízo Singular, ao proceder à análise do contexto fático-probatório dos autos, consignou que: 'Examinando concretamente o caso dos autos, verifica-se pela quarta alteração contratual da embargante (f. 77/80 e 114117), vigente no ano de 1996, que seu objetivo social é o da prestação de serviços em dois campos profissionais nitidamente distintos: a contabilidade geral e a computação (cláusula décima), havendo profissionais responsáveis técnicos igualmente distintos (Cláusula Décima Primeira). [...] Resulta, assim, que apenas parte da receita de prestação de serviços da embargante está sujeita ao ISS pelo preço do serviço: a receita dos serviços de computação. Os serviços de contabilidade ficam sujeitos à tributação por profissional habilitado na forma do § 1°, ou seja, por meio de 'alíquotas fixa ou variáveis', [...] 'não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio Trabalho'.[...] Do exposto, resulta que a certidão que instrui a inicial da execução carece de liquidez e certeza por ser originada de um cálculo que fez incidir a alíquota do imposto sobre a receita total da embargante.' 3. Dessume-se, portanto, que restou assente, na instância ordinária, que a empresa não se caracteriza como sociedade empresarial, fazendo jus ao tratamento tributário previsto no § 3° do art. 9° do Decreto-lei 406/68, no que pertine aos serviços de contabilidade que realiza. 4. Conseqüentemente, a insurgência especial implica no indispensável reexame de matéria fático-probatória, para aferir a natureza empresarial ou não da sociedade prestadora de serviço profissional elencado no art. 9°, § 3°, do Decreto-lei 406/68, o que é vedado nesta via, ante o óbice inserto na Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial não co-

nhecido (STJ - REsp nº 855483 - Rel. Min. Luiz Fux - p. no *DJ* de 12.09.2008).

Entretanto, como consta nos autos (f. 102-TJ), a apelada afirmou que a sociedade contratou, através de terceirização, um enfermeiro. Tal fato foi confirmado pela apelada em outras ocasiões (f. 264-TJ) "Irrelevante o fato de a autora ter eventualmente prestado serviço de enfermagem, que constitui serviço profissional autônomo sujeito à mesma tributação".

De acordo com o § 7º, alínea a, da Lei Complementar nº 007/91:

> § 7º. As sociedades mencionadas no § 4º (quarto), para usufruírem dos benefícios ali previstos, deverão ser constituídas por sócios com a mesma habilitação profissional, que efetivamente prestem serviços à empresa, vedado o benefício quando: a) a empresa tenha atividade diversa da habilitação profissional dos sócios.

Assim, tem-se que a contratação de um profissional cuja prestação de serviços é diversa da habilitação profissional dos sócios consiste em uma exceção à concessão do benefício. Isso porque a sociedade passou a ter atividade diversa da habilitação profissional dos sócios, qual seja serviço de enfermagem.

Por mais que a apelada fale em prestação eventual, tal afirmativa não foi provada, o que impossibilita a aferição do lapso temporal em que não houve a prestação do serviço, para a consequente concessão do dito benefício fiscal.

Isso posto, dou provimento ao recurso, para reformar a r. decisão de primeiro grau e julgar improcedentes os pedidos iniciais, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Custas, pelo apelado, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CARREIRA MACHADO e BRANDÃO TEIXEIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Agravo de instrumento - Art. 526 do CPC - Descumprimento - Não comprovação - ISS - Arrendamento mercantil (*leasing* financeiro) - Não incidência

Ementa: Agravo de instrumento. Descumprimento do art. 526, CPC. Não comprovação. Tributário. ISSQN. Arrendamento mercantil (*leasing* financeiro). Não incidência.

- O descumprimento da norma inscrita no art. 526 do CPC exige arguição e comprovação da alegação, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo. Preliminar de não conhecimento rejeitada.

- Até que o excelso STF conclua controle difuso da matéria (REsp 547245), inocorre, à luz dos restantes precedentes daquela Corte quanto à locação de coisas - aplicável, analogicamente, a pactos de arrendamento mercantil (*leasing* financeiro) - implemento da hipótese de incidência do ISSQN nos arrendamentos mercantis puros, por descaber inferição da tributabilidade municipal dessa modalidade operacional por mera dicção da "lista" anexa à norma dos serviços, porquanto, materialmente, a operação não se consolida como serviço típico, mas como expressão de contratação híbrida, em face da inocorrência de prestação humana preponderante, constituindo seu escopo a entrega do uso da coisa arrendada, mediante contraprestação pecuniária (Precedentes do TJMG, STJ, STF).

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0056.08.175918-7/001 - Comarca de Barbacena - Agravante: Banco GMAC S.A. - Agravado: Município de Barbacena - Relator: DES. FERNANDO BOTELHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2009. - *Fernando Botelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BOTELHO - Relatório.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação anulatória fiscal c/c declaratória, deixou de apreciar o pedido de tutela antecipada *inaudita altera parte*, ao fundamento de que, se o fizesse anteriormente à resposta do réu, incorreria em afronta ao princípio do contraditório (f. 143-TJ).

A agravante sustenta, nas razões de agravo, que "[...] a postergação da análise do pedido de tutela antecipada implica na sua própria denegação [...]" (f. 09).

Afirma que se afigura ilegal a exigência de ISS sobre as operações de arrendamento mercantil, pois que essas operações não podem ser consideradas prestações de serviço.

Sustenta que "[...] os serviços se consolidam em obrigações de fazer, consistentes na realização de tare-

fas, e somente sobre estas é que pode recair a exigência do ISS [...]" (f. 25-TJ).

Alega que "[...] Como ressaltado, a agravante desenvolve atividade de arrendamento mercantil, não estando sujeita ao ISS, porquanto aludida atividade não se caracteriza como prestação de serviços, pois se trata de obrigação de dar e não de fazer [...]" (f. 25-TJ).

Aduz que "[...] o arrendamento mercantil é um misto de financiamento, locação e compra e venda. Com relação ao financiamento e a compra e venda, não há que se cogitar a incidência do ISS, eis que não são representativos de prestação de serviço, sendo certo que há a incidência de outros tributos (IOF e ICMS)" (f. 27-TJ).

Por fim, pede a concessão da antecipação da tutela recursal e o provimento do recurso, a fim de que seja suspensa "[...] a exigibilidade do ISS incidente sobre as supostas operações de *leasing* ocorridas no Município de Barbacena, inclusive do crédito tributário veiculado no Auto de Infração nº 704/2008 [...]" (f. 51-TJ).

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido pela decisão de f. 291/292, proferida pelo eminente Des. Edgard Penna Amorim.

Informações prestadas pelo Juízo prolator à f. 330-TJ.

Contraminuta de agravo de instrumento apresentada às f. 354/370, suscitando preliminar de não conhecimento do recurso em função do não cumprimento do art. 526/CPC e, no mérito, o desprovimento do presente recurso.

Diante da preliminar suscitada e da ausência de informação a respeito do cumprimento do disposto no art. 526/CPC, baixei os autos em diligência, a fim de que fossem prestadas informações pelo Juízo prolator a respeito do cumprimento da mencionada diligência.

Em resposta à intimação ordenada, prestou a MM. Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Barbacena as informações de f. 379, nas quais informado o cumprimento da diligência prevista no art. 526/CPC.

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

Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos para a sua admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão proferida em ação anulatória fiscal c/c declaratória, na qual pretendida desconstituição do Auto de Infração nº 704/2008 e declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que autorize a incidência de ISSQN sobre operações de arrendamento mercantil supostamente praticadas pela agravante no Município de Barbacena, ao argumento de que ilegal sua exigência.

A decisão recorrida deixou de apreciar o pedido de tutela antecipada *inaudita altera parte*, ao fundamento de que, se o fizesse anteriormente à resposta do réu, incorreria em afronta ao princípio do contraditório.

A agravante sustenta, nas razões de agravo, que "[...] a postergação da análise do pedido de tutela antecipada implica na sua própria denegação [...]" (f. 09) e que se afigura ilegal a exigência de ISS sobre as operações de arrendamento mercantil, porquanto estas não poderiam ser consideradas prestações de serviço.

O agravado suscita, preliminarmente, o descumprimento do art. 526 e, no mérito, aduz ser legal a exigência do ISS sobre as operações de *leasing* financeiro ou arrendamento mercantil.

Preliminar: do descumprimento do art. 526 do CPC.

A despeito da arguição, pelo agravado, de não ter o recorrente juntado, no prazo legal (de 3 dias), aos autos de origem, cópia da petição de agravo, deixando de informar ao Juízo primevo a interposição do recurso, não logrou o mesmo comprovar suas alegações.

Nesse sentido, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Segundo a nova regra instituída pelo CPC 526 parágrafo único (L. 10.352/01), caso o agravante não cumpra a providência do CPC 526, *caput*, seu recurso será inadmitido, desde que haja pedido nesse sentido feito pelo agravado, que deverá comprovar a alegação. [...] Como não se pode admitir um ônus sem consequência, o descumprimento do disposto no CPC 526 acarreta o não conhecimento do agravo (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed., Editora RT, 2002).

Com efeito, a mera alegação feita pelo agravado não demonstra, de *per se*, o descumprimento do comando previsto no *caput* do art. 526 da legislação adjetiva, vindo, ao contrário, o Juízo *a quo* informar que "[...] o agravante juntou aos autos, na data do dia 23 de setembro de 2008 (via protocolo integrado), cópia da petição do agravo de instrumento, comprovante de sua interposição, bem como a relação dos documentos que instruíram o recurso" (f. 379-TJ).

Dessa forma, não acompanhada a alegação de prova cabal, descabida a prefacial.

Não é outra, aliás, a jurisprudência desta Corte:

> Ação de reintegração de posse. Liminar indeferida. Preliminar de não-conhecimento do recurso. Descumprimento do Artigo 526, CPC. Ausência de comprovação do alegado. Preliminar de nulidade da decisão. Falta de fundamentação não verificada. Inépcia da exordial. Inocorrência. Ausência de demonstração dos requisitos para concessão da liminar. - É necessário que os agravados juntem aos autos do recurso certidão negativa expedida pelo cartório da vara onde tramita o feito para comprovar que os agravantes não cumpriram o disposto no artigo 526 do CPC. - [...] - Preliminares rejeitadas e recurso não provido (Agravo de Instrumento 2.0000.00.477085-0/000(1), Des. Roberto Borges de Oliveira, julgado em 29.03.05).

> Agravo de instrumento. Descumprimento do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil. Ausência de comprovação. Penhora. Laudo de avaliação. Impugnação. Ausência de elementos técnico-científicos suficientes para desconstituir a avaliação efetuada pelo *expert*. Reavaliação. Impossibilidade. - É ônus do agravado comprovar a omissão

> do agravante quanto ao cumprimento do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil. 'Desse encargo ele se desincumbe facilmente, exibindo ao tribunal certidão, emitida pelo cartório do juízo inferior, de que a comunicação não haja sido feita. - [...]' (Agravo de Instrumento 2.0000.00.427133-6/000(1), Des. Gouvêa Rios, julgado em 10.02.2004).

Rejeito, pois, a preliminar.

Mérito.

Hasteados os limites da lide, tem-se que, de fato, a autuação anulanda - materializada no AI de f. 72/73 - toma por base, para o lançamento de ofício, "5" operações "[...] de arrendamento mercantil através de estabelecimento clandestino, realizada no território municipal sem comunicação à Fazenda Pública e sem o recolhimento do ISS aos cofres públicos [...]" (f. 72-TJ).

Não tendo havido, no instrumento administrativo da autuação ou em qualquer elemento da instrução, controvérsia sobre a natureza da operação detectada pelo Fisco municipal - o "[...] arrendamento mercantil [...]" - impõe-se centrar-se o exame da *quaestio iuris* sobre o que divergem as partes: a estrita conferência da tributabilidade, pelo ISSQN, do arrendamento, vale dizer, do *leasing* financeiro, com afastamento, de sua configuração, dos caracteres do *leasing* operacional, porquanto não noticiada nos autos interferência, no universo operacional delimitado pela *deductio* fazendária, de implemento adicional-assistencial, ou de manutenção dos bens móveis arrendados, pela agravante-arrendadora.

Assim, de arrendamento mercantil puro, exclusivo, se está, aqui, a tratar.

E a questão nuclear é exatamente a de saber se subsumível na hipótese de incidência do imposto municipal sobre serviços a específica modalidade do arrendamento (o *leasing* financeiro).

A ampla polêmica até agora estabelecida em torno do assunto, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, a repercussão econômica que se produz a partir de sua definição, seja para o universo de contribuintes possíveis, seja para a economia dos erários municipais, e, ainda, as alternativas de interpretação propugnadas em estudos e trabalhos - que vão da sugestiva recomendação, da adoção de franqueadora interpretação econômica do fato tributável, à rigidez da adesão a princípios de legalidade estrita em matéria fiscal e a imperiosa necessidade de os institutos jurídicos serem restritivamente analisados - recomendam prudência no seu enfrentamento casuístico.

De nossa parte, temos que, desde a edição, recente, pelo e. STF, do entendimento de que intributáveis, pelo imposto de serviços, os vínculos cujo objeto seja a locação de coisas, pela preponderância, ou exclusividade, em seus traços, da obrigação de dar coisa certa, quando o substrato da hipótese de incidência do ISSQN, nos termos de sua matriz constitucional e respectiva definição infraconstitucional complementar (Decreto-lei 406/68 e, a seguir, LC 114/93), é outro e não se confunde com aquele dever, pois que demanda presença de prestação humana, *facere*, essencial ou preponderante, um guia, um norte, princípio, enfim, de interpretação do fenômeno relacionado com os limites da locação de serviços foi estabelecido.

O *decisum* do STF neste sentido (RE 116121 - Relator Ministro Marco Aurélio de Mello):

> Tributo. Figurino constitucional. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. Imposto sobre serviços. Contrato de locação. A terminologia constitucional do imposto sobre serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional (julgado em 11.10.2000 e publicado em 25.05.2001, Ementa v. 02032-04, p. 669).

Se é assim, isto é, se a locação de coisas certas não se sujeita à exação municipal de serviços, porque de serviço humano nela preponderantemente não se trata, o preceito cognitivo não pode ser afastado da análise de vínculos obrigacionais que, por aproximação, ainda que analógica, com eles se deva fazer; ou, se deva fazer por serem *species*, ou sub-espécies, de mesmo gênero, qual o das prestações híbridas, atípicas, que reúnam, na específica entrega de coisas mediante contraprestação pecuniária, traço comum e porção densa, ou preponderante, dos mesmos sinalagmas.

O arrendamento mercantil, particularmente o "*leasing* financeiro", que, insisto, não conduz à idéia de oferta adicional de manutenção, ou de prestação humana permanente, pelo arrendador, ao arredantário, em sustentação do uso da coisa arrendada (característica do "*leasing*" operacional, de que aqui não se cuida), ao contrário, limitando-se a promover não mais que meios de financiamento para aquisição do bem e sua subsequente entrega, pelo arrendador, ao uso remunerado, denota intensa presença da entrega de coisa como núcleo do pacto.

Ainda que não se possa negar o seu hibridismo, pela composição adicional que recebe de outros pactos acessórios (o de financiamento e o de compra e venda da coisa arrendável), reside, claramente, na entrega da coisa ao arrendatário, para uso mediante pagamento de prestações periódicas, o traço maior, significativo, do "*leasing* financeiro".

Nem a cláusula de garantia optativa à aquisição final do bem pode ser elevada ao mesmo patamar, na junção de pactos que consolidam o arrendamento (o financiamento, a entrega do bem, a compra e venda), da

entrega da coisa ao arrendatário, pois que esta é o objeto essencial, nuclear, do vínculo, enquanto que aquela, sua condição suspensiva a realizar-se somente ao cabo da contratação.

Se *leasing* (financeiro) constitui operação através da qual a pessoa jurídica arrendadora adquire um bem, de acordo com as necessidades e especificações do arrendatário, para arrendá-lo a este mediante o pagamento de prestações periódicas, não há e não pode haver dúvida de que, dentre os pactos que integram e caracterizam o hibidrismo desta modalidade contratual, a entrega da coisa ao arrendatário, mediante contraprestação periódico-pecuniária, constitui seu objeto e escopo.

Se dúvida houver desta superlativização da *conditio*-mor da avença, subtraia-se a entrega do bem, ou sua contraprestação pecuniário-periódica, da avença, em exercício cognitivo-negativo, e ver-se-á que o objeto contratual do arrendamento deixará, pura e simplesmente, de existir.

Tenho, então, que a entrega da coisa e a remuneração contraprestacional de seu uso, além de consolidarem o núcleo finalístico-legal do arrendamento, assemelham-se, em estrita analogia, com a locação de coisas.

Esta, reiteramos, o STF afasta do campo de incidência do ISSQN.

Pois, se o precedente de interpretação constitucional veda a prestação "de dar" como base para inferição da atuação (humana) tributável a título de serviços, pois que estes requerem e não dispensam o *facere* não meramente episódico, satelital, periférico, mas nuclear, da avença, se a matriz constitucional do imposto proíbe exação municipal sobre atividade que não tenha, por escopo, a prestação de serviço humano, como se autorizar *deductio* inversa na análise de liames obrigacionais que, a exemplo do *leasing* financeiro, tenham, na entrega da coisa e de seu uso remunerado, traço preponderante-vinculativo?

Será correto intuir que, apenas por se fazer presente, em níveis, digamos, periféricos, acidentais, ou instrumentais da avença (*accidentalia negotii*), a prestação humana, ter-se-á por caracterizado o serviço, a despeito de sua essência finalística não ser propriamente a prestação pessoal (outra sendo a *essentialia negotii*)?

Resposta afirmativa a essas indagações poderá, pensamos, ocasionar a relevação de amplo universo de elementos contratuais, nivelando-os por presença, e não mais por essencialidade na avença, visto que não se pode desconsiderar que, para que haja entrega de coisa, há que haver, por óbvio, prestação humana e, por vezes, para que haja esta, ocorre também aquela.

O princípio interpretativo-mor dos contratos e das obrigações civis - a instrumentalidade (art. 112 do NCC) - não comporta radicalizações interpretativas ou gramaticalidades obsessivas, o contrário equivalendo a possibilidades inaceitáveis, especialmente quando, como aqui ocorre, da interpretação advenha consequência externa à própria obrigação contratada, como a definição de repercussão tributária; esta observa, incoercivelmente, a estrutura interna dos institutos civis.

> CTN:
> Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.
> Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Hipóteses há, e conhecidas, em que a prestação humana abrange entrega de coisas, mas estas não se inserem no campo exacional do ISSQN - como exemplo, a prestação de serviços de concretagem com fornecimento de material de obra (água, cimento, etc.); tributa-se municipalmente aquela, e, estadualmente, este.

Outras há em que, ao contrário, a entrega de coisas se ajusta com preponderância sobre a prestação humana, absorvendo-se, no campo tributário, esta por aquela - exemplo: a aquisição interestadual de mercadorias em prestação de serviços de construção civil (tributa-se, estadualmente, aquela, não obstante o caráter civil desta).

Inúmeras outras hipóteses poderiam ser analogicamente consideradas, todas no alinhamento da evidência de que, ora se tem, na junção do *facere* humano à entrega de bens, a preponderância do agir prestacional, ora do fornecimento e entrega do uso da coisa.

O que importa considerar, casuisticamente, é, portanto, a relevância de um e/ou outro fenômeno, para que a contratação não fuja à razoabilidade interpretativa no fito de dela se extraírem efeitos tributários.

Principalmente, e permito-me voltar novamente ao ponto, quando haja interpretação consolidada no âmbito da Corte Constitucional, no sentido de que dada modalidade operacional não se sujeita a determinada incidência e seus similares assumam, noutros pactos, porte essencial, ou relevo preponderante.

O contrário equivale conferir ao exame de celebrações complexas, mas compostas por fatias essenciais pré-examinadas e definidas, um híbrido interpretativo dissonante da cognição emprestada a seus elementos integrantes.

No caso específico do arrendamento mercantil, a concluída definição jurisprudencial, de que intributáveis, pelo ISSQN, locações de bens móveis, integra, pensamos, o exame lógico dos pactos que tenham, nas si-

milares entregas de coisas mediante prestação pecuniária periódica, a essência, ou, como acentua o art. 1º da Lei 6.099/74, o objeto, porquanto, numas e noutras, a prestação humana não constitui escopo, mas acidental ou instrumental elemento da celebração.

Este, o entendimento que nos levou, inclusive, em precedente julgamento desta Câmara, do tema relacionado com a tributabilidade, discutida da locação de coisas, a referenciar a própria intributabilidade, pelo ISSQN, do arrendamento mercantil - Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.951270-5/001(1):

> Administrativo. Exceção de pré-executividade. Nulidade do título. Momento para arguição. Tributação de locação de bens móveis. Inconstitucionalidade do item 79 do Decreto-lei nº 406/68.
> I - A exceção de pré-executividade pode ser aviada mesmo após as medidas executivas, em caso de nulidade do título, pois não se justifica a prestação jurisdicional quando existem vícios pré-processuais ou processuais suscetíveis de proclamação até mesmo de ofício pelo julgador.
> II - Tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a inconstitucionalidade do item 79 do Decreto-lei 406/68, com a redação dada pela LC 56/87, a questão deve ser vista em consonância com tal entendimento.
> Agravo nº 1.0024.06.951270-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Video Tape Ltda. - Agravada: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Relator: Des. Fernando Botelho.
> [...]
> Voto
> [...]
> 2) ISSQN sobre locação de bens móveis.
> A nulidade do título, em face da sua inconstitucionalidade, restou demonstrada, pois, além do item 79 da Lista de Serviços do Decreto-lei 406/68 ter sido repugnado por decisão do e. Supremo Tribunal Federal, a locação de bens móveis não mais figura na lista formal de serviços da Lei Complementar nº 116/2003.
> Tive a oportunidade de dizê-lo, no enfrentamento da liminar:
> 'É cediço que o fato gerador do ISSQN - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - é a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviços, enumerados em lei complementar de caráter nacional, desde que tais serviços não estejam compreendidos na competência dos Estados-membros.
> E, mais, que a incidência do imposto deve amoldar-se à habitualidade e à finalidade lucrativa dos serviços prestados, mesmo que não constituam, esses últimos, atividade principal daquele que os presta.
> [...]
> O art. 8º do Decreto-lei nº 406, de 31.12.68, dispunha:
> 'O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.
> A referida lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, com a redação determinada pela Lei Complementar nº 56/87, em seu item 79, (essa vigente até a edição da Lei Complementar nº 116, de 31.07.2003) diz que se sujeita à incidência do imposto a atividade:
> 'Locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil'.
> A previsão do inciso 79 sempre trouxe discussão, tanto doutrinária como jurisprudencial, quanto a sua constitucionalidade, até a decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando restou decidida a inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre locação de bens móveis, como se verifica no aresto *in verbis*:
> 'Tributo. Figurino constitucional. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. Imposto sobre serviços. Contrato de locação. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - art. 110 do Código Tributário Nacional' (julgado em 11.10.2000 e publicada 25.05.2001, Ementa v. 2.032-04, p. 669).
> É certo que o julgamento do referido recurso extraordinário produz efeitos apenas no caso concreto - controle difuso de constitucionalidade, também denominado incidental ou descentralizado - e tem efeitos *ex nunc* entre as partes. Assim, em face do entendimento da maioria qualificada do Plenário da Corte Maior, os casos que forem submetidos àquele e. Tribunal deverão ter, até revisão da matéria, mesmo desate, à vista do que dispõem os arts. 101 e 103 do Regimento Interno do STF:
> 'Art. 101. A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciado por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário, salvo o disposto no art.103'.
> 'Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.'
> Assim, por força impositiva da decisão, embora não vinculativa, o reconhecimento da inconstitucionalidade da legislação municipal que se fundamenta no item 79 da Lista de Serviços anexa à LC 65/87 constitui tema de relevo no trato da matéria agravada.
> Nesse sentido, a jurisprudência do STF:
> 'Imposto sobre serviços (ISS). Locação de bens móveis. É firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não incide Imposto sobre Serviços (ISS) sobre locação de bens móveis. Agravo regimental a que se nega provimento' (RE-AgR 553223/RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 06.11.2007, publicado em *DJ* de 14.12.2007, p. 105, Ementa v. 02303-05, p. 01073).
> Bem assim, o julgamento dos RE-AgR 465143/RJ; RE-AgR 446003/PR; RE 462747 AgR e AI 487120 AgR/RJ, dentre outros.
> Do STJ:
> 'Tributário. ISS. Arrendamento mercantil. Obrigação de fazer. Conceito pressuposto pela Constituição Federal de 1988. Ampliação do conceito que extravasa o âmbito da violação da legislação infraconstitucional para infirmar a própria competência tributária constitucional. Acórdão calcado em fundamento substancialmente constitucional. Incompetência do Superior Tribunal de Justiça. Tema diverso do ensejador da Súmula 138 do STJ. 1. O ISS na sua configuração constitucional incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna eclipsa *ad substantia obligatio in faciendo*, inconfundível com a denominada obrigação de dar. 2. Outrossim, a Constituição utiliza os conceitos de direito no seu sentido próprio, com que implícita a

norma do art. 110 do CTN, que interdita a alteração da categorização dos institutos. 3. Consectariamente, qualificar como serviço a atividade que não ostenta essa categoria jurídica implica violação bifronte ao preceito constitucional, porquanto o Texto Maior a utiliza não só no sentido próprio, como também o faz para o fim de repartição tributário-constitucional (RE 116121/SP). 4. Sob esse enfoque, é impositiva a regra do art. 156, III, da Constituição Federal de 1988, *verbis*: 'Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) [...]'. 5. A dicção constitucional, como evidente, não autoriza que a lei complementar inclua no seu bojo atividade que não represente serviço e, *a fortiori*, obrigação de fazer, porque a isso corresponderia franquear a modificação de competência tributária por lei complementar, com violação do pacto federativo, inalterável sequer pelo poder constituinte, posto blindado por cláusula pétrea. 6. O conceito pressuposto pela Constituição Federal de serviço e de obrigação de fazer corresponde àquele emprestado pela teoria geral do direito, segundo o qual o objeto da prestação é uma conduta do obrigado, que em nada se assemelha ao *dare*, cujo antecedente necessário é o repasse a outrem de um bem preexistente, a qualquer título, consoante a homogeneidade da doutrina nacional e alienígena, quer de Direito Privado, quer de Direito Público. 7. Envolvendo a atividade bens e serviços, a realidade econômica que interessa ao Direito Tributário impõe aferir o desígnio final pretendido pelo sujeito passivo tributário, distinguindo-se a atividade-meio, da atividade-fim, esta última o substrato da hipótese de incidência. 8. 'A adulteração dos conceitos incorporados pelo constituinte na criação da regra-matriz de incidência de cada exação fiscal é matéria constitucional, visto que viola as regras de repartição constitucional da competência tributária e, por consequência, atenta contra a organização federativa do Estado, que pressupõe a autonomia legislativa dos entes federados' (Parecer da lavra de Luiz Rodrigues Wambier, datado de 20.07.2006). 9. As proposições acima conduzem à inequívoca inconstitucionalidade do item 79 e do subitem 15.09, da relação anexa ao Decreto-lei 406/68, com a redação dada, respectivamente, pelas Leis Complementares 56/87 e 116/03, que prevêem a incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil, por isso que se conjura a incompetência imediata do STJ para a análise de recurso que contenha essa antinomia como essência em face da repartição constitucional que fixa os lindes entre esta eg. Corte e a Corte Suprema. 10. Acórdão cuja conclusão se alicerça em fundamento constitucional, qual seja a violação do art. 156, III, da Constituição Federal de 1988, e a inconstitucionalidade das listas constantes do Decreto-lei 406/68 e da Lei Complementar 116/03, revela-se de integral competência do STF, máxime quando se sustenta um fundamento autônomo a exigir, na forma do verbete sumular, a interposição simultânea de ambos os apelos extremos (Precedentes da Primeira Turma: AgRg no REsp 684021/RS, desta relatoria, *DJ* de 22.08.2005; AgRg no REsp 697335/RS, desta relatoria, *DJ* de 29.08.2005; REsp 631547/MG, Relator Ministro José Delgado, *DJ* de 05.08.2004; e AgRg no AgRg no Ag 659539/MG, desta relatoria, *DJ* de 20.02.2006. Decisões monocráticas: REsp 628211/BA, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, *DJ* de 15.12.2004, e no REsp 822631/RS, Relator Ministro José Delgado, *DJ* de 31.03.2006). 11. Deveras, a conceituação de serviços encarta-se na mesma competência que restou exercida pela Corte Suprema na análise prejudicial dos conceitos de faturamento e administradores e autônomos para os fins de aferir hipóteses de incidência, mercê de a discussão travar-se em torno da legislação infraconstitucional que contemplava essas categorizações, reproduzindo as que constavam do Texto Maior. 12. Aliás, não é por outra razão que o CPC dispõe no art. 543 que: 'Art. 543. Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça. (...) § 2º Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecorrível sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário [...].' 14. Sobressai, desta sorte, imprescindível a manifestação da Corte Suprema sobre o *thema iudicandum*, suscitado de forma explícita ou implícita em todas as causas que versam sobre a competência tributária municipal, essência manifesta das decisões que têm acudido ao eg. STJ. 15. *In casu*, o *aresto objurgado decidiu que: 'Apelação. Arrendamento mercantil. ISS. Inexigibilidade. Ausência de prestação de serviço. A inclusão na Lista de Serviço de fatos que não configuram prestação de serviço, por afastada a idéia de trabalho, de esforço humano, de um facere, afronta o disposto no art. 156, III, da Constituição Federal. Assim se dá na locação de bens móveis, como já proclamou o Supremo Tribunal Federal. Assim também e por identidade de razões no arrendamento mercantil. É que não importa esteja listado o serviço; importa, sim, se o fato que lá está descrito se caracteriza como tal. A lista não é critério ou não é o único critério para descrever o fato gerador do ISS, até porque não define o tipo, não conceitua o que seja prestação de serviço. É ou ao menos deveria ser exemplificativa, jamais definidora do tipo. Na verdade, a noção de serviço, traço essencial do ISSQN, não dispensa e ideia de trabalho, de esforço humano, tal como disciplinado no Código Civil, ao qual há de socorrer-se o intérprete em obediência ao que dispõe o art. 110 do CTN, ante o vazio normativo tributário. Apelo provido' (Apelação Cível nº 70009640657, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges, julgado em 03.11.2004). 16. As conclusões e premissas de índole notadamente constitucional, sem as quais não sobreviveria o aresto recorrido impõem timbrar seu fundamento constitucional para, na forma da jurisprudência cediça na Corte, não conhecer do especial (Precedentes: AgRg no Ag 757416/SC, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 03.08.2006; AgRg no Ag 748334/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 30.06.2006; REsp 754545/RS Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 13.03.2006; AgRg no REsp 778173/MG, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 06.02.2006; AgRg no REsp 658392/DF, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 21.03.2005). 17. Nesse sentido, restou pacificada a jurisprudência desta Corte por ocasião do julgamento do REsp 805317/RS, Relator para acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 21.09.2006. 18. Recurso especial não conhecido' (REsp 912036/RS; Relator Ministro Luiz Fux; publ.: DJ de 08.10.2007, p. 228).*

Bem assim, deste Sodalício:

'ISS. Incidência sobre locação de bens móveis. Inconstitucionalidade. - Tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a inconstitucionalidade do item 79 do Decreto-

lei 406/68, com a redação dada pela LC 56/87, a questão deve ser vista em consonância com tal entendimento. Se somente em 1º de agosto de 2000 o objetivo social da autora passou a ser também o de locação de bens móveis ligados à área de informática, perde sentido a discussão sobre prescrição decenal. A citação interrompe a prescrição (art. 219-CPC), mas seus efeitos retroagem à data da propositura da ação (§ 1º). Os honorários devem ser fixados com fundamento na importância econômica da causa, levando-se em conta, ainda, a ocorrência ou não de sucumbência parcial, que dá origem à compensação da verba (Súmula 306-STJ). V.v.p.' (Apelação Cível nº 1.0024.04.335595-7/001, Relator Desembargador Edivaldo George dos Santos, publ.: 20.04.2006).

'Mandado de segurança. Tributário. Locação de bens móveis. ISSQN. Não incidência. Inconstitucionalidade. - Mostra-se inconstitucional a norma que prevê tributação via ISSQN de locações de bens móveis, hipótese que não pode ser abrangida pelo instituto serviços, utilizado pela CF/88 na definição da competência municipal para instituir impostos. - Tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a inconstitucionalidade do item 79 do Decreto-lei 406/68, com a redação dada pela LC 56/87, tollitur quaestio em relação à inexistência do dispositivo fulminado pela Suprema Corte Nacional' (Apelação Cível nº 1.0702.04.137048-8/002, Relator Desembargador Belizário de Lacerda, publ. em 25.10.2005).

'Tributário. ISSQN. Locação de bens móveis. Não incidência. Inconstitucionalidade. Posição do STF. - Não há incidência do imposto sobre serviços - ISSQN - em contrato de locação de bens móveis. Segundo o Sumo Pretório, inconstitucional é a inclusão da expressão locação de móveis, no item 79 da lista de serviços a que se refere o Decreto-lei 406/1968, com a redação dada pela LC 56/1987, por não configurar prestação de serviços e, via de consequência, não ser fato gerador do mencionado tributo' (Apelação Cível nº 1.0313.03.076535-5/001, Relator Desembargador Hyparco Immesi, publ.: 09.09.2005)'.

Anote-se, ainda, que, no caso presente, o agravado abstém-se de impugnar o recurso interposto (f. 97), o que faz crer que os fatos noticiados no agravo não se submetem a qualquer oposição público-fiscal.

Conclusão.

Com esses fundamentos, dou provimento ao agravo para acolher a exceção de pré-executividade e declarar a nulidade do título executivo fiscal, por inconstitucionalidade da dedução administrativa que enseja o lançamento de ofício nele expresso.

Custas recursais, pela agravada, isento pela prerrogativa da Lei nº 14.939/2003 e Provimento Conjunto do TJMG nº 03/2005.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Fernando Bráulio e Teresa Cristina da Cunha Peixoto.

Súmula - Deram provimento ao recurso.

Reafirmamos, agora, o argumento: não é a lista, anexa à norma complementar - material (Decreto-lei 406/68) e formal (LC 116/2003) - que delimita a exação; delimita não mais que a tipologia, cabendo, na realidade, o desenho da hipótese de incidência à estrutura exacional consagrada na CF e na lei integrativa de seus princípios.

No mesmo sentido, julgados do TJMG:

Ementa: ISSQN. Arrendamento mercantil. Item 79 da lista anexa ao Decreto-lei 406/68. Ilegalidade. Precedente do Plenário do STF. - De se reconhecer o direito da impetrante de não pagar e não sofrer retenção do ISSQN no arrendamento mercantil, por não configurar serviços e constituir mera obrigação de dar, não passível de tributação pelo referido imposto municipal. Inteligência do art. 155, III, da CF/88 e do art. 110 do CTN. Precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE nº 116.121-3/SP). Restituição de indébito. Prova do pagamento indevido. Ônus da autora. - Constitui documento indispensável ao ajuizamento da ação de repetição de indébito tributário a prova do pagamento indevido, com a juntada dos documentos públicos respectivos, quais sejam as guias de recolhimento do tributo, devidamente quitadas. Inadmissível deixar a comprovação do recolhimento para liquidação de sentença. Apelação Cível nº 1.0079.02.004087-3/001 - Comarca de Contagem - Apelante: BMG *Leasing* S.A. Arrendamento Mercantil (primeiro), Município de Contagem (segundo) - Apelados: Município de Contagem, BMG *Leasing* S.A. Arrendamento Mercantil - Relator: Des. Eduardo Andrade, data da publicação: 20.10.2006.

Ementa: Embargos infringentes. Matéria de divergência. Arrendamento mercantil. ISSQN. Incidência indevida. - O arrendamento mercantil financeiro, com os seus componentes de compra e venda, locação e financiamento, não envolve nenhuma prestação de serviço e, como tal, não se sujeita à incidência do Imposto sobre Serviços. Embargos Infringentes nº 1.0024.03.184235-4/002 em Apelação Cível 1.0024.03.184235-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Embargante: Município de Belo Horizonte - Embargado: Mercantil do Brasil *Leasing* S.A. - Relator: Des. Edilson Fernandes, data da publicação: 25.09.2007.

Ementa: Tributário. ISSQN sobre arrendamento mercantil. Recente entendimento do STJ. Afastamento da incidência da Súmula 138 do STJ. Enquadramento do serviço nas obrigações de dar. Deturpação do conceito constitucional de serviço, que abrange somente as obrigações de fazer. Entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado no RE nº 116.121-3. Inconstitucionalidade reconhecida. Direito à repetição do indébito pago. Recurso provido. - Nos termos da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp 805317/RS), não incide o ISSQN sobre os serviços decorrentes de contrato de arrendamento mercantil, seja por não atrair a incidência da Súmula 138 do STJ, que, publicada em 1993, foi editada com finalidade diversa da que ora se discute, já que, pelo exame de seus precedentes, não estava em discussão o exame da complexa natureza daquele instituto ou mesmo qualquer questão de ordem constitucional; seja por reconhecer que tais serviços são típicas obrigações de dar, independentemente da atividade que venha a prevalecer, já que o mencionado contrato abrange atividades de financiamento, de locação e de compra e venda, não se enquadrando, assim, no conceito de 'serviços', que consistem em obrigações de fazer, previsto no art. 156 da CF/88, escapando, portanto, da esfera de tributação do ISSQN pelos Municípios. Nesse rumo, afigura-se, sem dúvida, manifesta inconstitucionalidade perpetrada pela União Federal ao adicionar tal atividade à lista de serviços anexa à LC 116/2003; e, da mesma forma, pelo Município de Belo Horizonte, ao cobrar, por lei municipal, o ISS sobre a atividade de *leasing*, fazendo, por tal razão, o contribuinte jus à repetição dos valores pagos a este título. Recurso provido. Apelação Cível nº 1.0024.03.184235-4/001 - Comarca de

Belo Horizonte - Apelante: Mercantil do Brasil *Leasing* S.A. - Apelado: Município de Belo Horizonte - Relator: Des. José Domingues Ferreira Esteves.

Igualmente, o TJSC:

Tributário. Ação anulatória fiscal cumulada com declaratória de inexigibilidade do tributo. ISS sobre operações de *leasing* financeiro. Não incidência. Procedência do pedido. Manutenção da sentença. Insurgência dos autores quanto ao montante arbitrado a título de honorários advocatícios. Objetivo de majoração da verba não alcançado. Fixação adequada. Desprovimento da remessa e dos recursos voluntários. - 1. O arrendamento mercantil financeiro não envolve, no sentido técnico jurídico, nenhuma prestação de serviço e, portanto, não se sujeita à incidência do Imposto sobre Serviços (ISS). 2. Prevê o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil que, em se tratando de sentença sem carga condenatória, o magistrado ao fixar a verba advocatícia deve atentar para os requisitos previstos no § 3º, letras *a*,*b* e *c* do mesmo artigo - grau e zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço, logo, não estará o magistrado neste caso limitado a percentual algum sobre qualquer valor, pois a remessa que faz o § 4º daquele dispositivo é tão somente com relação aos critérios de avaliação nas alíneas do parágrafo anterior. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2006.008390-9, da Comarca da Capital (2ª Vara da Fazenda), em que são apelantes e apelados o Município de Florianópolis e o Banco Fiat S.A.: acordam, em Primeira Câmara de Direito Público, por maioria de votos, desprover a remessa e o recurso do Município e, por unanimidade, desprover o recurso dos autores. Vencido o e. Des. Volnei Carlin. (Apelação Cível nº 2006.008390-9, da Capital. Relator: Des. Nicanor da Silveira Data: 02.02.2007).

Não se desconhece, aqui, que o e. STF reexamina, neste momento (o de elaboração deste voto), a matéria, fazendo-o no iniciado julgamento do RE 547245, em que já obtido voto do e. Ministro Eros Grau, dando provimento a recurso que favorece a tese de Municípios que buscam convalidação da exação/ISSQN em arrendamento mercantil:

Na data de elaboração deste voto, o e. Min. Joaquim Barbosa havia pedido vista dos autos. A notícia do julgamento, extraída do site/internet do STF: Quarta-feira, 4 de fevereiro de 2009.
Ministro Eros Grau vota a favor da incidência do ISS nas operações de *leasing*.
Os municípios contam com um voto favorável à incidência do Imposto Sobre Serviço (ISS) em operações de arrendamento mercantil do tipo *leasing* financeiro no Supremo Tribunal Federal (STF). Primeiro a se pronunciar sobre a matéria, o ministro Eros Grau afirmou nesta tarde (4) que o *leasing* financeiro é um contrato autônomo, que tem como núcleo o financiamento, que, por sua vez, é um serviço sobre o qual o ISS pode incidir. O julgamento foi interrompido por um pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa.
Grau é o relator de dois Recursos Extraordinários (RE 547245 e 592905) que discutem o caso. Um recurso foi proposto pelo município catarinense de Itajaí para cobrar ISS sobre veículos financiados pelo Banco Fiat. O outro processo é do HSBC contra a cobrança do ISS pela prefeitura de Caçador, também em Santa Catarina. O ministro afastou a tese dos bancos, segundo a qual o *leasing* não é um serviço, mas uma operação de crédito, na qual a empresa de *leasing* somente ajusta o financiamento de um bem.
Eros Grau explicou que há três modalidades de arrendamento mercantil: o *leasing* operacional, o *leasing* financeiro e o *leasingback*. No primeiro caso, prepondera o aspecto de locação, ou seja, de se colocar um bem para utilização do locatário. Nos dois últimos tipos de *leasing*, o aspecto principal é a prestação de serviço, sendo que o *leasing* financeiro é uma atividade que somente se exerce por meio da prestação de considerável parcela de serviços diversificados. 'No arrendamento mercantil, o *leasing* financeiro, contrato autônomo, que não é contrato misto, o núcleo é o financiamento, não a prestação de dar. E financiamento é serviço, sobre o qual o ISS pode incidir, resultando irrelevante a existência de uma compra nas hipóteses do *leasing* financeiro e do *leasing*back', disse Eros Grau. 'A questão, senhores ministros, é na verdade singela', concluiu.

Nem se desconsidera existência de julgados em sentido contrário ao do entendimento ora esposado, no âmbito deste Tribunal e de outros:

O STJ:
Processual Civil e Tributário. ISS. Arrendamento mercantil. *Leasing*. Súmula 138/STJ. Cobrança. Local da prestação do serviço. Art. 12 do DL nº 406/68. Base de cálculo. Valor dos serviços. Antecipação de tutela. Reexame fático-probatório. Súmula 7/STJ. 1. 'O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis'. Inteligência da Súmula 138/STJ. 2. O município competente para a cobrança do ISS é aquele onde ocorreu o fato gerador e a base de cálculo será o valor total dos serviços prestados. 3. A verificação sobre a necessidade da concessão de tutela antecipada depende da apreciação do contexto fático-probatório do caso concreto, providência imprópria em sede de recurso especial, conforme óbice previsto na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1067121/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16.12.2008, *DJe* de 06.02.2009.)

TJMG:
Ementa: Ação declaratória. ISS. Arrendamento mercantil. Aeronave. Incidência. - Legítima a exigência de ISS sobre a operação de arrendamento mercantil de aeronave. Aplicação do item 15.09 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/03.Recurso a que se nega provimento. Apelação Cível nº 1.0024.04.492417-3/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Líder Táxi Aéreo S.A. - Air Brasil - Apelada: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Relator: Des. Kildare Carvalho, data da publicação: 27.02.2007.

Ementa: Constitucional. Tributário. ISSQN. Lista de serviços. Arrendamento mercantil. Previsão expressa na lista anexa da Lei Complementar 116/2003. Antecipação de tutela. Ausência de verossimilhança das alegações. - Havendo previsão expressa em lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003 do arrendamento mercantil, indefere-se o pedido de tutela antecipada, através do qual pretendia o agravante a suspensão do crédito tributário con-

substanciado no ISSQN, por ausente a verossimilhança das alegações. Agravo nº 1.0342.06.077788-1/001 - Comarca de Ituiutaba - Agravante: Banco General Motors S.A., nova denominação de GM *Leasing* S.A. Arrendamento Mercantil S.A. - Agravado: Município de Ituiutaba - Relator: Des. Manuel Saramago, data da publicação: 02.08.2007.

Entretanto, e até que a e. Suprema Corte defina o julgamento da questão, não se pode permitir que, sob influência significativa - a do precedente que considera intributável, pelo ISSQN, a locação de coisas - o arrendamento mercantil, que igualmente reúne, como objeto preponderante ou fundamental, a *locatio conductio rerum*, prossiga sob tratamento tributário diverso, como anômalo pacto de *locatio conductio operarum*.

É o entendimento que modestamente esposamos, com a vênia dos que consideram, em contrário, sujeito o "*leasing* financeiro" à incidência do ISSQN.

Faço questão de salientar, aqui, ainda, que, no caso presente, o Município agravado abstém-se, nas contrarrazões de f. 354/370-TJ, de impugnar ou objetar concretamente a arguição de *periculum in mora* formulada pelo agravante às f. 49/51-TJ e estruturada no argumento de que, da atuação de f. 72-TJ, surgido risco de constrição judicial de bens ou recolhimento de valores ao erário.

Embora certo de que a autuação - o lançamento de ofício ainda não definitivo - não opera, por si só, efeitos patrimoniais lesivos, em face da sua administrativa impugnabilidade dotada de efeito suspensivo (art. 151, III, do CTN), o silêncio, no caso presente, quanto à arguição do perigo, não deixa margem para discussão, pelo que considero o ato materializado do lançamento habilitador do risco da lesão contra a qual pedida a medida antecipatória.

Por isso, temos que evidenciada, nos autos, a presença dos requisitos para concessão da tutela antecipada, porquanto existente prova inequívoca da verossimilhança da alegação inicial, como acima demonstrado, bem como fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, na medida em que a exigência (a nosso ver, ilegal) do ISSQN, pelo Município de Barbacena, importaria no recolhimento de significativos valores aos cofres públicos.

Conclusão.

Mercê de tais alinhamentos, rejeito a preliminar de não conhecimento e, no mérito, dou provimento ao recurso para, reformando a decisão recorrida, deferir a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, suspendendo a exigibilidade de crédito tributário referente ao ISSQN incidente sobre operações de *leasing* financeiro (arrendamento mercantil) ocorridas no Município de Barbacena, incluindo o crédito tributário apurado no Auto de Infração nº 704/2008, até o julgamento da ação proposta em primeira instância.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Acompanho o eminente Relator, no provimento que S. Ex.ª faz ao recurso de agravo, por entender verossimilhante a tese do agravante, não sem me reservar o oportuno e eventual aprofundamento da matéria atinente à ocorrência do risco de prejuízo a justificar a medida extrema de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Sr. Presidente. Acompanho o eminente Relator, com a ressalva posta por V. Ex.ª.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação demolitória - Direito de vizinhança - Construção irregular - Imóvel prejudicado

Ementa: Ação demolitória. Preliminar rejeitada. Direito de vizinhança. Imóvel prejudicado pela construção irregular. Recurso desprovido.

- O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos (art. 1.299, CC).

- Restando demonstrado que a construção na propriedade do apelante tem trazido prejuízos à propriedade vizinha, impõe-se a manutenção da sentença que, deixando de determinar a sua demolição integral, determinou que o dono da obra dela suprima os pontos considerados irregulares, nos termos do levantamento pericial constante dos autos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.04.188400-1/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Carlos José Goretti - Apelados: Nilo Pina e sua mulher - Relator: DES. ANTÔNIO DE PÁDUA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2009. - *Antônio de Pádua* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Carlos José Goretti, nos

autos da ação demolitória com perdas e danos materiais, cumulada com pedido de antecipação de tutela, movida por Nilo Pina e sua mulher Sônia Bastos Pina, perante o Juízo da 7ª Vara Cível desta comarca, inconformado com os termos da r. sentença de f. 213/223, que julgou procedente, em parte, o pedido inicial, para que o réu adote, no prazo de 20 (vinte) dias, sob pena de multa diária, providências no sentido de: a) exterminar ponto de escoamento de águas pluviais para o terreno do autor ou sobre divisa dos terrenos das partes, conforme recomendação pericial encontrada à f. 112, item; b) promover o fechamento da janela aberta (f. 126/127), em alvenaria, retirando, também, a grade branca da varanda (f.128), eliminando quaisquer vãos ou aberturas em direção ao terreno do autor, em face da inexistência de recuo na divisa entre os terrenos de propriedade dos mesmos.

A sentença afastou o pedido de indenização por danos materiais e, considerando a ocorrência de culpa recíproca, condenou as partes ao pagamento das custas, na proporção de 50% para cada uma, compensando-se os honorários na forma do art. 21 do CPC.

Houve interposição de embargos de declaração por parte dos autores, que restaram rejeitados pela decisão de f. 225/226.

Em suas razões recursais de f. 227/237, o apelante argui, em preliminar, a nulidade parcial da sentença, ao argumento de que a determinação de que seja demolida a "grade branca existente na extensão do muro" não consta do pedido inicial, não podendo, por consequência, integrar o dispositivo sentencial, como fez, incidindo este, portanto, em nulidade.

No mérito, sustenta que restou demonstrado nos autos que a construção por ele levada a efeito não invadiu o terreno dos apelados, nem prejudicou o projeto arquitetônico do condomínio, não havendo que se falar em sua demolição.

No tocante à determinação de retirada dos canos ou calhas que despejavam água no terreno dos apelados, bem como daqueles colocados na divisa dos terrenos, conforme constatação pericial, aduz o recorrente que já satisfez a obrigação, antes mesmo da prolação da sentença ora hostilizada.

Insurge-se também o apelante contra a sentença no que alude à determinação de que seja fechado o vão de iluminação aberto em direção ao terreno dos apelados, aduzindo, para tanto, que o referido vão não traz qualquer prejuízo para eles, uma vez que está colocado a uma altura superior a 7 (sete) do nível do terreno, não prejudicando, dessarte, em nada os autores, mesmo porque já foi colocado insufilme na janela, com zero por cento de visibilidade.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminar de nulidade parcial da sentença.

A preliminar de nulidade parcial da sentença não se credencia ao sucesso, porquanto a petição inicial é clara em sua parte conclusiva, na qual o apelado requer a demolição da construção do apelante, não havendo, portanto, que se falar em sentença *extra* ou *ultra petita*, por haver o MM. Juiz sentenciante determinado a retirada da "grade branca existente na extensão do muro", na divisa entre os litigantes. Versando o pedido sobre a demolição integral da obra, o deferimento da demolição de pequena parte desta não configura qualquer afronta ao dispositivo dos arts. 458 e seguintes do CPC.

No que concerne ao mérito, impõe-se registrar que, no contrato acostado às f. 12/13, o apelante, ao adquirir o lote de terreno descrito nos autos, onde edificou a sua moradia, obrigou-se, pela cláusula 11ª do contrato de compra e venda respectivo, firmado com a empresa Frederico Godinho Imóveis Ltda., a respeitar uma distância de 3 (três) metros da linha frontal e um metro e meio das divisas laterais.

Como bem observado pelo Magistrado sentenciante, os anexos fotográficos acostados aos autos denotam que o lote de nº 12 (doze), de propriedade do apelante, possui duas frentes, sendo uma para a antiga Rua K, hoje denominada Sebastião Bastos Xavier, e outra para a Rua J, antiga Rua José Barbosa de Castro, sendo que o acesso, atualmente, é feito pela Rua K.

Relativamente aos recuos contratualmente previstos, a construção do apelante observou corretamente as distâncias laterais e frontal, não o fazendo em relação aos fundos do lote, coincidindo as divisas deste com a linha lateral direita do terreno dos apelados. No laudo pericial de f. 99/131, afirma o *expert* que a linha confrontante da casa do apelante que limita com a divisa direita do lote 11 não é divisa lateral, e sim dos fundos (f. 113), esclarecendo o mesmo perito que a construção do réu tem os seguintes recuos: frente para a Rua Sebastião Bastos, 3m: pela lateral direita, com o lote 13, na ordem de 1,5m, e fundos com o autor com recuo zero.

Pelos mesmos anexos fotográficos e relato pericial, verifica-se que o apelante promoveu qualquer afastamento da linha dos fundos de seu terreno, que divisa com a lateral direita do terreno do autor, consoante se vê à f. 119, estando a construção na linha divisória, sem, contudo, adentrar o terreno do autor.

Nesse aspecto, necessário frisar que, embora o apelante não estivesse obrigado ao recuo, não poderia ele, todavia, deitar calhas e canos para o terreno do apelado, da mesma forma que não poderia abrir janelas, fachadas ou varanda para o seu terreno, como fez, segundo o que se evidencia das fotografias de f. 16/18 e 126/127, sendo certo que a construção, nesse particular, extrapolou os limites da lei ao abri-las a menos de metro e meio do terreno vizinho, impondo-se-

lhe, pois, o respectivo fechamento, o mesmo devendo ocorrer em relação à varanda, nos termos do esclarecimento pericial de f. 206/207.

Restou, ainda, demonstrado pelo laudo pericial que o apelante abriu um vão de iluminação e ventilação em sua casa, porém sobre a parede de divisa com o autor, o que se evidencia da fotografia de f. 126, o que não é permitido em lei.

Nesse mister, cumpre esclarecer que o art. 1.299 do Código Civil de 2002 estabelece que "o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos", sendo que, por sua vez, o art. 1.301 do mesmo diploma legal estabelece que "É defeso abrir janelas, ou fazer eirado, terraço ou varanda a menos de metro e meio do terreno", constatando-se, assim, que o artigo legal em referência consagra o princípio de que a vizinhança de prédios impõe restrições a que na proximidade das linhas divisórias se possam abrir janelas ou construir terrenos ou varandas, com o que se busca evitar os inconvenientes de devassa de muito perto de prédio alheio, constrangendo os seus ocupantes, seja do ponto de vista auditivo e visual, seja considerada a hipótese de caída de objetos (LOURES, José Costa e GUIMARÃES, Taís Maria Lourdes Dolabela in *Código Civil comentado*. Ed. Del Rey, 2003, p. 560/561).

Por sua vez, o art. 1.312 do mesmo diploma legal dispõe que "Todo aquele que violar as proibições estabelecidas nesta seção é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos".

> Ementa: Ação demolitória. Preliminar rejeitada. Direito de vizinhança. Imóvel prejudicado pela construção irregular. Recurso não provido. - O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos (art. 1.299, CC). Restando demonstrado que a construção na propriedade do apelante tem repercutido e trazido prejuízos à propriedade vizinha, impera o deferimento da demolição da obra realizada (Apelação Cível nº 1.0439.05.040429-2/001, 16ª Câmara Cível, Des. Sebastião Pereira de Souza, *DJ* de 28.02.2007).

> Ementa: Direito de vizinhança. Nunciação de obra nova. Construção de muro divisório pelos denunciados. Invasão de parte do terreno da nunciante. Procedência do embargo à obra. Demolição do muro edificado. - Em atendimento ao disposto no art. 1.297 do Código Civil, o proprietário tem direito de edificar muro entre o seu imóvel e o confinante. No entanto, tal direito de construir encontra limites na legislação civil, não podendo o confrontante invadir parte de terreno vizinho ao edificar o muro divisório, sob pena de ser compelido ao desfazimento da construção irregular (Apelação Cível 1.0051.05.012498-4/001, 15ª Câmara Cível TJMG, Des. Wagner Wilson, *DJ* de 15.03.2007).

Correta, portanto, a meu sentir, a sentença hostilizada.

À vista do exposto, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e ROGÉRIO MEDEIROS.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Dano moral e estético - Dano material - Cumulação - Possibilidade - Trator da Prefeitura - Arremesso de pedra contra a autora - Perda da visão de um dos olhos - Responsabilidade do Estado - Capacidade laboral - Perda parcial - Fixação de pensão - Juros de mora - Correção monetária - Incidência

Ementa: Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos. Possibilidade de cumulação. Pedra arremessada contra a autora por trator da Prefeitura. Perda da visão de um dos olhos. Responsabilidade do Estado. Perda parcial da capacidade de trabalho. Fixação de pensão em um salário-mínimo. Juros de mora contados desde o evento danoso. Correção incidente a partir da prolação da sentença.

- O Estado responde de forma objetiva pelos atos comissivos causados por seus prepostos, conforme preceitua o art. 37, § 6º, da Constituição. A responsabilidade objetiva independe de culpa da Administração; o dever de indenizar sobressai, caso fique demonstrada a tríade: ação estatal, dano a terceiro, nexo de causalidade.

- Pedra arremessada contra transeunte por trator da Prefeitura Municipal caracteriza caso clássico em que, mesmo que o preposto aja com a diligência mínima esperada, resta patente o nexo causal entre a atuação da Administração e o prejuízo a terceiro, pressuposto da responsabilidade objetiva.

- A diminuição da capacidade de trabalho da vítima enseja fixação de pensão em seu favor, mesmo que a beneficiária não esteja exercendo atividade remunerada na época do sinistro. Em casos como este, a recomendação do STJ é a fixação da pensão no patamar de um salário-mínimo.

- Os juros de mora, nesses casos, devem incidir desde a data do evento danoso (Súmulas 43 e 54 do STJ), enquanto a correção monetária é contada a partir da data de prolação da sentença condenatória.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0433.06.188827-0/002 - Comarca de Montes Claros - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública, de Registros Públicos, de Falências e Concordatas da Comarca de Montes Claros - Apelante: Município de Montes Claros - Apelada: Íris Batista dos Santos - 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 REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2009. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Trata-se de apelação interposta às f. 128/134 pelo Município de Montes Claros, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Íris Batista dos Santos, diante do seu inconformismo em relação à sentença de f. 119/126, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais e condenou o município-réu ao pagamento de indenização por danos materiais em R$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais) e por danos morais em R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), além de fixar pensão mensal de um salário-mínimo em favor da autora.

O apelante argumenta sobre a inexistência de nexo de causalidade entre sua atuação e o dano sofrido pela apelada. Diz, ainda, que se trata de caso fortuito, em que inexiste dever de indenizar. Assevera que o valor dos danos materiais ultrapassa os valores consignados nas notas juntadas com a inicial. Aduz que o valor dos danos morais é exagerado e que a fixação da pensão é descabida, tendo em vista as provas de que o trabalho da autora não lhe rende tal quantia. Pede, por fim, que os juros e correção sejam contados desde a data da prolação da sentença e que o valor dos honorários advocatícios seja diminuído.

Intimada, a apelada deixou de apresentar contrarrazões.

Recebo os autos em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Passo ao exame do mérito, por inexistirem questões preliminares.

A autora intentou ação indenizatória contra o Município de Montes Claros. Narrou que transitava por uma das vias públicas da cidade, quando foi atingida por uma pedra, arremessada por um trator da Prefeitura, que roçava um lote vago. A pedra projetada pelo trator atingiu o olho direito da requerente, que perdeu a visão.

A pretensão engloba danos materiais - decorrentes das despesas do tratamento médico-hospitalar - e danos morais - referentes ao prejuízo estético e à inevitável diminuição da autoestima da vítima.

É sabido que o Estado responde de forma objetiva pelos atos comissivos causados por seus prepostos, conforme preceitua o art. 37, § 6º, da Constituição. A responsabilidade objetiva independe de culpa da Administração; o dever de indenizar sobressai, caso fique demonstrada a tríade: ação estatal, dano a terceiro, nexo de causalidade.

Contudo, nem sempre os três elementos caracterizarão a responsabilidade extracontratual do Estado, havendo três casos em que o dever de indenizar fica afastado. São eles: o dano ocorrido por culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior.

Observe-se o seguinte trecho de voto prolatado pela eminente Ministra Eliana Calmon:

> A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior, ou decorrer de culpa da vítima. (STJ, REsp 721439/RJ, *DJ* de 31.08.2007, p. 221.)

O caso sob exame não contempla a culpa exclusiva da vítima, coadjuvante no sinistro, tendo em vista que apenas transitava por via pública, desimpedida, onde não havia nenhuma placa de aviso sobre a capina em lote vago. Tampouco é caso de força maior, haja vista não se tratar de evento da natureza. Resta-nos saber se o caso foi fortuito.

Fortuito é o evento que ocorre por força do acaso, é imprevisto. Bom exemplo é aquele em que o veículo do Estado, ao trafegar em via pública, arremessa uma pedra ou ladrilho em algum pedestre. O caso concreto, a uma primeira vista, parece similar, mas não é. Vejamos por quê.

No exemplo acima, o motorista não tem a obrigação de dirigir atento para possíveis pedras ou ladrilhos soltos no chão, não pode prever que algo aconteça pelo simples ato de dirigir. No entanto, no caso em espeque é perfeitamente plausível que o ato de roçar lote vago possa ensejar o arremesso de detritos.

Não resta dúvida de que o dano foi ocasionado por um infortúnio, mesmo por falta de sorte da vítima. Ainda assim, sobressai uma questão relevante: agiu o preposto dentro daquilo que se esperava? Creio que não. O próprio Município consentiu que não havia no local placas indicativas sobre as atividades desempe-

nhadas no lote vago, ou mesmo sobre eventual perigo de que os pedestres fossem atingidos por pedras ou outros objetos arremessadas pelo trator.

Contribui para afastar a hipótese de caso fortuito o fato de que, em outra oportunidade, a mesma atividade de roçar o lote já havia lesionado um outro transeunte, no mesmo Município. Na oportunidade, um garoto teve a perna atingida por uma pedra arremessada por trator semelhante, que fazia capina no mesmo lote.

Casos como este permeiam os tribunais, que têm entendido não se tratar de caso fortuito, subsistindo, assim, o dever de indenizar. Apenas por citar, trago à colação caso bastante semelhante, decidido pelo TJMG, em acórdão da relatoria da eminente Des.ª Maria Elza:

> Responsabilidade civil do Estado. Indenização por dano material e moral. Acidente. Perda da visão. Comprovação do dano e do nexo de causalidade. Dever de ressarcir.
> - Em ação de responsabilidade civil estatal, o autor deve provar o dano alegado e o nexo de causalidade, para que possa pleitear indenização em face do causador do prejuízo. Presentes os requisitos necessários, deve o Estado indenizar a vítima pelos prejuízos sofridos. [...]
> - No caso em epígrafe, latente a responsabilidade estatal em indenizar o autor. Conforme se depreende das provas constantes às f. 108/112-TJ, restou plenamente comprovado que o requerido perdera a visão de seu olho direito em virtude de uma pedra que fora arremessada contra o mesmo por um trator de prefeitura que realizava a limpeza da vegetação de um lote. (Apelação Cível nº 1.0534.05.003979-9/001, Rel.ª Des.ª Maria Elza, j. em 26.03.2009.)

Comprovado o dever de indenizar, impende passarmos à análise das parcelas deferidas pelo Juiz *a quo*.

O dano material, advindo dos gastos médico-hospitalares, ficou comprovado com os documentos de f. 28/30. A autora junta receita médica e alega que deve adquirir os medicamentos semanalmente, portanto faria jus à indenização no valor de quatrocentos reais mensais. Nada obstante, o receituário médico de f. 27 apenas fala sobre a frequência com que os medicamentos devem ser ministrados, mas deixa de informar o tempo total do tratamento, sendo impossível, então, aferir a veracidade da alegação. Não tendo se desincumbido do ônus da prova, o dano material referente aos remédios deve ficar restrito ao preço de compra das notas fiscais juntadas.

A soma das notas fiscais de f. 28/30 atinge o valor de R$ 220,56 (duzentos e vinte e seis reais e cinquenta e seis centavos), inferior, portanto, aos R$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais) fixados na sentença.

A compensação pelos danos morais e estéticos, fixada em R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) na sentença, não merece ser reformada.

É certo que os danos são irreparáveis, estando a autora fadada a conviver, pelo resto da vida, com as marcas do evento danoso. Não apenas o prejuízo estético, estampado no rosto da autora, mas a irrefutável diminuição na sua autoestima, somados ao prejuízo na visão, agora monocular, ensejam a fixação dos danos morais no patamar verificado na decisão.

O valor dos danos morais, em patamar elevado, justifica-se pelo simples fato de que o valor de trinta e cinco mil reais engloba tanto o dano moral como o estético, haja vista a possibilidade de cumulação destes pedidos (STJ, REsp 519.258/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves; REsp 401.124/BA, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro; REsp 217.777/MG, Rel. Min. Ari Pargendler).

Passamos a tratar da pensão fixada em favor da requerente.

Sabe-se ser possível a fixação de pensão, em casos em que o prejuízo gera incapacidade laborativa, mesmo que parcial. Diante disso, afirmou o Magistrado:

> Restou informado, nos autos, que a autora percebe, mensalmente, um salário-mínimo em suas atividades domésticas de venda de salgados sob encomenda. Considerando que o grau de redução da capacidade laborativa decorre da própria perda da visão, fixo a pensão mensal em um salário-mínimo (f. 123).
> Os documentos que instruem a inicial não ajudam a elucidar o tema, restando apenas as provas testemunhais. As oitivas lavradas às f. 104 e 105 infirmam as alegações exordiais: "[...] os salgados que a autora fazia não davam 'para muita coisa'" (f. 104).
> [...] a autora fazia salgados em pequena quantidade, uma vez que no local não há demanda para maior quantidade [...] (f. 105).

Infere-se das alegações - das testemunhas arroladas pela própria autora - que a renda auferida com a venda de salgados feitos em casa não era grande, tendo em vista a baixa demanda. Com isso, não me parece plausível que a renda mensal fosse a de um salário-mínimo, conforme relatado pela autora.

Tampouco me parece razoável que a perda da visão de um dos olhos possa alterar, substancialmente, a produção caseira de doces, em especial quando já restou comprovado que tal produção se dava em pequena escala.

Muito embora a capacidade de trabalho tenha sido apenas parcialmente diminuída, e mesmo sabendo que a autora não exercia atividade remunerada à época do sinistro, e mais: que sua atividade autônoma pouco lhe rendia, a orientação do STJ, em casos análogos, é mesmo pela fixação de pensão no patamar de um salário-mínimo. Vejamos:

> A base de cálculo da pensão deferida em razão da redução da capacidade laborativa de vítima que não exerce atividade remunerada deve se restringir a 1 (um) salário-mínimo. (REsp 519.258/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* 19.5.2008.)

> Havendo redução parcial da capacidade laborativa em vítima que, à época do ato ilícito, não exercia atividade remu-

> nerada, o rendimento vitalício costuma ser fixado em um salário-mínimo. (REsp 703194/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* de 16.09.2008.)
>
> Ainda que tenha retornado o obreiro às mesmas funções, o desempenho do trabalho com maiores sacrifícios e a dificuldade natural de obter melhores condições no futuro justificam o pagamento de pensão ressarcitória, independentemente de ter havido ou não perda financeira concretamente apurada. (REsps 402.833/SP e 588.649/RS.) (REsp 536140/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* de 17.04.2006.)

O entendimento pretoriano reproduz com fidelidade o comando do art. 950 do Código Civil:

> Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Percebe-se que a fixação de pensão não tem o escopo de compensar a perda financeira efetivamente reduzida com a incapacidade relativa ocasionada pelo evento danoso. Na realidade, a fixação de pensão tem caráter compensatório decorrente da dificuldade de inserção do beneficiário no mercado de trabalho, em face da diminuição na sua capacidade de trabalho.

Em um exame mais amplo, negar à requerente a pensão pela superveniência de visão monocular seria caminhar na contramão da jurisprudência, que, inclusive, assentou recentemente que a perda da visão de um dos olhos caracteriza deficiência física incapacitante, inclusive para participação em concurso público, concorrendo nas vagas reservadas.

O Juiz sentenciante ainda definiu que os juros de mora e a correção monetária devem ser computados, respectivamente, desde a data da ocorrência do acidente e desde a data do ajuizamento da ação.

No que tange ao termo *a quo* dos juros de mora, não há nada que ser alterado na sentença. O entendimento do Magistrado guarda estrita relação com o enunciado das Súmulas 43 e 54 do STJ:

> Súmula 43: Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.
>
> Súmula 54: Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Não há duvida de que os juros de mora, ao certo, são aplicados desde a data do acidente. Apenas para esclarecer, os juros de mora devem ser aplicados à taxa de 1% ao mês, a partir da citação, nos termos do art. 406 do Código Civil de 2002, c.c. art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Sobre a correção monetária, todavia, incorreu em equívoco o digno Sentenciante, já que a correção incide desde a data da prolação da decisão que fixou o *quantum* indenizatório. A jurisprudência do STJ é firme nesse sentido:

> Processual civil. Responsabilidade civil do Estado. Juros de mora e correção monetária. Termo *a quo*.
> - É pacífico nesta Corte o entendimento segundo o qual, tratando-se de responsabilidade extracontratual, a correção monetária deve incidir a partir da prolação da decisão que fixou o *quantum* indenizatório, enquanto os juros de mora incidem a contar do evento danoso (*verbi gratia*: REsp 1.018.636/ES, 1ª Turma, Min. José Delgado, *DJ* de 24.04.2008; REsp 899.719/RJ, 2ª Turma, Min. Castro Meira, *DJ* de 27.08.2007; REsp 877.169/PR, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, *DJ* de 08.03.2007; REsp 657.026/SE, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, *DJU* de 11.10.04; REsp 309.725/MA, 4ª Turma, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* de 14.10.02). (REsp 770.383, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, *DJe* de 19.6.2008.).

Não houve recurso da autora sobre a correção monetária, que é mantida a partir do ajuizamento do pedido.

Diante de todo o exposto, reformo parcialmente a sentença, em reexame necessário, apenas para alterar o valor da indenização por danos materiais, que fixo em R$ 220,56 (duzentos e vinte e seis reais e cinquenta e seis centavos), prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais pelo recorrente, na forma da lei, sendo mínima a sucumbência da recorrida.

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

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

...

Ação de cobrança - Servidor - Contratação por tempo determinado - FGTS - Indenização dos depósitos - Pretensão - Relação administrativa - Vínculo estatutário - Inexistência de previsão legal - Verba indevida

Ementa: Administrativo. Ação de cobrança. Servidor contratado por tempo determinado. Pretensão de recebimento de indenização dos depósitos de FGTS. Relação administrativa. Vínculo estatutário. Inexistência de previsão legal. Verba indevida. Improcedência do pedido exordial. Recurso improvido.

- O servidor contratado por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional

interesse da Administração Pública não faz jus aos valores de FGTS, porquanto tal direito não foi previsto no art. 39, § 3º, da CF/88 e na lei municipal que trata do contrato temporário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.09.277871-8/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Elaine Cristina Teixeira Santos - Apelado: Município de Ipatinga - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 1º de setembro de 2009. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Conheço do recurso voluntário, visto que presentes os pressupostos inerentes à sua admissibilidade.

Versam os autos sobre ação de cobrança proposta por Elaine Cristina Teixeira Santos em face do Município de Ipatinga, aduzindo que prestou serviço, por meio de contrato temporário, para o requerido e que, durante o período em que esteve contratada como auxiliar de serviços, não houve recolhimento dos valores referentes ao FGTS na conta da requerente, pugnando, então, pela condenação do Município-requerido ao pagamento das verbas relativas à indenização da verba fundiária inadimplida.

Os autos, originariamente, foram distribuídos perante a Justiça do Trabalho, que, através da decisão de f. 55/57, reconheceu a incompetência absoluta em razão da matéria dessa Justiça especializada e determinou a remessa dos autos à Justiça Comum da Comarca de Ipatinga.

Após abertura de vista às partes para requererem o que fosse de direito, o douto Julgador *a quo* julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento das custas e despesas processuais incidentes, bem como ao pagamento dos honorários sucumbenciais fixados em 20% (vinte por cento) do valor da causa, suspendendo a exigibilidade da cobrança de tais verbas, nos termos do disposto na Lei nº 1.060/50. (f. 63/66)

Inconformada com a decisão, a autora apelou às f. 68/75, pugnando pela reforma da sentença para que o pedido exordial seja julgado procedente

> para determinar ao município apelado que pague à apelante os valores correspondentes ao FGTS não efetuados durante todo o vínculo laboral como forma de indenização, conforme previsões celetistas, com o fim de garantir a justiça e o mínimo de proteção à trabalhadora (f. 75).

Contrarrazões às f. 79/82.

Vertidos os autos a este Relator, passo a decidir.

De fato, do mero cotejo dos autos, vê-se que razão alguma assiste à apelante em seu inconformismo.

Isso porque se trata de ação em que a apelante, tendo laborado para o Município de Ipatinga, através de contrato por tempo determinado durante determinado período, pretende o recebimento das verbas relativas à indenização do FGTS a que entende fazer jus por direito.

Dessarte, essa espécie de contratação, alheia ao concurso público, é regida, a princípio, pelo disposto no art. 37, inciso IX, da Constituição da República.

Portanto, configura-se inegavelmente como contrato celebrado sob a égide do direito administrativo, de natureza estatutária, competindo à Justiça Comum analisar e julgar ação que discute direitos eventualmente adquiridos decorrentes dessa contratação.

Como se não bastasse, a jurisprudência deste egrégio Sodalício vem entendendo que a renovação reiterada de contratos administrativos os torna irregulares, como é o caso dos autos, constituindo-se em mais um motivo para conferir à Justiça Estadual a competência para julgamento da presente ação.

A respeito do tema, colaciono arestos desta egrégia Sétima Câmara Cível:

> Apelação cível. Ação de cobrança. Salário e férias. Contratação temporária. Renovação ilegal. Serviços de natureza habitual e permanente. Nulidade do ato. Proteção ao contratado de boa-fé. Direito aos vencimentos e acréscimos trabalhistas. - O contrato temporário firmado para contratação de serviços de cunho habitual e permanente e renovado sucessivas vezes é nulo de pleno direito por ofensa ao art. 37, II, da Constituição Federal, devendo essas atividades ser realizadas por ocupante de cargo efetivo provido por meio de concurso público. - Embora o contrato nulo não produza efeitos, excepcionalmente, deve ser resguardado o direito do administrado que de boa-fé prestou os serviços às verbas previstas no contrato, incluindo não apenas o salário, mas as férias remuneradas com o acréscimo de um terço, por se cuidar de direito assegurado na Constituição Federal a todo trabalhador. Aplicação dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da vedação ao enriquecimento sem causa (TJMG, Apelação Cível nº 1.0684.06.500112-6/001, 7ª Câm. Cív., Rel.ª Des.ª Heloísa Combat, v.u., *DJ* de 13.03.2007).

> Apelação cível. Cobrança de 13º salário e férias proporcionais. Contrato temporário. Competência da Justiça Estadual. Serviços efetivamente prestados. Pagamento devido. Garantia prevista constitucionalmente a todos os trabalhadores. - Ainda que tenha prestado seus serviços a partir de contrato temporário firmado com a Administração Municipal, o autor encontrava-se na condição de servidor público durante a vigência do acordo. Tendo, portanto, natureza administrativa, o contrato está sujeito às regras de direito público, valendo consignar que o 13º salário e as

férias proporcionais são vantagens asseguradas constitucionalmente a todos os trabalhadores (art. 7º, VIII e XVII), razões pelas quais não se pode excluir da Justiça Estadual a competência para analisar e julgar as ações de cobrança dessas garantias. - É inadmissível que se exija a prestação gratuita de serviços. O não pagamento pelo trabalho prestado implica enriquecimento ilícito por parte do Poder Público (Apelação Cível nº 1.0686.05.147685-7/001, Comarca de Teófilo Otoni, Apelante: Município de Pavão. Apelado: Joanilson Bernardes da Rocha. Relator: Des. Wander Marotta).

Dessarte, como se pode observar do cotejo dos documentos acostados aos autos, mormente os de f. 30/32, a apelante foi contratada sob o vínculo estatutário, baseado no art. 37, IX, da CF/88 e nas Leis Municipais nº 1.610/1998 e 1.311/1994.

Dessa forma, indubitável concluir que eventuais direitos da apelante devem ser examinados nos termos do disposto no art. 39 da Constituição Federal e com base no Estatuto dos Servidores do Município de Ipatinga, bem como na legislação municipal que rege os contratos administrativos por tempo determinado.

Logo, não há que se falar que a apelante tenha direito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, como ora se pretende, visto que não previsto na legislação atinente.

Acerca do tema, os tribunais de nosso País já decidiram que:

> Reclamação trabalhista. Contrato temporário. Regime estatutário. Seguro desemprego e fundo de garantia. Adicional de insalubridade. - O servidor contratado temporariamente para exercer a função de agente da dengue não tem direito ao recebimento de FGTS e seguro-desemprego, nos termos do art. 39, § 3º, da CF/88 e dos preceitos da lei municipal que trata do contrato temporário. Tem o servidor contratado direito ao adicional de insalubridade, uma vez previsto no Estatuto do Servidor Municipal e comprovadas as condições insalubres em que laborava o contratado. Apelação Cível nº 1.0324.06.040150-6/001, Comarca de Itajubá. Apelante: Município de Itajubá. Apelante adesiva: Dione da Cruz Mangia Maciel. Apelados: Município de Itajubá, Dione da Cruz Mangia Maciel. Relatora: Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto.

> Apelação cível. Ação de cobrança. Contratação temporária. Renovação ilegal. Verbas rescisórias. Direitos sociais estendidos aos servidores públicos. FGTS. Descabimento. Adicional de insalubridade. Submissão do servidor a condições insalubres de trabalho. Ausência de prova. Improcedência do pedido. - Considera-se ilegal e nula a contratação temporária de servidor, quando renovada por sucessivas vezes, evidenciando tratar-se de serviços de cunho habitual e permanente, ressalvando-se, contudo, os direitos do contratado que adimpliu sua obrigação. - A extinção do contrato não gera direito ao recebimento de FGTS e indenização, inexistindo previsão legal e contratual nesse sentido. - Não faz jus o servidor ao adicional por desempenho de atividade insalubre, se não comprovada a existência desse gravame. - Recurso a que se nega provimento. Apelação Cível nº 1.0702.06.279254-5/001, Comarca de Uberlândia. Apelante: Denise Cândida Castro. Apelado: Município de Uberlândia, Relatora: Des.ª Heloísa Combat.

Assim sendo, não provada a pertinência da pretensão autoral, tem-se pelo inarredável desprovimento do presente apelo.

Ex positis, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDER MAROTTA e BELIZÁRIO DE LACERDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Inventário - Extinção do processo por ausência de interesse processual - Impossibilidade - Via extrajudicial - Lei 11.441/2007 - Faculdade

Ementa: Apelação. Inventário. Processo extinto por ausência de interesse processual. Impossibilidade. Via extrajudicial. Lei 11.441/2007. Faculdade. Sentença cassada.

- Os interessados têm a faculdade de fazer o inventário por escritura pública, quando forem capazes e concordantes; a utilização do termo ''poderá'' demonstra o objetivo do legislador de criar uma alternativa para evitar a instauração de processos no Judiciário, prestigiando a celeridade processual, sem, contudo, prejudicar o direito de ação das partes, uma vez que a norma não veda a utilização da via judicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.08.285649-0/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelantes: Ana Cristina de Mattos e outros, herdeiros de Nilza Pinto de Mattos - 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 DAR PROVIMENTO, PARA CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 14 de julho de 2009. - *Alvim Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIM SOARES - Conheço do recurso interposto, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Perante a Sétima Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, Ana Cristina de Mattos denunciou que, em 24.05.2008, ocorreu o falecimento da sua genitora Nilza Pinto de Matos, que deixou um imóvel e três herdeiros; afirma que os herdeiros Cláudio Eduardo de Matos e Carlos Maurício de Matos renunciaram aos seus respectivos quinhões em favor da autora; requereu a expedição de formal de partilha; documentos juntados.

Às f. 25/26-TJ, o MM. Juiz de Direito *a quo* proferiu sentença julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual, entendendo que, com o advento da Lei 11.441/2007, tornou-se desnecessária a propositura de ação judicial em casos como o presente.

Inconformados, os requerentes interpuseram recurso de apelação, cujas razões se encontram encartadas às f. 35/38-TJ, buscando a declaração de nulidade da sentença, sustentando que a Lei 11.441/07 faculta aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial, não os obrigando a fazer o inventário por escritura pública.

Data venia, após percuciente análise de todo o contexto probante contido no presente caderno processual, tenho que a decisão vergastada deve ser cassada; compulsando os autos, noto que se trata de ação de inventário cujos herdeiros são capazes e concordantes.

Assim dispõe o art. 982 do CPC, modificado pela Lei nº 11.441/2007:

> Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

Conforme preconiza o citado dispositivo, as partes têm a faculdade de fazer o inventário por escritura pública, quando forem capazes e concordantes; a utilização do termo "poderá" demonstra o objetivo do legislador de criar uma alternativa para evitar a instauração de processos no Judiciário, prestigiando a celeridade processual, sem, contudo, prejudicar o direito de ação das partes, uma vez que a norma não veda a utilização da via judicial; não é o caso, portanto, de ausência de interesse processual, sob pena de afronta ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

É o entendimento jurisprudencial majoritário deste Tribunal de Justiça:

> - A Lei nº. 11.447/07 não criou um procedimento obrigatório, mas apenas uma faculdade, uma opção para aqueles que, preenchendo os requisitos ali estabelecidos, querem realizar, administrativamente, o que nela se prevê. (Apelação Cível nº 1.0151.08.026745-4/001, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator Des. Edivaldo George dos Santos, *DJ* de 17.03.09.)

> Inventário e arrolamento. Lei 11.441/2007. Via extrajudicial. Faculdade. Sentença cassada. - O cunho de faculdade resta evidente diante das palavras utilizadas pela lei, 'poderá'. Se utilizada a expressão 'deverá', estar-se-ia diante de uma obrigação, mas este não é o que se tem disposto na lei. A nova lei não impede a utilização da via judicial pelos interessados, apenas faculta a opção pela via extrajudicial. (Apelação Cível nº 1.0151.08.024522-9/001, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator Des. Carreira Machado, *DJ* de 30.09.2008.)

Isso colocado, dou provimento ao recurso para cassar a sentença hostilizada e determinar o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau para prosseguimento da ação.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS e WANDER MAROTTA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO, PARA CASSAR A SENTENÇA.

...

Ação monitória - Pagamento - Ônus da prova - Documento hábil - Ausência - Não desoneração do devedor

Ementa: Apelação cível. Ação monitória. Pagamento. Depósito realizado na conta de pessoa estranha aos autos. Não desoneração do devedor. Sentença mantida.

- A prova do pagamento incumbe a quem o invoca, de tal sorte que deveria estar munido do documento hábil respectivo, para a defesa do seu direito.

- Considerando-se que o depósito realizado na conta de pessoa estranha aos autos não pode ser tido como documento hábil a comprovar o pagamento da quantia reclamada, deve ser confirmada a sentença que julgou improcedentes os embargos e, via de consequência, procedente o pedido da ação monitória.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.06.290019-0/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Comércio e Beneficiamento de Cereais Eldorado Ltda. - Apelado: Celso Mânica - Relator: DES. ALBERTO HENRIQUE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de julho de 2009. - *Alberto Henrique* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Comércio e Beneficiamento de Cereais Eldorado Ltda., contra a sentença de f. 98/100, proferida nos autos da ação monitória proposta pelo apelado, Celso Mânica, em face do apelante, via da qual o MM. Juiz de primeira instância rejeitou os embargos e julgou procedente o pedido inicial, para constituir o título executivo judicial em R$66.085,30 (sessenta e seis mil oitenta e cinco reais e trinta centavos), acrescidos de juros de 1% ao mês, desde a citação, e correção monetária, de acordo com os índices da Corregedoria de Justiça de Minas Gerais, a partir do ajuizamento da ação.

Irresignado, recorre o apelante, alegando que restou comprovado, por meio do depósito bancário juntado aos autos, o pagamento das mercadorias adquiridas.

Afirma que o depósito foi realizado na conta do irmão do autor, Sr. Luiz Antônio Mânica, porque assim foi determinado pelos corretores que negociam as mercadorias adquiridas, não tendo a apelante nenhuma relação direta com o apelado.

Aduz que a ausência de correlação entre o valor do depósito e o preço das mercadorias se dá em virtude das diferenças apuradas entre o peso constante na nota e o peso da mercadoria efetivamente recebida.

Sustenta que não há prova contundente acerca das alegações do autor, razão pela qual a prova documental carreada aos autos pelo réu deve ser considerada para fins de reconhecimento do pagamento da suposta dívida cobrada.

Por essas razões, pede seja dado provimento ao recurso, reformando-se a sentença primeva, a fim de que seja julgado improcedente o pedido inicial, condenando-se o autor/apelado nos ônus sucumbenciais.

Preparo regular, à f. 110.

Contrarrazões acostadas, às f. 113/116.

Eis o relato do essencial.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação monitória, por meio da qual pretende o autor/apelado seja o réu/apelante condenado ao pagamento da importância de R$65.890,00, constituindo-se esse valor em título executivo judicial.

Extrai-se dos autos que o apelado, a fim de comprovar a venda da mercadoria para a apelante, colacionou aos autos notas fiscais por ele emitidas cujo valor alega não ter sido integralmente pago.

Com efeito, os depoimentos colhidos não deixam dúvidas acerca da efetiva entrega do feijão carioca comercializado pelo autor ao réu.

É o que se extrai de f. 78, 80, respectivamente:

> [...] que o autor é agricultor e comercializa grãos; que intermediou a venda das mercadorias mencionadas na petição inicial do requerente para a empresa requerida; que presenciou a entrega de todo o feijão vendido para a empresa requerida [...].

> [...] que realizou a intermediação da venda das mercadorias mencionadas na petição inicial do requerente para a empresa requerida; que presenciou a entrega de todo o feijão vendido para a empresa requerida [...].

Outrossim, a própria apelante confessa a aquisição das mercadorias, apenas impugna a alegação de que não honrou com o pagamento.

Tem-se, assim, que a apelante alegou fato extintivo do direito do apelado, qual seja o pagamento dos produtos adquiridos, transferindo para si, dessa forma, o ônus da prova.

A meu ver, a alegação de que o pagamento das mercadorias foi realizado através de depósito na conta de terceira pessoa, por determinação dos corretores que intermediaram a negociação, não merece prosperar.

Com a devida vênia aos argumentos da apelante, afigura-se-me temerário considerar que o comprovante de depósito de f. 37, realizado na conta de Luiz Antônio Mânica, pessoa estranha aos autos, é prova suficiente do pagamento da quantia reclamada, mormente considerando que a ré já manteve relação comercial com aquele.

Ora, o fato de o beneficiário do depósito ser irmão do autor e produtor do mesmo gênero alimentício não tem o condão de implicar cumprimento da obrigação da ré em face do autor.

Isso porque não se constatou dos depoimentos que o pagamento das mercadorias costumava se dar mediante depósito na conta de terceira pessoa, entretanto, ainda que tal tivesse ocorrido, deverá a ré arcar com as consequências de pagar a pessoa diversa do credor.

Com efeito, não tendo a apelante comprovado que realizou o pagamento na pessoa do credor ou a quem de direito o representava, não há falar em desoneração da sua obrigação de pagar pelas mercadorias adquiridas.

Dessarte, constatando-se que a ré não se desincumbiu do ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do apelado, outro não poderia ter sido o desate da lide.

Na aplicação do art. 333, I, do CPC, assim ensina Moacir Amaral Santos:

> Se o réu reconhece o fato constitutivo, mas alega fato impeditivo, extintivo, modificativo do fato constitutivo ou a ocorrência de outros que lhe obstem os efeitos, cabe então ao réu provar a sua exceção, *reus in exceptione actor est*. (*Primeiras linhas* - direito processual civil. Saraiva, v, 2, p. 349.)

Certo é que a prova do pagamento incumbe a quem o invoca, de tal sorte que deveria estar munido do documento hábil respectivo para a defesa do seu direito.

Veja-se:

> Ação monitória. Documento. Ônus da prova. Embargos. - Na ação monitória, o autor tem o ônus de provar que possui documento escrito da dívida relativa ao pagamento de quantia certa, entrega de coisa fungível ou entrega de bem móvel. Se o réu aduzir fato modificativo ou extintivo do direito do autor, daquele é o *onus probandi*, nos termos do art. 333, II, do CPC. São impertinentes os embargos se o autor se desincumbiu do ônus probatório, mas o réu não cumpriu sua obrigação processual no mesmo campo (Ac. na Ap. nº 240.010-2, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. em 16.09.97, in www.tjmg.gov.br, disponível em 04.04.2005).

Dessa feita, considerando-se que o depósito realizado na conta de pessoa estranha aos autos não pode ser tido como documento hábil a comprovar o pagamento da quantia reclamada, deve ser confirmada a sentença que julgou improcedentes os embargos e, via de conseqüência, procedente o pedido da ação monitória.

Com tais fundamentos, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença recorrida.

Custas, pela apelante.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Estou a acompanhar na íntegra o voto do ilustre e operoso Des. Alberto Henrique, Relator neste processo.

Saliento que analisei de forma detida e meticulosa os autos do processo, onde pude constatar que a parte apelada não negou o recebimento dos valores informados pelo apelante. Ao contrário, consta dos autos a concordância da parte apelada para com o recebimento daqueles valores, porém alusivos às outras relações comerciais anteriores, conforme se constata de outras notas fiscais colacionadas aos autos às f. 40, 42 e 45, que, acrescidas às notas fiscais apresentadas com a petição inicial, demonstram uma relação comercial em valores superiores a R$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Assim, inexistindo a prova de pagamento dos valores totais apontados, em especial dos valores apontados na inicial, prova que incumbia à parte apelante, estou a acompanhar o ilustre Relator e, também, nego provimento ao recurso de apelação.

DES. NICOLAU MASSELLI - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Mandado de segurança - Direito de petição - Omissão da Administração Pública - Ato ilegal - Concessão da segurança

Ementa: Mandado de segurança. Direito administrativo. Direito de petição. Omissão da Administração Pública. Ato ilegal. Concessão da segurança.

- O mandado de segurança é cabível para a proteção de direito líquido e certo não protegido por *habeas corpus* nem por *habeas data*, em sendo o responsável pelo abuso de poder ou ilegalidade autoridade pública ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público, nos termos do art. 5º, LXIX, da CF/88.

- As omissões administrativas capazes de gerar lesão a direito do cidadão ensejam a impetração de mandado de segurança para compelir a Administração Pública a agir ou se pronunciar sobre o requerimento.

- O direito de petição decorre do Estado Democrático de Direito e tem por finalidade propiciar ao cidadão a defesa dos seus direitos, quando dependente de comprovação ou declaração da Administração Pública.

- As autoridades públicas estão obrigadas a examinar e responder aos pedidos aviados pelos administrados, em exercício do direito de petição, sob pena de violar seu direito líquido e certo previsto na Constituição da República de 1988, cabendo a impetração do *mandamus* para fazer cessar a ilegalidade ou abuso de poder.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.09.493106-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: Maria Eugênia Pereira - Autoridade coatora: Secretário de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais - Relator: DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

Acórdão

Vistos etc., acorda o 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em conceder a segurança.

Belo Horizonte, 5 de agosto de 2009. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Maria Eugênia Pereira contra ato do Secretário de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais.

Em suas razões (f. 02/08), a impetrante narra que, em 30.06.2006, apresentou requerimento administrativo, pleiteando sua aposentadoria por tempo de contribuição, uma vez que havia preenchido os requisitos necessários para tanto; que, desde a publicação do seu afastamento preliminar, ocorrido em 16.09.2006, 29 (vinte e nove) meses se passaram sem que o seu processo administrativo tivesse qualquer alteração; o seu direito líquido e certo está no fato de que há mais de 3 (três) anos espera uma resposta acerca da solicitação de sua aposentadoria; que, nos termos da Lei 14.184/2002, arts. 46 e 47, a Administração Pública tem o dever de decidir os processos administrativos no prazo de 60 (sessenta) dias.

Com essas considerações, requer a concessão da segurança, para determinar que o Estado de Minas Gerais, por meio da autoridade coatora, tome as providências necessárias a fim de cessar a ilegalidade apontada.

O impetrado apresentou informações às f. 27/38, suscitando, preliminarmente, incompetência da autoridade coatora e ausência de comprovação de direito líquido e certo. Alega que, por se tratar de mérito administrativo, impossível a intervenção do Poder Judiciário.

Não houve pedido de liminar.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às f. 42/46, opinando pela concessão da segurança.

Inicialmente, passo ao exame das preliminares.

No que tange à preliminar de ilegitimidade passiva aventada pelo impetrado, tenho que não merece guarida, senão vejamos:

Nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 1.533/51, que alterou as disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança:

> Consideram-se autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções.

Pela interpretação gramatical, percebe-se que autoridade coatora é aquela que pratica o ato dito como ilegal, que age de forma a violar ou ameaçar de violação o direito da parte.

A princípio, cite-se a lição aposta na obra *Mandados de segurança e de injunção*, coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, p. 190 e segs.:

> O conceito de 'autoridade coatora' não é dado pelo dispositivo constitucional ou pela lei ordinária regulamentadora. É tarefa afeta à doutrina e à jurisprudência.
> O mandado de segurança é ação criada para garantir o cidadão (*lato sensu*) contra ato ilegal ou abusivo, praticado ou em vias de ser praticado, comissiva ou omissivamente, por quem possua qualquer parcela de Poder Público, adquirida diretamente da lei ou mediante delegação. [...]
> Dessarte, todo aquele, órgão ou mesmo indivíduo particular, que age com dominação, isto é, com 'poder público', é 'autoridade' para fins de mandado de segurança e pode ter seu ato controlado pelo Judiciário.
> O texto da Constituição que estabelece balizas para o legislador ordinário é bem amplo, pois diz '[...] quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público'.
> Portanto, a autoridade impetrada deverá ser aquela que, além de estar exercendo parcela do Poder Público, detém competência para corrigir eventual ilegalidade no ato praticado, visto que somente assim o *mandamus* atingirá seus objetivos.
> Também não se olvida para o fato de que a autoridade coatora não será nem o superior que estabelece normas para a execução do ato, pois, nesse caso, aquele que pratica efetivamente o ato responderá por suas consequências; nem o mero executor, subordinado, que apenas cumpre a ordem do superior, sem qualquer poder decisório sobre a prática do ato.

No caso, a controvérsia centra-se em possível omissão, por parte do impetrado, acerca de pedido de aposentadoria por tempo de contribuição, formulado pela ora impetrante.

Não se desconhece que o processo de aposentadoria de professores, como no caso em apreço, inicia-se perante a Delegacia Regional de Ensino com a contagem do tempo de serviço; e, somente após tal análise, o referido processo será encaminhado à Seplag (Secretaria de Planejamento do Estado), que conferirá o mencionado tempo e, obviamente, a aptidão do servidor para se aposentar.

Todavia, ao adotar o denominado "caixa único", o Governo Estadual centralizou na Seplag a administração relativa a débito/crédito de seus servidores, portanto o Secretário de Planejamento e Gestão de Minas Gerais, apontado como autoridade coatora, é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

Por esse motivo, rejeito a preliminar.

Com relação à preliminar de ausência de direito líquido e certo, estou a entender que não merece prosperar, na medida em que, não obstante a legislação especial que regula o mandado de segurança determine como condição específica da ação mandamental a existência de prova pré-constituída, no caso dos autos, o documento carreado pela impetrante (afastamento preliminar à aposentadoria - f. 08) demonstra, claramente, a existência desse requisito.

Assim, da forma como já venho me manifestando, tenho que esta preliminar de ausência de direito líquido e certo é questão do conteúdo da prova pré-constituída, pois diz respeito ao mérito da demanda, e com ele deverá ser analisado.

Pois bem.

Rejeitadas as preliminares levantadas, passo ao mérito da demanda.

O mandado de segurança é cabível para a proteção de direito líquido e certo não protegido por *habeas corpus* nem por *habeas data*, em sendo o responsável pelo abuso de poder ou ilegalidade autoridade pública ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público, nos termos do art. 5º, LXIX, da CF/88.

Nessa seara, ressalte-se que ato de autoridade, na lição de Hely Lopes Meirelles (in *Mandado de segurança*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, p. 32/33), pode ser assim conceituado:

> Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. [...]
> Equiparam-se a atos de autoridade as omissões administrativas das quais possa resultar lesão a direito subjetivo da parte, ensejando mandado de segurança para compelir a Administração a pronunciar-se sobre o requerido pelo impetrante; e, durante a inércia da autoridade pública, não corre o prazo de decadência da impetração.

Acerca do direito líquido e certo, explica o mesmo doutrinador:

> Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

E, mais adiante, ensina que:

> As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial, salvo no caso de documento em poder do impetrado (art. 6º, parágrafo único) ou superveniente às informações.

Saliente-se que o mandado de segurança também é cabível quando a omissão da Administração Pública ocasiona lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo do impetrante.

Da análise pormenorizada do caderno processual, verifica-se que a impetrante, no dia 30.06.2006, apresentou requerimento administrativo na Secretaria de Estado da Educação, pleiteando sua aposentadoria por tempo de contribuição, por verificar cumpridos os requisitos exigidos para tanto.

Todavia, embora o pedido de afastamento preliminar tenha sido deferido, consoante publicação do dia 16.09.2006 (documento de f. 08), não houve qualquer manifestação da autoridade coatora acerca de sua aposentadoria.

Assim sendo, a meu juízo, mostra-se oportuna a irresignação da impetrante, pois me parece um tanto ou quanto absurdo, e nada razoável, a Administração Pública demorar mais de dois anos para informar ao cidadão se ele tem ou não direito à aposentadoria.

Ora, as autoridades públicas estão obrigadas a analisar e responder aos pedidos aviados pelos administrados, em exercício do direito de petição, sob pena de violar seu direito líquido e certo previsto na Constituição da República de 1988, cabendo, no caso, a impetração do *mandamus* para fazer cessar a ilegalidade ou abuso de poder.

Sobre o direito de petição, trago à colação a lição do ilustre doutrinador Alexandre de Moraes (in *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, pp. 190/191):

> Pode ser definido como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação. [...].
> O direito em análise constitui uma prerrogativa democrática, de caráter essencialmente informal, apesar de sua forma escrita, e independe de pagamento de taxas. Dessa forma, como instrumento de participação político-fiscalizatório dos negócios do Estado, que tem por finalidade a defesa da legalidade constitucional e do interesse público geral, seu exercício está desvinculado da comprovação da existência de qualquer lesão a interesses próprios do peticionário.

E, mais adiante, conclui:

> O direito de petição possui eficácia constitucional, obrigando as autoridades públicas endereçadas ao recebimento, ao exame e, se necessário for, à resposta em prazo razoável, sob pena de configurar-se violação ao direito líquido e certo do peticionário, sanável por intermédio de mandado de segurança.

Destarte, estando patente a omissão da autoridade impetrada, visto que a mesma deixou de se pronunciar acerca do pedido da impetrante e, ainda, estando correta e adequada a providência eleita para aviar sua pretensão, entendo que outra não pode ser a solução para o caso que ora se examina que não a concessão do *writ*.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e concedo a segurança.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA, ALBERGARIA COSTA, ELIAS CAMILO, ALMEIDA MELO, JOSÉ FRANCISCO BUENO, KILDARE CARVALHO, SILAS VIEIRA, AUDEBERT DELAGE e MOREIRA DINIZ.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

...

Ação coletiva de consumo - Edital - Intimação dos interessados - Obrigatoriedade - Art. 94 do Código de Defesa do Consumidor - Inobservância

Ementa: Apelação cível. Ação coletiva de consumo. Edital. Intimação dos interessados. Obrigatoriedade. Art. 94 do Código de Defesa do Consumidor. Inobservância. Nulidade.

- Tratando-se de ação coletiva de consumo, para a proteção de direitos individuais homogêneos e coletivos, estabelece o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, a obrigatoriedade de publicação de edital em órgão oficial, para que os interessados possam intervir no feito como litisconsortes, implicando a sua inobservância nulidade dos atos posteriores.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.495137-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Andec - Assoc. Nacional de Defesa dos Consumidores de Crédito e outros - Apelado: Estado 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 RECONHECER, DE OFÍCIO, A NULIDADE ABSOLUTA NO FEITO.

Belo Horizonte, 8 de setembro de 2009. - *Antônio Sérvulo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Trata-se de ação coletiva de consumo proposta por Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, Associação Nacional dos Consumidores de Crédito - Andec -, Procon - BH e Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais - MDC - em desfavor do Estado de Minas Gerais, objetivando o pagamento de todos os consumidores do País que mantinham caderneta de poupança na extinta MinasCaixa nos meses de junho e julho de 1987, referente às perdas com a sistemática de correção da poupança com a implantação do Plano Bresser, bem como seja disponibilizado a quem solicitar e sem qualquer ônus extrato bancário mensal do período, sob pena de multa diária de R$ 100.000,00, afixando em local visível que os extratos se encontram disponíveis aos consumidores/poupadores.

O processo foi extinto com resolução do mérito, com o reconhecimento da prescrição da pretensão dos autores, nos termos do art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A Andec - Associação Nacional dos Consumidores de Crédito - e a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais interpuseram recurso de apelação, sustentando que a prescrição no presente caso é vintenária, e não quinquenal, como decidido em primeira instância, requerendo o provimento do recurso.

Conheço do recurso, já que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, verifico que somente a procuradora da Andec assinou a peça de interposição do recurso, o que impossibilita o seu conhecimento quanto à Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, pela manifesta ausência de poderes daquela subscritora.

Há irregularidade, ainda, quanto à ausência de sentença no processo em apenso, nº 0071.07.034880-1, cuja conexão foi reconhecida pelo Juízo da Comarca de Boa Esperança (f. 136) e o apensamento foi determinado à f. 138, daqueles autos, pela MM. Juíza sentenciante.

Tal questão, contudo, não influenciará no desfecho da demanda, conforme se demonstrará a seguir.

As ações coletivas de consumo, para a proteção de direitos individuais homogêneos e coletivos, são regidas pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078/90, nestes termos:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> [...]
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O art. 82, IV, da Lei nº 8.078/90 confere legitimidade às associações constituídas há pelo menos um ano, que tenham como um de seus objetivos a defesa dos direitos protegidos pelo CDC e, com dispensa de autorização da assembléia, para a propositura de ações em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Fica claro que a legitimidade foi conferida em prol do grupo, ou seja, a associação deverá propor a ação em nome próprio, para defender os direitos de todos os consumidores. Não se trata, de maneira alguma, de representação processual, mas de substituição (legitimação extraordinária).

Assim entende, por exemplo, Kazuo Watanabe, que assegura que nem mesmo se trata de substituição processual, ou seja, que as associações, conforme legitimação conferida pelo art. 82, IV, do CDC, não estão defendendo direito alheio em seu nome, mas sim pleiteiam a satisfação de um direito próprio. Referido doutrinador afirma que, nos "processos de índole coletiva, [...] as associações agem por direito próprio" (GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. rev. e at., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 739).

Contudo, estabelece o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor a obrigatoriedade de publicação de edital em órgão oficial, para que os interessados possam intervir no feito como litisconsortes, nestes termos:

> Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Isso porque deve ser assegurado ao consumidor o ingresso como litisconsorte, tendo em vista seu interesse em futura decisão a ser prolatada nos autos da ação coletiva.

Nesse sentido, confira-se a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso:

> Ainda no tocante ao cidadão, em se cuidando de ação que envolva interesses individuais homogêneos (CDC, art. 81, III), é-lhe assegurado o ingresso como litisconsorte (art. 54), pela boa razão de que o direito discutido nos autos da ação coletiva é também seu. Aliás, tratando-se dessa espécie de interesses metaindividuais, existe previsão para que, uma vez proposta a ação coletiva, seja 'publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor' (art. 94 da Lei 8.078/90 - Código do Consumidor), sempre lembrando que a parte processual dessa lei (arts. 81 a 104) aplica-se, no cabível, à ação civil pública da Lei 7.347/85, nos termos do art. 21 desta última, acrescido pelo art. 17 daquela Lei 8.078/90 (*Ação civil pública* - em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 294-295).

Trata-se aqui de um tipo de litisconsórcio especial, que não se confunde com aquele previsto no Código de Processo Civil, arts. 46 e seguintes, já que os interessados/consumidores não possuem legitimidade ativa.

Sobre o tema, discorre Gregório Assagra de Almeida:

> Seria uma figura especial de litisconsórcio porque esse interessados, vítimas ou sucessores, não têm legitimidade ativa - que está reservada exclusivamente para os entes arrolados nos arts. 82 do CDC e 5º da LACP - para o ajuizamento da ação coletiva. A publicação do edital é fundamental para a efetividade dos direitos por meio da habilitação dos interessados (*Direito processual coletivo brasileiro* - um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 374).

Tratando-se de norma imperativa, a sua inobservância pelo magistrado implicará nulidade absoluta do feito, conforme já decidiu este Tribunal de Justiça:

> Ação civil pública. Defesa de interesses individuais homogêneos. Art. 94 do CDC. Desatendimento. Nulidade. - A ação civil pública para defesa de interesses individuais homogêneos rege-se pelas normas do Título III, Capítulo II, do CDC, cujo art. 94 determina que, uma vez proposta, será publicado edital no órgão oficial, de modo a permitir aos titulares dos interesses tutelados intervirem no processo. Desatendido tal procedimento, deve ser anulado o processo, desde o momento em que deveria ter sido publicado o edital, ressalvando-se a possibilidade de convalidação dos atos praticados, se assim for possível (Reexame Necessário nº 1.0024.98.099287-9/001, Rel. Des. Cláudio Costa, publicado em 29.08.2006).

> Ação civil pública. Matéria que envolve interesse de consumidor. Intervenção de terceiros. Edital. Ausência. Questão de ordem pública. Nulidade insanável.
> 1. Pela clara dicção do art. 90 do CDC (Lei 8.078/90), às ações dirigidas à defesa do consumidor, aplicam-se as disposições do CPC e da Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública.
> 2. Por consequência, nos termos do art. 94 do CDC, 'proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, [...]'
> 3. Se isto não se fez, ante o imperativo do verbo 'será', impõe-se a anulação do processo, desde quando se deveria praticar aquele ato, uma vez que, submisso à ordem pública, pode e deve ser conhecida em qualquer fase ou grau de jurisdição (Apelação Cível nº 2.0000.00.138464-7/000, Rel. Des. Nepomuceno Silva, publicado em 24.05.2003).

Com tais considerações, reconheço a existência de nulidade absoluta no feito, de ofício, para anular os atos praticados posteriormente ao momento em que deveria ser procedida a publicação do edital, nos termos do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, determinando o retorno dos autos à instância de origem.

Sem custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA e ERNANE FIDÉLIS.

Súmula - RECONHECERAM, DE OFÍCIO, A NULIDADE ABSOLUTA NO FEITO.

...

Ação de cobrança - Complementação de aposentadoria - Auxílio-cesta alimentação - Competência - Justiça Estadual - Agravo retido - Não provimento - Previdência privada - Concessão aos empregados da ativa - Natureza remuneratória - Aposentado - Direito à complementação de proventos - Equiparação salarial - Natureza do contrato

Ementa: Ação de cobrança. Auxílio-cesta alimentação - Competência. Justiça Estadual. Agravo retido não provido. Previdência privada. Concessão aos empregados da ativa. Natureza remuneratória. Aposentados. Direito à complementação de proventos. Equiparação salarial. Natureza do contrato.

- O direito pleiteado é de natureza eminentemente civil, obrigacional, sem repercussão trabalhista, não decorrendo do contrato de trabalho. Assim, compete à Justiça Comum Estadual o julgamento de ação de cobrança de complementação de aposentadoria movida pelo segurado contra instituição de previdência privada.

- O auxílio-cesta alimentação concedido ao empregado em atividade, por força de convenção coletiva de trabalho, tem natureza remuneratória, conforme definido pelo art. 457, § 1°, da CLT, e deve ser estendido aos aposentados, os quais têm o direito à complementação de seus proventos para equiparação com os salários dos ativos, respeitada a natureza do contrato firmado com a entidade de previdência privada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.09.523332-9/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Bradesco Vida Previdência S.A. - Apelado: Aldecirdes Barreto de Souza - Relator: DES. ARNALDO MACIEL

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 NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, VENCIDO O DES. VOGAL. NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 21 de julho de 2009. - *Arnaldo Maciel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 231/238, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, nos autos da ação de Cobrança, ajuizada por Aldecirdes Barreto de Souza em face do Bradesco Vida e Previdência S.A., que julgou procedente o pedido inicial, para condenar o apelante a repassar ao apelado a verba denominada "auxílio-cesta alimentação", bem como, ao pagamento dos valores devidos, e não repassados, desde 24.03.2004, devidamente atualizados pelos índices da CGJ, a partir da data em que deveriam ser pagos, além de juros legais de 1% ao mês, a partir da citação.

Na sentença de 1° grau, foi ainda condenado o apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação, referente aos atrasados devidos, e não repassados ao apelado.

Em suas razões recursais de f. 240/261, o apelante, preliminarmente, requereu o conhecimento e provimento do agravo retido interposto às f. 223/230, para reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Comum, com a remessa dos autos à Justiça Especializada do Trabalho.

Quanto ao mérito, aduz o apelante que, por força da convenção coletiva de trabalho, o auxílio-cesta alimentação não possui natureza salarial, devendo ser conferido à referida convenção o mesmo *status* jurídico das normas contidas na CLT.

Defende que, além da convenção coletiva, o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) também contempla o auxílio-cesta alimentação como verbas não salariais.

Alega que, como o auxílio-cesta alimentação visa à indenização do trabalhador em atividade, propiciando meios para alimentação, somente pode ser deferido aos empregados da ativa, não podendo, portanto, ser utilizado como forma de reajuste.

Aduz que a imposição para o pagamento do referido auxílio viola princípios constitucionais e legais de segurança jurídica, bem como rompe o equilíbrio do plano e compromete a relação de custeio estabelecida.

Ressalta ainda que a atualização monetária deve-se dar a partir do ajuizamento da ação, e não a partir do vencimento de cada verba de auxílio-cesta alimentação.

Ao final, requer seja conhecido e provido o agravo retido, declarando a absoluta incompetência da Justiça Comum, determinando a remessa destes autos à Justiça Especializada do Trabalho.

Requer seja dado provimento ao recurso de apelação, para declarar indevido o pagamento da verba auxílio-cesta alimentação e, caso determinado o pagamento, que incida a correção monetária a partir do ajuizamento da ação.

Foi efetuado o preparo à f. 262 e o recurso recebido à f. 263.

O apelado apresentou contrarrazões à f. 264, afirmando que a competência para apreciação e julgamento do pedido é da Justiça Estadual, que o apelante é legítimo para figurar no polo passivo, por ser a fonte pagadora e que o auxílio-cesta alimentação é extensível

aos aposentados/pensionistas, em face da previsão no regulamento da entidade de previdência privada, em obediência ao princípio constitucional da isonomia.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo retido e da apelação.

Do agravo retido.

Preliminarmente, analiso o agravo retido interposto pelo apelante/agravante, arguindo a incompetência absoluta da Justiça Estadual para julgamento da ação.

Conforme se depreende dos autos, a relação jurídica estabelecida entre o autor e o réu, Bradesco Vida e Previdência S.A., está fundamentada no regulamento associativo de previdência, cuja natureza é eminentemente civil, ou seja, a ação proposta está embasada em contrato particular de previdência privada, não tendo como causa de pedir a relação de trabalho.

Em verdade, a relação jurídica entabulada entre as partes é de direito comum, de natureza privada, não havendo qualquer discussão acerca da relação empregatícia existente no passado, mas sim quanto ao descumprimento de obrigação contratual, não sendo, desse modo, atribuída a competência à Justiça especializada.

Nesse sentido, já decidiu esta Câmara:

> Cobrança. Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Auxílio-cesta alimentação. Competência jurisdicional. Legitimidade passiva. - 1. À consideração de que o pedido de complementação dos proventos de aposentadoria não se baseia no contrato de trabalho das funcionárias aposentadas, mas no regulamento da entidade de previdência privada, sem qualquer discussão a respeito da relação empregatícia havida no passado, configurada está a relação jurídica de direito comum, sendo a Justiça Comum Estadual competente para dirimir a controvérsia. - 2. Se o pedido inicial visa à complementação da aposentadoria, e esta é paga pela entidade previdenciária, outra pessoa, também apontada como ré, deve ser excluída do polo passivo da lide. - 3. Conforme a jurisprudência do STJ, o auxílio-cesta alimentação, por não ser prestação paga *in natura*, deve integrar a complementação da aposentadoria do aposentado quando também percebido pelos funcionários em atividade, em atenção ao princípio da isonomia (Ap. 1.0145.08.435158-7/001, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. em 13.01.2009).

Ademais, o apelado já se aposentou e requer o acréscimo de parcela sobre a sua complementação privada de aposentadoria, a qual não foi observada no cálculo de seu benefício, cálculo e pagamento estes que competem à Bradesco Vida e Previdência S.A., por força de contrato, e obrigação esta que também não tem relação com o extinto contrato de trabalho.

Assim, por não tratar o caso em análise de relação decorrente de contrato de trabalho, mas sim relação obrigacional de contrato de previdência privada, é da competência da Justiça Comum Estadual o processamento e julgamento da presente ação, pelo que deve ser mantida a decisão agravada em seus exatos termos.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - De acordo com o Des. Relator.

DES. MOTA E SILVA - Analisando o agravo retido, aviado contra decisão que rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça Estadual, vejo que razão assiste à parte.

O art. 114 da CF/88, além de estabelecer a competência da Justiça do Trabalho em razão da natureza das partes, conciliando e julgando os dissídios entre empregados e empregadores, estende tal competência para atingir todas as controvérsias decorrentes da relação de trabalho, entre as quais se situam, indubitavelmente, aquelas originadas de controvérsias sobre o reajuste de complementação de aposentadoria pago por entidade de previdência privada instituída pelo empregador com tal finalidade.

Posto que seja a apelante uma fundação de previdência privada, ela somente existe em razão dos vínculos trabalhistas existentes entre o participante e o mantenedor, já que a adesão ao fundo de pensão tem como condição a existência de vínculo empregatício com o mantenedor.

Além do mais, no caso *sub judice*, o resultado da ação, ou seja, a procedência ou não do pedido contido na inicial, está umbilicalmente relacionado com a natureza jurídica do "auxílio-cesta alimentação" concedido em convenção coletiva de trabalho, ou seja, se o "auxílio-cesta alimentação" concedido se enquadra ou não na norma contida no art. 457, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, matéria eminentemente afeta à Justiça Especializada. Em momento nenhum se discutirá a cláusula contida no regulamento da 1ª apelante.

Nesse sentido, pacífica e atualíssima é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> Agravo regimental no agravo de instrumento. Complementação de aposentadoria. Competência da Justiça do Trabalho. Agravo regimental ao qual se nega provimento. - 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que compete à Justiça do Trabalho o julgamento das questões relativas à complementação de aposentadoria quando decorrentes de contrato de trabalho. - 2. As questões sobre legitimidade passiva, prescrição, natureza jurídica do abono pleiteado, limites da coisa julgada e fonte de custeio demandariam o exame da legislação infraconstitucional e de cláusulas de estatuto. - 3. Imposição de multa de 1% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, incisos II e III, e 17, inciso VII, do Código de Processo Civil (STF - 1ª Turma, AI-AgR 621056/PA, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, negaram provimento, v.u., *DJ* de 1º.02.2008).

> Direito constitucional, previdenciário e processual civil. Jurisdição. Competência. Complementação de pensão ou de proventos de aposentadoria, quando decorrente do contrato de trabalho. Competência da Justiça do Trabalho. Recurso extraordinário: Pressupostos de admissibilidade. Prequestionamento. Agravo. - 1. Este é o teor da decisão

agravada: A questão suscitada no recurso extraordinário já foi dirimida por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, segundo as quais compete à Justiça do Trabalho o julgamento das questões relativas à complementação de pensão ou de proventos de aposentadoria, quando decorrente do contrato de trabalho (Primeira Turma, RE-135.937, Rel. Ministro Moreira Alves, *DJU* de 26.08.94, e Segunda Turma, RE-165.575, Rel. Ministro Carlos Velloso, *DJU* de 29.11.94). Diante do exposto, valendo-me dos fundamentos deduzidos nesses precedentes, nego seguimento ao agravo de instrumento (art. 21, § 1°, do RISTF, art. 38 da Lei 8.038, de 28.05.1990, e art. 557 do CPC.). - 2. E, no presente agravo, não conseguiu o recorrente demonstrar o desacerto dessa decisão, sendo certo, ademais, que o tema do art. 202, § 2°, da CF não se focalizou no acórdão recorrido. - 3. Agravo improvido (STF. 1ª Turma. AI 198.260-1/MG. Relator Ministro Sydney Sanches. *DJU* de 16.11.2001).

Servidor inativo da Fepasa - Ferrovia Paulista S.A. Competência. - Se o servidor veio a aposentar-se sob o regime da CLT, competente para julgar as questões relativas à complementação de aposentadoria é a Justiça do Trabalho. Inexistência de ofensa ao disposto no art. 114 da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido (STF. 1ª Turma. RE-135.937-4/SP. Relator Ministro Moreira Alves. *DJU* de 26.08.1994).

Constitucional. Trabalho. Aposentadoria: complementação. Competência da Justiça do Trabalho. Normas contratuais: impossibilidade de sua apreciação em sede extraordinária. I. Complementação de pensão ou proventos de aposentadoria decorrente do contrato de trabalho. Competência da Justiça do Trabalho. II. Interpretação de normas contratuais: impossibilidade em sede extraordinária. III. RE não conhecido (STF. 2ª Turma. RE 165.575-5/RJ. Relator Ministro Carlos Velloso. *DJU* de 17.03.1995).

No mesmo sentido é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

Agravo de instrumento da CEF e da Fundação dos Economiários Federais - Funcef. Competência. Exame conjunto. Desprovimento. A C. SBDI-1 do TST vem se posicionando reiteradamente no sentido de que, quando a fonte da obrigação instituidora da complementação de aposentadoria decorre do contrato de trabalho, a competência é da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a matéria (TST, 6ª Turma, AIRR n° 167 704/2002-017-03-00, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, negaram provimento, v.u., *DJ* de 02.02.2007).

Justiça do Trabalho. Competência. Art. 114 da Constituição Federal. Complementação de aposentadoria. Funcef. - Para a fixação da competência da Justiça do Trabalho, cumpre examinar qual a natureza do pedido manifestado em juízo: se vinculado ao contrato de trabalho ou ao contrato de adesão a plano de previdência privada. O Regional, ao afastar a incompetência da Justiça do Trabalho, concluiu que o pedido está vinculado ao contrato de trabalho, consignando que, decorrendo a obrigação do contrato de trabalho dos recorridos para com a CEF, e, em sendo a Sasse mera executora das obrigações de sua patrocinadora, a controvérsia tem existência em razão própria do contrato de trabalho, pois que, se não fosse a sua existência, não se teria como discutir a presente pendenga. Explicitou também que: a Sasse (primeira reclamada), autorizada a operar no ramo da previdência privada, foi contratada pela CEF para suceder a PREVHAB, que anteriormente complementava a aposentadoria dos empregados da Caixa Econômica Federal, originários do extinto BNH, conforme contrato acostado aos autos. E, finalmente, ressaltou que: a CEF é a patrocinadora, e, ao lado de seus empregados, contribui com recursos destinados à formação da reserva matemática destinada a suplementar a aposentadoria de todos os seus empregados, concluindo que o pedido decorre do contrato de trabalho e nele está diretamente vinculado. No contexto em que foi decidida a matéria, não há margem para se concluir pela violação do artigo 114 da Constituição Federal, uma vez que, assentando-se a causa de pedir na própria relação de emprego, revela-se competente esta Justiça especializada para apreciar e julgar o feito, nos termos do art. 114 da Constituição Federal. Agravos de instrumento da Sasse e da CEF não providos (TST-AIRR-1691/2001-011-03-00.5, 4ª T. Rel. Ministro Milton de Moura França, *DJ* de 1°.08.2003).

Pelo exposto, considerando tudo quanto foi visto, declaro a incompetência da Justiça Estadual. Casso a sentença hostilizada e determino a remessa dos autos à Justiça do Trabalho.

Custas recursais, *ex lege*.

DES. ARNALDO MACIEL - Da apelação - mérito.

Insurge-se o apelante contra a decisão que julgou procedente o pedido inicial, para condená-lo ao pagamento do auxílio-cesta alimentação.

O autor/apelado ajuizou ação de cobrança em desfavor do Bradesco Vida e Previdência S.A., informando que recebe complementação de aposentadoria e que não lhe está sendo repassada a verba a que teria direito, qual seja auxílio-cesta alimentação.

Inicialmente, necessário ressaltar que o contrato firmado entre as partes diz respeito a plano de previdência privada complementar, no qual o apelado figura como participante, mediante o pagamento de contribuições, visando, após determinado período de contribuição, receber a complementação mensal à aposentadoria paga pelo Regime Geral de Previdência.

Dessa maneira, os fundos de previdência privada têm como finalidade a complementação da renda do trabalhador que se aposenta, em face da redução de rendimentos, considerando-se os valores sensivelmente reduzidos dos proventos pagos pela previdência oficial brasileira.

Ora, ao recolher contribuição mensal a um plano de previdência privada, o trabalhador visa primordialmente à manutenção de sua condição financeira quando vier a se aposentar, evitando sofrer o declínio de seus rendimentos em face dos escassos proventos advindos do INSS.

Assim, para que não sofram perdas salariais, os funcionários aposentados devem receber todas as reposições de caráter remuneratório pagas aos ativos da mesma categoria, em razão dos princípios da isonomia e da paridade previstos constitucionalmente no art. 40, § 4°, da Constituição da República.

Nessa esteira, faz-se necessária a análise do auxílio-cesta alimentação pleiteado no caso em julgamento, verificando-se sua natureza, se remuneratória ou indenizatória.

Com esse objetivo, vem o art. 457 da CLT dispor a respeito da remuneração, tratando o abono pago pelo empregador como integrante do salário:

> Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.
> §1º Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

Portanto, diante da literalidade da lei, é incontestável o fato do abono pago pelo empregador compor a remuneração.

Dessa forma, possuindo o auxílio-cesta alimentação o caráter remuneratório e atuando como recomposição salarial concedida aos trabalhadores em atividade, deve ser estendido aos aposentados, sob pena de ser-lhes negada a equiparação de seus proventos com os salários pagos às mesmas categorias de empregados das quais fizeram parte.

Certo é que, já foi firmado pelos tribunais do País, o auxílio-cesta alimentação trata de verba de caráter salarial, de cunho assistencial, que integra o vencimento do empregado da ativa e deve incorporar o benefício de aposentadoria complementar, pago pelo apelante aos empregados aposentados da instituição financeira em referência.

Nesse sentido, vem-se manifestando a jurisprudência deste Tribunal:

> Ação de cobrança. Convenção coletiva do trabalho. Abono e alimentação. Justiça Trabalhista. Incompetente. Verba salarial. Incidência para os ativos e inativos. - É competente a Justiça Comum para processar e julgar matéria relativa à complementação de aposentadoria em relação à previdência privada fechada, nada se discutindo sobre a relação de trabalho, dessa forma, não há que se falar em competência da Justiça Trabalhista. O abono e a alimentação previstos nas convenções coletivas do trabalho são considerados como verbas salariais, uma vez que incidem sobre a remuneração dos empregados ativos e que pela paridade constitucional deverão também incidir sobre a aposentadoria dos inativos (Número do processo: 1.0024.06.046926-9/001(1), Relator: Nicolau Masselli, j. em 27.02.2008, data da publicação: 14.03.2008).

No mesmo sentido, o entendimento do STJ:

> Agravo regimental. Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Auxílio-cesta alimentação. Interpretação de cláusula e reexame de prova. Súmulas 5 e 7/STJ.
> I - Na esteira de precedentes desta Corte, o auxílio-cesta alimentação, por não constituir prestação paga *in natura* e em observância ao princípio da isonomia, deve integrar a complementação da aposentadoria dos ex-empregados quando percebido por aqueles em atividade.
> II - Decidida a questão com base na interpretação das normas estatutárias e no exame das circunstâncias fáticas da causa, esbarra o conhecimento do especial nos óbices das Súmulas 5 e 7 deste Tribunal. Agravo improvido (Número do processo: 2005/0202785-0, Relator: Ministro Sidney Benetti, data do julgamento: 18.09.2008, data da publicação: 08.10.2008).

A negativa de pagamento, aos inativos, dos abonos recebidos pelos trabalhadores em atividade seria negar o próprio fim que deveria ser alcançado através do plano de previdência privada firmado, qual seja de complementar os parcos proventos pagos pelo Regime Geral de Previdência, proporcionando ao aposentado a manutenção da mesma condição financeira ostentada quando em atividade no mercado de trabalho.

Frise-se que o contrato de previdência privada complementar é contrato oneroso, através do qual os contratantes arcam com reiteradas contribuições pecuniárias, tendo como contraprestação a complementação de suas aposentadorias pela contratada, visando à equiparação entre os proventos dos aposentados com o vencimento dos empregados da ativa.

Assim, conforme inclusive já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, assumindo o auxílio-cesta alimentação caráter remuneratório e incorporando ao salário dos funcionários da ativa para todos os efeitos, inquestionável sua extensão aos inativos, visto que o ordenamento jurídico assegura a equiparação dos aposentados aos funcionários em atividade.

Quanto à atualização monetária, a despeito do que dispõe o § 2º do art. 1º da Lei 6.899/81, esta deverá incidir a partir da data em que o objeto da prestação se tornou devido, e não da propositura da ação, sob pena de enriquecimento ilícito, conforme inclusive resta estipulado no art. 389 c/c os arts. 394 e 395 do Código Civil de 2002, que estabelece a correção monetária como consequência da mora do devedor, não importando a data da propositura da ação.

Desse modo, decidiu bem a sentença, determinando que o pagamento do auxílio-cesta alimentação seja atualizado a partir de cada vencimento.

Por todo o exposto, nego provimento ao agravo retido e ao recurso de apelação, mantendo-se na íntegra a sentença recorrida.

Custas, pelo apelante.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - De acordo com o Des. Relator.

DES. MOTA E SILVA - No mérito, acompanho o voto proferido pelo eminente Des. Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, VENCIDO O DES. VOGAL. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO, À UNANIMIDADE.

...

Ação de cobrança - Sentença - Cumprimento - Honorários advocatícios - Cabimento

Ementa: Ação de cobrança. Cumprimento de sentença. Honorários advocatícios. Cabimento.

- O fato de a Lei nº 11.232/05 ter alterado a natureza e a técnica da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo, passando a constituir fase complementar de um mesmo processo, não trouxe qualquer modificação no que tange à incidência da verba honorária. Assim, entende-se que também no cumprimento de sentença haverá condenação em honorários advocatícios, como ocorre em toda e qualquer execução.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.07.530963-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Ana Carolina Melo de Siqueira - Agravado: Banco Bradesco S.A. - 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, 15 de setembro de 2009. - *Elpídio Donizetti* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - Ana Carolina Melo de Siqueira, qualificada nos autos, interpôs agravo de instrumento em face da decisão proferida pela Juíza de Direito da 34ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte (reproduzida às f. 35/36-TJ), a qual, nos autos da ação de cobrança, em fase de cumprimento de sentença, ajuizada em desfavor de Banco Bradesco S.A., indeferiu o pedido de arbitramento de honorários.

Em síntese, a recorrente alega que são devidos os honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

Arremata requerendo o provimento do agravo para reformar a decisão recorrida.

A parte agravada não apresentou contrarrazões.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inicialmente, cumpre destacar que, antes da Lei nº 11.232/2005, não havia dúvidas acerca da fixação de honorários advocatícios para a execução, demanda autônoma, quer fosse execução de título judicial ou extrajudicial. Conquanto inexista sucumbência, a instauração da execução exige esforço prévio e trabalho dos patronos das partes, o que merece ressarcimento.

A incidência de verba honorária na execução, aliás, está expressamente prevista no art. 20, § 4º, do CPC, que se encontra em consonância com o princípio da causalidade. Ou seja, o executado deu causa a que o exequente movimentasse a máquina judiciária e, por isso, deve suportar os ônus da sua conduta (inadimplência).

Com a adoção do processo sincrético, que reuniu em uma só fase os processos de conhecimento e de execução, passou-se a discutir a possibilidade de fixação de nova verba honorária na fase de cumprimento de sentença. Em razão do silêncio da Lei nº 11.232/2005, surgiram duas posições antagônicas na doutrina e jurisprudência.

Entendem alguns que, por não mais constituir o cumprimento (execução) de sentença demanda autônoma, mas mera fase procedimental, não haveria incidência de novos honorários advocatícios. Trata-se de uma interpretação literal do art. 20, *capu*, e § 4º, do CPC, que, de fato, pressupõe a existência de sentença para que se possa falar em condenação a honorários advocatícios, a qual não existirá no procedimento de cumprimento de sentença.

Essa corrente, contudo, não nos parece a mais adequada.

O objetivo almejado pelo legislador com a adoção do sincretismo processual foi conferir maior celeridade e efetividade ao cumprimento das decisões judiciais, eliminando procedimentos considerados entraves ao andamento do processo executivo.

Entre as novas medidas a serem adotadas, está a multa de 10% incidente sobre o valor da condenação, caso o devedor não efetue o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias (art. 475-J). Essa multa, evidentemente, visa incentivar o devedor a adimplir de pronto a obrigação contida na sentença, efetuando o pagamento a que fora condenado.

Ocorre que, ao se defender a não fixação de nova verba honorária na fase do cumprimento de sentença, a multa prevista no art. 475-J perderia sua eficácia coercitiva, e a nova sistemática prevista na Lei nº 11.232/2005 não surtiria os efeitos pretendidos, podendo ser, na verdade, até mais benéfica para o devedor.

Veja bem: antes da Lei nº 11.232/2005, a execução da sentença condenatória ao pagamento de quantia processar-se-ia em ação autônoma de execução, com incidência de novos honorários advocatícios a serem fixados segundo os parâmetros do art. 20, § 4º, do CPC. De um modo geral, os juízes fixavam a verba honorária em 10% sobre o valor da execução.

Com a nova lei, em não se cogitando de verba honorária, ter-se-ia, na fase de cumprimento de sentença, a incidência apenas da multa do art. 475-J. Em termos práticos, então, nada se teria alterado: adiciona-se a multa de 10%, mas, por outro lado, retira-se a con-

denação em verba honorária. De que adiantaria, então, a nova sistemática, segundo a qual, no cumprimento de sentença, utiliza-se a técnica da coerção (fixação de multa) e da execução (constrição de bens)?

Nesse contexto, é de se entender que também no cumprimento de sentença haverá condenação em honorários advocatícios, como ocorre em toda e qualquer execução. A especialidade do cumprimento de sentença - cujo escopo, reitere-se, é conferir maior celeridade à satisfação do direito reconhecido na decisão - é a incidência de multa de 10% sobre o saldo devedor caso não haja pagamento no prazo de quinze dias. Dessa forma, estar-se-á incentivando o devedor a cumprir voluntariamente a obrigação reconhecida na sentença.

Destaca-se que, nos termos do art. 475-I do CPC, o cumprimento de sentença far-se-á "por execução", o que justifica o tratamento igualitário entre este procedimento e o processo de execução autônomo no que tange aos honorários advocatícios.

Concluindo, o fato de a Lei nº 11.232/05 ter alterado a natureza e a técnica da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo, passando a constituir fase complementar de um mesmo processo, não trouxe qualquer modificação no que tange à incidência de honorários advocatícios.

Com base em tais fundamentos, reputa-se cabível a fixação de honorários advocatícios na fase do cumprimento da sentença. Corroborando tal entendimento, já se posicionou o STJ:

> Processo civil. Cumprimento de sentença. Nova sistemática imposta pela Lei nº 11.232/05. Condenação em honorários. Possibilidade.
> - O fato de se ter alterado a natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não traz nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios.
> - A própria interpretação literal do art. 20, § 4º, do CPC não deixa margem para dúvidas. Consoante expressa dicção do referido dispositivo legal, os honorários são devidos 'nas execuções, embargadas ou não'.
> - O art. 475-I do CPC é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução. Ora, se haverá arbitramento de honorários na execução (art. 20, § 4º, do CPC) e se o cumprimento da sentença se faz por execução (art. 475, I, do CPC), outra conclusão não é possível, senão a de que haverá a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença.
> - Ademais, a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então.
> - Por derradeiro, também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei nº 11.232/05, em especial a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC. De nada adiantaria a criação de uma multa de 10% sobre o valor da condenação para o devedor que não cumpre voluntariamente a sentença se, de outro lado, fosse eliminada a fixação de verba honorária, arbitrada no percentual de 10% a 20%, também sobre o valor da condenação. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 3ª Turma, REsp 978.545/MG, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, julgado em 11.03.2008, *DJ* de 1º.04.2008, p. 1).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso e, por conseguinte, arbitro os honorários para a fase do cumprimento de sentença em 10% sobre o valor exequendo.

Custas recursais, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FÁBIO MAIA VIANI e ARNALDO MACIEL.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Partilha de bens - Imóvel adquirido por sub-rogação - Regime de bens - Comunhão parcial - Partilha parcial dos imóveis

Ementa: Apelação cível. Partilha de bens. Imóveis adquiridos por sub-rogação. Regime de comunhão parcial de bens. Partilha parcial dos imóveis. Sentença reformada em parte.

- Não se comunica bem adquirido em sub-rogação, quando o regime do casamento é o da comunhão parcial de bens.

- Comprovado nos autos que os imóveis a serem partilhados foram adquiridos por sub-rogação a outro imóvel adquirido antes do casamento, partilhará somente a parte paga a mais com a ajuda da esposa. O mesmo acontecerá para o imóvel adquirido na constância do casamento por sub-rogação a outro, mas só um dos cônjuges permanecer no pagamento do financiamento realizado após a separação ou divórcio.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.983063-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º V.F.P., 2º) P.M.P. - Apelados: F.P.V. e P.M.P. - Relator: DES. MAURO SOARES DE FREITAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 24 de setembro de 2009. - *Mauro Soares de Freitas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Trata-se de apelações interpostas por V.F.P. e P.M.P. em face dos mesmos, contra r. decisão que julgou parcialmente procedente o pedido na ação de partilha de bens.

Inconformadas, recorrem as partes da sentença proferida em primeira instância.

Primeiramente, recorre a requerida, afirmando que o apartamento de Belo Horizonte foi adquirido por sub-rogação a outro apartamento adquirido pela recorrente antes de casada. Assim, afirma que deverá ser partilhado apenas 1/3 deste apartamento. Quanto ao apartamento de Vila Velha-ES, afirma que foi adquirido durante a constância do casamento, mas que 1/3 deste deverá ser afastado da partilha, uma vez que o autor continuou pagando o financiamento realizado após o divórcio. Por fim, recorre quanto ao veículo Peugeut 206, ano 2000, afirmando que a partilha deverá ser realizada, pois continua em poder do requerente.

O autor também apela e suscita intempestividade da contestação apresentada pela ré, pugnando pelo desentranhamento dos documentos acostados, uma vez que não se encontram autenticados. Quanto ao mérito, afirma que o apartamento de Belo Horizonte, da Rua Jacuí, foi quitado na constância do casamento, para que pudesse ser alienado e adquirido o do Bairro São Lucas; portanto, deverá ser partilhado inteiramente. Quanto ao apartamento de Vila Velha-ES, afirma que foi adquirido quando o casal já se encontrava separado de fato e que a Caixa Econômica Federal exigiu que o contrato fosse realizado em nome do casal, uma vez que, formalmente, ainda se encontravam casados. Assim, pugna para que este imóvel não entre na partilha.

Contrarrazões às f. 206/214 e 216/223.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, há que apreciar a preliminar suscitada pelo segundo apelante, afirmando que a contestação está intempestiva, o que levaria à aplicação da revelia e ao desentranhamento dos documentos acostados àquela peça de defesa.

Afirma o apelante que a contestação deveria ser protocolada até o dia 23.06.2008, pois o prazo para contestar será contado da audiência. Assim, tendo a audiência ocorrido no dia 09.06.2008, contados os 15 dias, inclusive o da audiência, intempestiva a contestação protocolada no dia 24.06.2008.

Não merece razão o apelante.

A contagem de prazo segue a regra do art. 184 do CPC, que dispõe:

> Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.
> §1º [...]
> §2º Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação (art. 240 e parágrafo único).

Dessa forma, ao seguir a regra acima, o prazo para contestar começa a ser contado do dia seguinte à audiência, se dia útil. Portanto, equivocada a afirmação de que o prazo se inicia no dia da audiência.

Portanto, iniciado o prazo no dia 10.06.2008 e contados os 15 dias, o prazo findou-se no dia 24.06.2008. Sendo esta a data do protocolo, tempestiva a contestação.

Ao alegar intempestiva a contestação, afirma, ainda, o apelante a necessidade de desentranhar os documentos acostados a ela. Tempestiva a contestação, mantidos os documentos.

Rejeitada a preliminar.

Passo ao exame do mérito e farei o julgamento dos recursos em conjunto.

Afirma a requerida que o imóvel da Rua Jacuí foi adquirido por ela quando ainda solteira, sendo vendido para aquisição do apartamento da Rua Raul Henriot, o que presume a sub-rogação, pelo que deverá ser partilhado somente 1/3 deste apartamento. Já o requerente afirma que o apartamento da Rua Jacuí foi quitado na constância do casamento com sua ajuda, devendo ser partilhado integralmente.

As partes casaram-se pelo regime de comunhão parcial de bens. É sabido que, na comunhão parcial, não se comunicam os bens havidos antes do casamento, nem aqueles bens adquiridos em sub-rogação a estes.

Dispõem os arts. 1.658 e 1.659 do novo Código Civil:

> Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.
> Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:
> I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar.
> [...]

O eminente Desembargador Wander Marotta citou o seguinte texto em um de seus votos, o que cabe ao presente caso:

> Trata-se de sub-rogação real: uma coisa é substituída pela outra. Mesmo adquirido a título oneroso (quando, pela regra geral, entraria na comunhão), se o novo bem ocupa o lugar de outro, que era próprio do adquirente, não se dá a comunicação. É o caso, por exemplo, da mulher que já possuía um terreno, ao casar, e, posteriormente, aliena o imóvel comprando com o produto da venda um apartamento. Este apartamento, que fica no lugar do terreno, vai integrar a massa dos bens próprios da mulher. Também é bem próprio o dinheiro precedente da venda de um bem particular. A sub-

rogação real compreende a sub-rogação direta e a indireta. Pela primeira, a saída de um bem e a entrada de outro no patrimônio de um dos cônjuges ocorrem no mesmo negócio jurídico, utilizando-se único instrumento, e a troca ou permuta é exemplo expressivo deste caso. A sub-rogação indireta verifica-se quando o bem adquirido através de um negócio jurídico se deu com o produto da alienação de um bem próprio, por outro negócio jurídico. (Retirado da *Apostila Praetorium de Direito de Família*, Juliana Gontijo, p. 92, maio/2002.)

Portanto, o que se vê é que realmente houve a sub-rogação alegada pela primeira apelante, pelo que deverá a sentença ser reformada nesta parte.

O imóvel pertencente somente à requerida foi alienado pelo valor de R$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), sendo esse valor aplicado integralmente na aquisição do apartamento ora partilhado. O valor integral deste imóvel foi de R$ 70.000,00 (setenta mil reais).

Em sendo assim, somente 1/3 desse imóvel deverá ser partilhado entre o casal.

Quanto ao imóvel de Vila Velha/ES, deverá ser partilhado, mas de forma diferente da determinada na sentença.

O que se vê dos autos é que esse imóvel foi adquirido por sub-rogação a um outro, de Vitória, que foi adquirido em 2003, quando as partes ainda se encontravam casadas. Este apartamento foi alienado por R$ 68.000,00, sendo esse valor aplicado na compra do imóvel de Vila Velha, cujo valor restante foi financiado pelo segundo apelante. Portanto, como o requerente não conseguiu comprovar que à época da aquisição do imóvel de Vitória o casal já se encontrava separado de fato, presume-se adquirido por esforço comum do casal. Assim, a parte sub-rogada deverá ser partilhada para a requerida.

Desse modo, o requerente terá, exclusivos dele, 2/3 do imóvel, devendo partilhar 1/3 com a requerida.

Por fim, quanto ao veículo Peugeut 206 requerido pela requerida, sem razão, pois se vê que o mesmo foi alienado em 2003, quando o casal ainda se encontrava casado, presumindo-se que o valor apurado foi utilizado em favor do casal. Não há que se falar em partilha desse bem.

Na verdade, o que se pode perceber, a princípio, após leitura e análise de todo o processo, é que, inicialmente, a forma da partilha seria a estabelecida no documento de f. 66 dos autos, qual seja um acordo entabulado pelo casal, registrado em cartório, de como seria a partilha dos bens. Pelo documento, a requerida ficaria com os bens de Belo Horizonte, ou seja, o apartamento do Bairro São Lucas, e o requerente com o apartamento de Vila Velha mais um veículo.

Portanto, não procede essa discussão dos autos, pois, ao que parece, o casal estava muito bem resolvido.

Porém, como a partilha está sendo discutida, não prevalecendo o acordado anteriormente, tenho que os dois imóveis deverão ser partilhados, mas de forma diversa da estabelecida na sentença.

Ante tais considerações, dou parcial provimento ao primeiro recurso, para determinar a partilha de 1/3 do apartamento de Belo Horizonte e 1/3 do apartamento de Vila Velha, e nego provimento ao segundo recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BARROS LEVENHAGEN e MARIA ELZA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO.

...

Reparação de danos - Produção de soja - Ataque de fungo - Lavoura - Prejuízo - Fungicida - Ineficácia - Utilização incorreta - Prova

Ementa: Apelação cível. Reparação de danos. Produção de soja. Ataque de fungo. Prejuízo na lavoura. Utilização de fungicida. Ineficácia. Prova da incorreta utilização do produto. Improcedência.

- Tendo a prova oral demonstrado que o requerente não utilizou em sua lavoura, de forma preventiva, o fungicida produzido e comercializado pelos requeridos, tal como determina sua bula e conforme orientou o vendedor, utilizando-o após o surgimento do fungo, não há falar em culpa destes no caso de prejuízos sobrevindos pela ineficácia do produto no combate à doença. A utilização inadequada do produto demonstra a culpa exclusiva do requerente, que, aliás, não tem com os requeridos uma relação de consumo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0182.06.001331-1/003 - Comarca de Conquista - Apelante: Alaor Bovi - Apeladas: Bayer Cropscience Ltda. e Bolsa de Insumos de Patrocínio Ltda. - Relator: DES. LUCIANO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de agosto de 2009. - *Luciano Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - Alaor Bovi ajuizou ação de reparação de perdas e danos contra Bayer Cropscience Ltda. e Bolsa de Insumos de Patrocínio Ltda.

Narrou ser agricultor na região de Conquista, onde cultiva há mais de cinco anos soja, milho e arroz, e que sua safra de soja de 2003/2004 teria sofrido uma perda de produção de 732 sacas, perfazendo um prejuízo financeiro na ordem de R$ 29.280,00.

Disse que sua lavoura teria sido atacada por um fungo conhecido como "ferrugem asiática", que já havia sido identificado em várias outras regiões do país, tendo utilizado o fungicida Stratego 250 EC, de fabricação da primeira ré e recomendado pela segunda, comerciante do produto, na prevenção e combate da doença (f. 05).

Contudo, alega que, embora tenha recebido do engenheiro agrônomo que prescreveu o produto todo acompanhamento técnico e inspeção em sua lavoura de soja, além de receber diagnósticos e orientações técnicas acerca das medidas e quantidades estipuladas conforme rótulo e bula do produto, para sua aplicação na lavoura, não obteve êxito quanto ao resultado esperado, visto que se mostrou ineficiente na prevenção e combate ao fungo causador da ferrugem asiática.

Disse haver relação de consumo entre ele e os réus, uma vez que o primeiro produziu o produto e o segundo o comercializou, de modo que recaía sobre ambos responsabilidade solidária sobre seus efeitos, ao influxo do CDC.

Discorreu sobre sua boa-fé em relação à eficácia do produto na proteção da lavoura contra a ferrugem asiática, noticiada em publicidade, anúncio e rótulo do produto, além de atestada pelo assistente técnico do fornecedor, que o teria receitado.

Narrou sobre a divulgação do Stratego 250 EC na região e que ele teria sido registrado no Ministério da Agricultura em 09.09.2003, a seu aviso, fora do prazo determinado pela comissão de Fitopatologia da XXV RPSRCB (Reunião de Pesquisa de Soja da Região Central do Brasil), que disse ser até 30.08.2003.

Discorreu sobre a responsabilidade objetiva dos réus no tocante aos prejuízos que teve em razão da ineficiência do produto, transcrevendo inúmeras jurisprudências sobre o tema e, ao final, requereu a procedência da ação.

Juntou documentos.

O réu Bayer Cropscience Ltda. contestou a ação às f. 119/163.

Em suma, nega a relação de consumo entre as partes, pois entende que o agricultor, ao utilizar o fungicida na sua lavoura, o faz como investimento na sua produção, não se enquadrando, portanto, no rol de consumidor final.

Adiante, sobre a alegação de vício do produto, ressaltou não ter havido prova pericial no tempo correto, acerca dos danos que ele teria causado.

Acrescentou que a documentação juntada pelo autor não comprovava os critérios que ele utilizou na aplicação do produto e que o documento de f. 28 indicava que o produto teria sido adquirido para Antracnose, e não para ferrugem asiática (f. 130).

Disse, mais, que o autor não comprovou ter sua lavoura sido atacada pela ferrugem asiática, nem que utilizou o produto na dosagem indicada, porquanto teria plantado 38 hectares (f. 05), mas adquiriu o fungicida para combater 50 hectares de lavoura (nota fiscal de f. 34), sabendo que seriam necessárias duas aplicações sobre o plantio, em se observando a forma indicada pelo fabricante.

Concluiu que, se utilização do fungicida houve, essa se teria dado em diluição inadequada, ou seja, fora dos padrões indicados para sua eficácia.

Verberou as alegações acerca do montante que o autor costuma produzir; sobre o valor da saca de soja indicada na inicial e do motivo da alegada redução da produção.

Adiante, discorreu sobre estudos feitos no clima da região da lavoura do autor, no ano de 2003, cujas conclusões se deram no sentido de que um "veranico" atrasou o plantio e, via de consequência, também a colheita, e tal fato é que teria causado a queda naquela produção.

Por fim, negou qualquer responsabilidade de sua parte sobre os danos alegados e requereu a improcedência da ação.

Juntou documentos.

De sua vez, Bolsa de Insumos de Patrocínio Ltda. contestou a f. 490/513.

Em suma, ataca as alegações do autor no tocante à relação de consumo; discorre sobre a ferrugem asiática; narra as condições climáticas da época do plantio do autor; e assinala a legalidade na comercialização do fungicida Stratego.

Adiante, esclareceu que referido fungicida tinha função preventiva no tocante à ferrugem asiática, embora o autor o tivesse utilizado no combate a ela, ressaltando a ausência de nexo causal entre o alegado dano e o produto em si.

Sobre os danos materiais, disse não ter o autor comprovado a área plantada nem quanto ele teria colhido nas safras dos anos anteriores, não atacadas pelo fungo, acrescentando, ainda, a ausência da prova da queda de produção.

Negou sua responsabilidade por qualquer dano na safra do autor, insistindo em que, caso tenha mesmo havido tal dano, ele teria sido causado pelo mau uso do fungicida.

Pediu a improcedência da ação.

Juntou documentos.

O autor impugnou ambas as contestações.

O feito teve curso normal, com realização de audiência de instrumento e julgamento à f. 1327/1332, na qual foi tomado o depoimento pessoal do autor e ouvida uma testemunha arrolada por ele.

Adiante, as partes apresentaram razões finais, sob a forma de memorial.

Sobreveio sentença às f. 1.531/1.534, que julgou improcedente o pedido, ao fundamento de não ter o autor utilizado o fungicida como preventivo da infestação da ferrugem asiática, para o qual ele era indicado.

O autor apresentou apelação às f. 1.536/1.577.

Inicialmente, insiste no fato de haver relação de consumo entre ele e os réus, de modo a se aplicar o CDC no caso dos autos.

Discorreu longamente sobre o tema, transcrevendo inúmeras jurisprudências.

Adiante, disse que a sentença não se ateve às provas dos autos, arrimando-se unicamente no posicionamento pessoal da testemunha ouvida, de não indicar fungicida preventivo, visto que tal posicionamento não obrigatoriamente seria também o seu.

Mais, disse que a sentença não atentou para os esclarecimentos prestados no seu depoimento pessoal nem na documentação dos autos, segundo os quais ele teria utilizado o produto tal como recomendado pelo fabricante e pelo fornecedor, sem, contudo, apresentar qualquer eficácia.

Repete outras vezes as mesmas teses acerca das provas produzidas e, ao final, pede o provimento de seu recurso e a procedência da ação.

Os réus apresentaram contrarrazões.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O apelante, assinalando que a documentação juntada nos autos e o seu depoimento pessoal comprovavam suas alegações iniciais, tendo a sentença se arrimado unicamente em depoimento de testemunha para concluir pela improcedência do pedido, requereu a reforma total da sentença e a condenação das rés, solidariamente, pelos prejuízos que lhe sobrevieram em razão da ineficácia do fungicida produzido e comercializado por elas.

Sobre a questão da aplicação do CDC no caso dos autos, assinalo que aqui ela é inócua, haja vista que a prova da alegação do apelante (autor) lhe caberia mesmo que se concluísse pela relação de consumo.

Isso porque, como já se pacificou nos tribunais, a inversão do ônus da prova não é uma medida imposta sempre que a demanda se oriente ao influxo do CDC.

Em verdade, tal inversão somente se aplica quando haja patente hipossuficiência do consumidor quanto à capacidade de produzi-la e cabe esclarecer que referida hipossuficiência não é apenas a financeira, mas, principalmente, quando os elementos da prova se encontrem com a parte contrária e, assim, fica o consumidor impossibilitado de apresentá-las.

Aqui, a prova cumpria ao apelante.

Primeiro, porque - é bom que se esclareça - a relação entre as partes não é de consumo, já que todo bem ou serviço implementado no desenvolvimento da lavoura de não subsistência é insumo, pois a produção comercializada exclui o agricultor da situação de consumidor final daquele bem ou serviço.

Segundo, porque somente o próprio autor possuía meios de apresentar a prova do que alegou, consistente na demonstração da área cultivada, da aquisição do fungicida, da utilização do fungicida da forma prescrita na sua bula, da infestação da sua lavoura pela ferrugem asiática, da colheita reduzida e da queda da produção.

Aos réus seria impossível o levantamento de tais informações por meio de prova cabal.

Com isso, impõe-se o julgamento do feito com as provas produzidas nos autos, não se aplicando a inversão do ônus da prova.

Adentrando o núcleo da matéria, que é a questão de se saber se o apelante utilizou ou não o produto Stratego 250 EC, indicado como preventivo do ataque do fungo ferrugem asiática, da forma como consta na sua bula e conforme orientação do comerciante, ressalto que a única prova concreta sobre tal questão foi mesmo a oral, uma vez que não há nos autos qualquer registro documental acerca dela.

De início, cumpre salientar que a bula do produto, cuja cópia está as f. 601/605, confirma sua indicação preventiva no tocante à ferrugem asiática, pois nela se lê:

> Em soja, para o controle ao mesmo tempo de ferrugem, crestamento foliar e septoriose, realizar 2 aplicações preventivas, ambas na fase reprodutiva da cultura. Em lavouras semeadas até final de outubro, fazer a primeira aplicação no início da formação de grãos (R5.1) e a segunda, na fase de 'meia granação' (R5.3).

De outro lado, o autor confirma na inicial sua ciência quanto à indicação do produto para fins preventivos, pois assinalou, à f. 15, o seguinte:

> Nesta nova relação de fungicidas indicados para o controle preventivo da ferrugem, continha o produto Stratego 250 EC, o qual fora recomendado através de votação feita pela comissão, condicionando à aprovação do registro no MPA até 30 de agosto de 2003.

Com isso, dúvidas não restam quanto à correta informação prestada ao apelante acerca da utilização do produto, contrariando seu argumento no sentido contrário.

Partindo de tal certeza, o que se extrai da prova oral é que o apelante não aplicou o fungicida da forma indicada.

Primeiro, disse o apelante, na inicial, precisamente às f. 05 e 06, que:

> [...] recebeu de seu engenheiro agrônomo, que prescreveu o produto, todo acompanhamento técnico e inspeção em sua lavoura de soja. Tendo, inclusive, recebido diagnósticos e orientações técnicas para o momento da aplicação do fungicida na lavoura [...].

Ora, se o apelante foi orientado por seu engenheiro agrônomo quanto ao momento da aplicação do fungicida, isso significa dizer que ele somente aplicou o produto depois do surgimento da ferrugem asiática em sua lavoura, haja vista que o referido engenheiro afirmou em seu depoimento, às f. 1.331/1.332:

> [...] que o depoente, no âmbito de sua atividade, não recomenda a aplicação preventiva de qualquer agrotóxico; que o fabricante do produto 'Stratego', no entanto, recomenda que a utilização do produto seja feita dessa forma, ou seja, independentemente do aparecimento de sintomas de doença ou praga na lavoura; [...]; que, no tocante a qualquer doença e, especificamente, à 'ferrugem asiática', o depoente segue a recomendação da Embrapa, no sentido de que, em se tratando de soja, a aplicação de qualquer fungicida deve ser feita quando do aparecimento do (*sic*.) primeiros sintomas ou sinais da doença; [...].

Adiante, é possível constatar uma desarmonia entre o depoimento pessoal do apelante e o depoimento da sua testemunha, o engenheiro agrônomo que o orientou e acompanhou a lavoura da soja.

Isso porque o apelante disse ter aplicado o fungicida depois de vinte dias do plantio, repetindo a aplicação dentro de 12 dias, (f. 1.328/1.329): "que aplicou o produto conforme orientação do vendedor, ou seja, depois de vinte dias do plantio, repetindo a aplicação dentro de doze dias, na mesma dosagem".

Já em seu depoimento, o engenheiro afirmou (f. 1.330):

> [...] que a primeira visita que fez à propriedade ocorreu depois de vinte (20) dias do plantio, mais ou menos; que inspecionou a lavoura do requerente, inclusive usando uma lupa, constatando que no local ainda não havia infestação da praga denominada 'ferrugem asiática'; que não recomendou a aplicação de qualquer fungicida ao requerente; que retornou na lavoura do requerente depois de uns vinte (20) dias, constatando que ali não havia infestação da 'ferrugem'; que, nessa ocasião, soube pelo requerente que no local havia sido feita uma aplicação do fungicida 'Stratego'; que, ao visitar a lavoura pela terceira vez, depois de mais dezoito (18) dias, já constatou a infestação da doença na lavoura, sendo que o requerente fez no local a segunda aplicação do fungicida; [...].

Ora, se aos vintes dias do plantio, quando o engenheiro esteve na lavoura do apelante, ele não recomendou o uso do fungicida, e o apelante afirmou em sua inicial ter seguido sua orientação acerca do momento da utilização do produto (vide f. 06 da inicial), força é convir que não houve aplicação do fungicida quando a lavoura estava com 20 dias de plantio, contrariando a indicação da bula do produto e a orientação passada pelo seu vendedor.

Por fim, veja-se que o apelante ressalta, à f. 1.554 de seu recurso, a prova emprestada que trouxe aos autos, consistente no depoimento do engenheiro agrônomo José Roberto Scaramuza Junior, às f. 1.335/1.339.

Contudo, a leitura de tal depoimento demonstra exatamente que o prejuízo nas lavouras da região de Uberaba e Sacramento se deu não pela ineficiência do fungicida Stratego, mas por razões outras.

Veja-se o que disse a referida testemunha, f. 1.335 e 1.336:

> [...] que o Stratego é eficiente no combate à ferrugem desde que aplicado no momento correto; que nesta época (safra 2003/2004), varios (*sic*.) fatores ocorreram para o não controle da ferrugem: 1 - plantio atrasado devido a chuvas excessivas; 2 - os agricultores não acreditavam e não conhecimento a doença (*sic*.); 3 - falta generalizada de fungicidas para o controle da doença; 4 - uso inadequado dos fungicidas; [...] que o Stratego é usado de forma preventiva na fase vegetativa; [...] que, na safra 2003/2004, houve falta no fornecimento de fungicidas e o Stratego foi usado em grande quantidade de forma curativa; que o depoente não orientou o uso de Stratego de forma curativa; [...].

Dessarte, não há nos autos qualquer prova que confirme as alegações do apelante.

Por fim, embora não seja o motivo vertente da improcedência do pedido, porquanto a ausência da prova do uso adequado do fungicida Stratego e de sua ineficiência o é, ressalte-se que o apelante em momento algum provou o dano que sofrera e para o qual pretende ressarcimento.

Não há quaisquer documentos acerca da área do plantio, nem de produções anteriores, nem da colheita prejudicada pelo fungo ferrugem asiática, nem do montante do prejuízo, tendo o apelante se cingido a narrar tais questões.

Assim, estou que não merece qualquer reparo a sentença, que julgou de acordo com as provas dos autos.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA DE PAOLI BALBINO e LUCAS PEREIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Dúvida - Dilação probatória - Não cabimento - Documento - Declaração de nulidade - Inadmissibilidade

Ementa: Apelação cível. Suscitação de dúvida. Produção de prova pericial. Não cabimento. Limites ao julgamento da dúvida. Impossibilidade de se declarar nulidade.

- A suscitação de dúvida não é a via adequada para se investigar e averiguar a autenticidade de documentos, não cabendo a produção de prova testemunhal ou pericial.

- Não se pode admitir que, no curso de uma suscitação de dúvida, procedimento de natureza meramente administrativa, se declare a nulidade de documento já levado a registro, adentrando-se em questões fáticas e de direito que devam ser objeto de ação própria.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0283.08.008481-9/001 - Comarca de Guaranésia - Apelante: Fernando Jerônimo Baptistete Matarazzo - Apelados: Museu Eduardo André Matarazzo de Armas, Veículos e Máquinas e outro - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de setembro de 2009. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Em comento, apelação cível interposta em face da r. sentença de f. 431/435, que, nos autos da suscitação de dúvida formulada pela oficiala do registro civil de pessoas jurídicas da Comarca de Guaranésia, declarou

> nulo o registro do documento de folhas 37/38, relativo ao ato de assunção ao cargo de presidente vitalício do Museu de Armas e Máquinas pelo requerente Fernando Jerônimo Baptistete Matarazzo (*sic*).

Na inicial da suscitação de dúvida, a oficiala informou que, em 11.05.2007, Fernando Jerônimo Baptistete Matarazzo requereu o registro de seu ato de assunção ao cargo de presidente vitalício do Museu de Armas, Veículos e Máquinas, cargo anteriormente ocupado por seu falecido pai. Afirmou que o pedido foi fundamentado em cláusula estatutária do museu que previa, em caso de falecimento do presidente, sua substituição pelos descendentes de primeiro e segundo grau, em linha reta. Seguiu aduzindo que, após a publicação do edital chamando interessados, foi realizado registro requerido, mas, em 04.12.2007, Patrícia Marta Matarazzo compareceu à serventia requerendo o registro de seu nome para a assunção do cargo de presidente do Museu. Em razão da incompatibilidade, a oficiala suscitou dúvida ao Juízo da Comarca de Guaranésia.

O Museu de Armas, Veículos e Máquinas "Eduardo André Matarazzo" apresentou manifestação às f. 138/142, alegando que o art. 10 de seu estatuto social, utilizado como fundamento do pedido de registro formulado por Fernando Jerônimo Baptistete Matarazzo, foi alterado em assembléia ocorrida em 25.03.1999.

O MM. Juiz, analisando o feito, declarou nulo o registro.

Inconformado, Fernando Jerônimo Baptistete Matarazzo, na qualidade de terceiro interessado, aviou recurso de apelação às f. 465/480. Nas razões recursais, suscitou preliminar de nulidade da sentença por cerceio de defesa, em razão de não ter sido realizada perícia para verificação da autenticidade dos documentos apresentados por Patrícia Marta Matarazzo e das assinaturas neles constantes. No mérito, sustentou que os documentos não possuem fé pública, sendo seu requerimento de registro válido e fundamentado, com comprovação de seu direito de assumir o cargo de presidente do Museu de Armas, Veículos e Máquinas.

Juízo de admissibilidade.

Admito o recurso interposto, porque presentes os requisitos e pressupostos de admissibilidade.

Preliminar - nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Em razões recursais, o apelante aventou preliminar de nulidade de sentença por cerceamento de defesa, porque não realizada perícia para verificação da autenticidade dos documentos apresentados por Patrícia Marta Matarazzo e das assinaturas neles constantes.

Data venia, esta preliminar não merece acolhida.

A dúvida é suscitada em face da apresentação de certo título para registro e revela dúvida do oficial em admiti-lo ao registro. A procedência da dúvida tem como consequência inexorável a manutenção da reserva do oficial em acolher o título apresentado para registro. Por sua vez, a improcedência da dúvida tem como corolário a aceitação do título apresentado para registro. O procedimento de dúvida tem natureza administrativa, circunscrita a tema e a questões registrais. Outras questões, que não digam respeito à ordem dos registros ou a meros requisitos formais dos títulos para serem admitidos ao registro, colocam-se fora do âmbito da solução da dúvida. O procedimento da dúvida só deve resolver as questões suscitadas pelo oficial para proceder ao registro do título. O procedimento de dúvida não

resolve questões de fundo relacionadas mediatamente com a formação dos títulos, mas tão somente às formalidades relacionadas imediatamente com o título.

Verifica-se, assim, que a suscitação de dúvida não é a via adequada para se investigar e averiguar a autenticidade dos documentos apresentados por Patrícia Marta Matarazzo. Dessa forma, descabe a produção da prova pericial que o apelante imputa imprescindível.

É o que se colhe da doutrina de Walter Ceneviva, *verbis*:

> Todos os documentos de que dispuser o interessado e que estiverem na posse do oficial devem ser encaminhados ao juiz para que este deles conheça. Descabendo, nesse procedimento, uma instrução formal, a parte deve propiciar toda soma de elementos probantes de que dispuser, pois a dúvida não se compatibiliza com uma instrução demorada ou feita por etapa nem com a prova testemunhal ou pericial (CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 357).

Dessa forma, rejeito a preliminar.

Mérito.

Em maio de 2007, Fernando Jerônimo Baptistete Matarazzo formulou, ao oficial de registro de pessoas jurídicas, pedido de registro do ato de assunção ao cargo de presidente vitalício do Museu de Armas, Veículos e Máquinas, "inscrito no CNPJ sob o número 57.024.846/0001-89". Para tanto, apresentou os seguintes argumentos:

> [...] foi eleito Presidente Vitalício o fundador Eduardo André Matarazzo - artigo 29º. O Presidente Vitalício faleceu no dia 3 de março de 2002 - estando desde essa data vago o cargo. Cabe, por isso, substituí-lo, na forma do artigo 10, inciso I, por descendente em linha reta, em primeiro grau. O ora requerente Fernando Jerônimo Baptistete Matarazzo é descendente em linha reta, em 1º grau, pois é filho do falecido Eduardo André Matarazzo (*sic*, f. 37).

Objetivando comprovar tais alegações, Fernando Jerônimo Baptistete Matarazzo juntou cópias do Estatuto Social do Museu de Armas, Veículos e Máquinas e outros documentos, dentre os quais a certidão de óbito de seu pai, Eduardo André Matarazzo, que deixou outros dois filhos (Francisco Eduardo Matarazzo e Patrícia Marta Matarazzo - f. 45).

Recebido o pedido, a oficiala do Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas de Guaranésia publicou edital para conhecimento de terceiros e, em sequência, efetivou o registro, nos termos requeridos por Fernando Jerônimo Baptistete Matarazzo. Todavia, em dezembro de 2007, Patrícia Marta Matarazzo compareceu ao referido cartório e apresentou diversos documentos que, segundo ela, demonstrariam seu direito à assunção do cargo de diretora presidente, asseverando que tais documentos não haviam sido registrados no Cartório de Guaranésia, mas sim no Cartório de Bebedouro, no Estado de São Paulo, antiga localização da sede do Museu. Afirmou que o art. 10, § 1º, do Estatuto do Museu, com a alteração sofrida no ano de 1999, previa a sucessão do cargo de presidente vitalício pelo descendente indicado por este, tendo o falecido Eduardo André Matarazzo indicado seu nome para sucessão, por meio de documento registrado em cartório.

Diante dessa circunstância, a oficiala do Registro Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Guaranésia suscitou dúvida perante o Juízo *a quo*.

Analisando as narrativas da oficiala e dos interessados (Museu de Armas, Veículos e Máquinas; Patrícia Marta Matarazzo; Fernando Jerônimo Baptistete Matarazzo), bem como os documentos juntados aos autos, a MM. Juíza concluiu:

> [...] manifesta a nulidade do documento de f. 37/38 e, em consequência, a nulidade do registro concretizado pela Oficiala da Serventia. Posto isso, com suporte nos arts. 198 e seguintes da Lei nº 6.015/73, declaro nulo o registro do documento de folhas 37/38, relativo ao ato de assunção ao cargo de presidente vitalício do Museu de Armas e Máquinas pelo requerente Fernando Jerônimo Baptistete Matarazzo (*sic*, f. 434/435).

Data venia, não se pode admitir que, no curso de uma suscitação de dúvida, procedimento de natureza meramente administrativa, se declare a nulidade de documento já levado a registro, adentrando-se em questões fáticas e de direito que devam ser objeto de ação própria.

A suscitação de dúvida é regulamentada pelo art. 198 da Lei 6.015/73:

> Art. 198. Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la [...].

Sobre o procedimento de suscitação de dúvida e os limites de seu julgamento, Walter Ceneviva leciona:

> A dúvida é o pedido de natureza administrativa, formulado pelo oficial, a requerimento do apresentante de título imobiliário, para que o juiz competente decida sobre legitimidade de exigência feita, como condição de registro pretendido [...] No processo de dúvida não se pode discutir se houve implemento, ou inadimplemento de obrigações, suas conseqüências jurídicas. 'Na instância administrativa, em que circula a dúvida de serventuário, o que se olha é o aspecto regulamentar dos registros públicos'. Havendo títulos em conflito o juízo corregedor pode, apenas, fazer deles uma verificação objetiva, determinando o registro daquele que apareça em situação de superioridade sob a luz de seu exame formal (CENEVIVA, Walter. Op. cit., p. 346 e 352/353).

À luz de tal doutrina e considerando os fatos acima narrados, especificamente as argumentações e docu-

mentos apresentados por Fernando Jerônimo Baptistete Matarazzo e Patrícia Marta Matarazzo, conclui-se que a questão sob exame é de natureza não administrativa, não se referindo a direito registral propriamente. Envolve, na realidade, a apreciação de diversas questões fáticas e jurídicas intrinsecamente ligadas à validade tanto dos documentos apresentados por Fernando Jerônimo Baptistete Matarazzo quanto dos documentos apresentados por Patrícia Marta Matarazzo.

Nesse ponto, importante ressaltar que a oficiala agiu de acordo com as normas legais ao suscitar a dúvida antes da efetivação do registro pleiteado por Patrícia Marta Matarazzo. Todavia, após a averiguação de todas as questões fáticas e jurídicas debatidas pelas partes, conclui-se que elas dependem de ampla dilação probatória, porque influenciam tanto no registro já efetivado quanto no registro pleiteado por Patrícia Marta Matarazzo. Enfim, são questões que não podem ser analisadas e julgadas no presente procedimento, devendo-se ordenar a remessa das partes às vias ordinárias.

Conclusão.

Pelo exposto, levando em conta que a dúvida foi suscitada quanto ao registro de título apresentado por Patrícia Marta Matarazzo, dou provimento ao recurso para reformar a sentença, cassando o julgamento de nulidade do título registrado, para julgar procedente a dúvida, porém para se manter a recusa do título então apresentado, ressalvando à apresentante valer-se das vias ordinárias para a pretensão de desconstituição do título registrado e do registro respectivo.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CAETANO LEVI LOPES e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação revocatória - Doação - Bem público - Encargo - Descumprimento - Revogação

Ementa: Ação anulatória de ato jurídico. Doação. Encargo. Bem público. Não utilização para os fins que justificaram a doação. Revogação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0011.08.020416-4/001 - Comarca de Aimorés - Apelante: Eleutério Leitão Neto ME (Microempresa) - Apelado: Município de Aimorés - 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 A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 2 de julho de 2009. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - Trata-se de apelação interposta por Eleutério Leitão Neto (ME) contra a sentença de f. 48/52, que, em autos de ação de revogação de doação aforada pelo Município de Aimorés em face do apelante, julgou procedente o pedido inicial para revogar a doação do imóvel descrito na inicial e determinar sua reversão ao patrimônio do Município e, por consequência, cancelar a escritura pública e o respectivo CRI. Além disso, determinou que o apelante, em 90 dias após o trânsito em julgado, promovesse a retirada das benfeitorias, condenando-o, ainda, ao pagamento de custas e honorários, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Nas razões recursais de f. 55/67, o apelante preliminarmente aponta a ocorrência de cerceamento de defesa, tendo em vista o não atendimento do pedido de oitiva de testemunhas. Alega ainda que sua defesa administrativa não foi julgada e que o prazo começou a fluir da data do registro. Quanto aos honorários, alega que não são devidos aos procuradores municipais.

Como relatório, adoto ainda o da r. decisão, acrescentando que as contrarrazões foram apresentadas. Deixei de remeter os autos à douta PGJ, tendo em vista a desnecessidade de intervenção no feito.

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, tenho que não acarreta cerceamento de defesa o indeferimento da produção de prova requerida pelo apelante, qual seja depoimento do representante do Município ou do oficial do Cartório de Registro de Imóveis. Cabe ao juiz, diante do acervo probatório existente nos autos, decidir acerca da possibilidade de julgamento antecipado da lide, conforme determina o Código de Processo Civil, em seu art. 330, inciso I. Não é causa de nulidade o indeferimento de prova requerida, quando convencido o julgador de que as provas constantes dos autos são suficientes para formar o seu convencimento, prescindindo de designação de audiência de instrução e julgamento. Nesse sentido:

> É irrelevante a concordância de ambas as partes, quanto ao julgamento antecipado da lide, que constitui faculdade atribuída ao juiz, sustenta acórdão em *JTA* 39/54. A nosso ver, porém, essa faculdade só existe se a questão não for unicamente de direito; do contrário, será dever, e não faculdade (*RTJ* 84/225).

In casu, a questão restou devidamente esclarecida através dos demais meios de prova carreados aos autos, sendo prescindível a prova testemunhal, configurando-se hipótese de realização do julgamento na forma acima prevista.

Preliminar rejeitada.

A meu juízo, a sentença apelada não merece reforma.

Nos termos da escritura pública de f. 27, expressamente foi prevista a revogação da doação no caso de não cumprimento da finalidade da cessão, com a utilização produtiva do imóvel, instalando-se empresa.

Nos termos do documento de f. 32, conforme vistoria realizada no local, constatou-se que não havia qualquer atividade industrial no local, fato que não foi sequer negado pelo apelante. O prazo para a implantação deveria ser computado a partir da escritura de doação, conforme expressamente previsto no ato.

Assim, as assertivas lançadas no apelo não encontram guarida na prova trazida aos autos, que autoriza a anulação da doação e a reversão da propriedade ao Município, nos termos do art. 555 do Código Civil: "A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo".

Nesse sentido, este egrégio Tribunal de Justiça já decidiu:

> Civil/processual civil. Doação. Inexecução do encargo. Resolução. Direito de o Município/doador reaver o imóvel. Prazo prescricional. Inteligência dos arts. 960 e 177 do Código Civil de 1916 e 3º da Lei Municipal nº 821/93, de Francisco Sá. Sentença de procedência. Rejeitadas as preliminares, recurso desprovido. Rejeitadas as preliminares, nega-se provimento a recurso interposto contra sentença que julgou procedente o pedido feito por Município/doador, diante da manifesta inexecução do encargo, pela donatária, no prazo previsto pela lei local pertinente (Apelação nº 1.0000.00.303991-4/000(1). Rel. Des. Pedro Henriques. Data do acórdão: 12.02.2004. Data da publicação: 30.04.2004).

> Ação de reversão de imóvel. Doação de bem público. Encargo. Não atendimento. Reversão ao Município. - A reversão de imóvel doado ao patrimônio da Municipalidade é imperativo legal que não pode ser descumprido pelo chefe do Executivo, por ser ato vinculado às condições que ensejaram a doação. Em reexame necessário, reforma-se a sentença. Prejudicado o recurso de apelação (Apelação nº 1.0000.00.342992-5/000(1), Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel. Data do acórdão: 16.12.2003. Data da publicação: 11.03.2004).

> Apelação cível. Ação de anulação de escritura pública e registro. Doação com encargos. Descumprimento. Reversão e restituição do imóvel. Cerceamento de defesa. Inocorrência. - Nos termos da lei de regência civil, o donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral. Dessarte, havendo encargo de construção de obra (estádio de futebol) para a perfectibilização da doação feita, não cumprido pelo donatário, é de rigor a reversão da doação realizada. Não há que se falar em prescrição do direito de ação para desfazer a doação e reaver o imóvel, pois tal prazo sequer começou a escoar (Apelação nº 1.0073.02.008891-7/001(1), Rel. Des. Célio César Paduani, data do acórdão: 10.02.2004, p. em 05.03.2004).

Tampouco há que falar pela impossibilidade da condenação do apelante aos honorários de sucumbência, sendo irrelevante o fato de a parte contrária ser Município representado por procurador de carreira. Ao contrário do que foi alegado, não existe norma legal a impedir a condenação na referida verba em tais hipóteses.

Ante tais considerações, nego provimento ao recurso e mantenho inalterada a r.decisão.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOREIRA DINIZ e ALMEIDA MELO.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Dano moral - Médico - Negligência - Óbito - Valor indenizatório - Fixação

Ementa: Ação indenizatória a danos morais. Negligência de médico que não prestou devida assistência a gestante em trabalho de parto, ocasionando sofrimento fetal e nascimento de uma criança deprimida, que evoluiu para o óbito. Valor indenizatório mantido.

- De acordo com as provas constantes nos autos, o médico não assistiu a evolução do trabalho de parto, delegou a outros profissionais (auxiliar de enfermagem) parte deste atendimento e postergou procedimentos que evitariam danos à paciente bem como à criança, que nasceu deprimida e evoluiu para o óbito.

- O valor indenizatório deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, produzindo, nos causadores do mal, impacto suficiente para dissuadi-los de igual procedimento, forçando-os a adotar uma cautela maior, diante de situações como a descrita nestes autos.

- É importante que fique consagrada a adequação entre a ofensa e a indenização, sob pena de restar cristalizado inaceitável enriquecimento de uma das partes e irregular desfalque da outra, pelo que mantido fica o arbitramento indenizatório em R$50.000,00, tendo em vista os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e a gravidade dos fatos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.01.027854-3/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: S.S.A.- Apelante adesiva: M.H.C.M. - Apelados: S.S.A., M.H.C.M., C.S.V.C. Ltda. - 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, 13 de agosto de 2009. - *Francisco Kupidlowski* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Pressupostos presentes. Conheço de ambos os recursos.

Quanto à sentença que, na Comarca de Teófilo Otoni - 1ª Vara Cível -, julgou procedente o pedido indenizatório a danos morais e condenou os réus, solidariamente, ao pagamento da quantia de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescida de correção monetária pelos índices da CGJ/MG, a partir da data da sentença, e juros de mora a partir do evento danoso, surgem dois recursos.

O principal foi interposto por S.S.A., alegando que a decisão primeva não levou em conta o fato de a autora ter dado entrada no hospital em trabalho de parto e de que o médico plantonista (ora apelante) estava realizando outros procedimentos.

Ressalta que a paciente teve que esperar algumas horas porque a sala de cirurgias estava ocupada, e este fato não foi levado em consideração pelo Conselho Regional de Medicina, inexistindo, portanto, qualquer negligência por parte do profissional de saúde, pelo que espera o provimento do recurso.

Alternativamente, pugna pela redução do valor indenizatório arbitrado na sentença, sob pena de enriquecimento ilícito e pela exclusão da condenação do nosocômio, uma vez que ele era o único hospital que estava recebendo pacientes àquela noite e sequer contribuiu para o não atendimento da apelada.

O recurso adesivo foi interposto pela autora, M.H.C.M., visando à majoração da condenação indenizatória para o montante correspondente a 200 salários-mínimos.

Apelação principal.

Ab initio, importante consignar que o apelante não tem legitimidade para requerer a exclusão da condenação do hospital réu. Se o nosocômio está insatisfeito com a sentença, deveria ter apresentado recurso próprio e adequado. Desse modo, propositalmente, não analisarei o último assunto apresentado no apelo principal.

Não se tem dúvidas de que a autora deu entrada no hospital em trabalho de parto, e isto é natural em se tratando de gestante já com nove meses, esperando dar a luz sem se submeter a uma cesariana. Muitas delas, inclusive, chegam aos hospitais com a bolsa já rompida.

Este Relator tem ciência da sobrecarga de trabalho dos plantonistas, bem como da precariedade do Sistema Único de Saúde e da falta de médicos em postos de saúde e hospitais, porém este fato não é relevante frente ao acontecimento dos autos.

Analisando detidamente o caderno processual, verifico que a autora foi admitida em trabalho de parto no dia 14 de julho de 1998, por volta das 22 e 23 horas, pela auxiliar de enfermagem que conduziu o trabalho de parto sem a supervisão do médico réu, como se infere dos documentos acostados aos autos, bem como da decisão do Conselheiro do CRM, ao julgar a infração disciplinar.

A folha de evolução da paciente tem poucas informações, registros sumários, não identificação de horários e algumas rasuras, porém é possível perceber que o réu apenas analisou a paciente no dia 15.07.98, por volta das 4 horas da manhã, quando então verificou a dificuldade para realização do parto normal, bem como o sofrimento fetal agudo, sobrevindo a cesariana. A criança do sexo feminino nasceu às 5h15min do dia 15.07.98, deprimida, e evoluiu para o óbito às 14 horas do mesmo dia.

Os Conselheiros do Conselho Regional de Medicina, bem como do Conselho Federal, são unânimes no sentido de que o procedimento realizado na autora não poderia ter sido retardado, e isso foi exatamente o que foi feito pelo médico ora apelante principal, valendo a transcrição:

> [...] Concordamos inteiramente que não caberia, mas, adversamente, percebemos que infelizmente foi exatamente o que ele fez, tendo somente examinado ou mesmo indicado a cesariana 5 ou 6 h. Perdeu-se a criança e quem sabe causou a fístula vesico-vaginal, pelo tempo ou mesmo pelas manobras de tentativa de parto vaginal em apresentação córmica, infringindo assim o art. 29 por negligência e conseqüências graves (f. 221).

A decisão do Conselho Federal de Medicina confirmou a decisão proferida no CRM de que houve negligência do médico, valendo ressaltar:

> Infelizmente, estamos diante de um caso onde mais uma vez a vida fica em segundo plano, falo isto pela pobreza de informações a evolução do prontuário médico da Sr.ª M.H., alega o denunciado Dr. S. que o feto estava em apresentação córmica, mas o que ficou comprovado foi o descaso do Dr. S., pois a paciente deu entrada no Hospital Vera Cruz, no dia 17.07, às 22h, sendo atendida pelo Dr. S. somente no dia 15/07, às 4h para 5h (f. 282).

De acordo com o voto do Conselheiro Relator José Hiran da Silva Gallo, o apelante principal (médico) "não agiu com zelo e nem se desempenhou para o prestígio e bom conceito da medicina" (f. 283), infringindo o Código de Ética Médica.

Os depoimentos testemunhais dos presentes autos corroboram a conclusão dos Conselheiros do CRM e CFM, conforme transcrições feitas na sentença, desmerecendo qualquer outra.

O relatório médico de f. 60 está em confronto com as demais provas constantes nos autos, uma vez que o parto não evoluiu normalmente, mas com muita dificuldade para a gestante e com grande sofrimento fetal, informações estas constantes inclusive do prontuário de evolução da paciente.

Verdadeiramente, a paciente esperou algumas horas para a realização da cesariana, porém, ao contrário do que dito no apelo, não há provas de que a sala de cirurgia estava ocupada. De acordo com os documentos constantes nos autos, houve mesmo negligência do médico, que não assistiu a paciente no momento adequado, mas apenas depois de horas de sofrimento da gestante em realizar o parto normal assistida apenas pela auxiliar de enfermagem.

Por último, pugna o apelante principal pela redução do valor indenizatório, e, como há recurso adesivo visando à majoração da verba, os pedidos serão analisados conjuntamente.

Apelação adesiva.

Quanto à dosagem da indenização por danos morais, predomina o critério do arbitramento judicial (art. 944, CC), tendo-se em conta que a reparação do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor.

Sendo morais os danos causados a outrem, o dever de reparar será estabelecido pelo julgador de acordo com as peculiaridades que se apresentarem no caso concreto, mas sempre tendo em vista a extensão da lesão sofrida pela vítima.

Também é importante que fique consagrada a adequação entre a ofensa e a indenização, sob pena de restar cristalizado inaceitável enriquecimento de uma das partes e irregular desfalque da outra.

A relação de equilíbrio entre dano e indenização pode ser mantida em qualquer modalidade de responsabilidade civil. O Juiz deverá portar-se com equidade e ser extremamente criterioso, tendo como meta a prevalência do bom senso e do sentido ideal de justo. Cumpre destacar, igualmente, que entre as cautelas a serem adotadas pelo julgador deverá estar a de não transformar a indenização em algo meramente simbólico, pois, se isto ocorrer, estará ferida de morte a responsabilidade civil como instituto destinado a promover a reparação de injustas e danosas agressões.

Caio Mário da Silva Pereira leciona:

> O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é própria da indenização do dano material, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescer que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (*Responsabilidade civil*. 6. ed., Forense, 1995, p. 60).

O numerário deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, produzindo, nos causadores do mal, impacto suficiente para dissuadi-los de igual procedimento, forçando-os a adotar uma cautela maior, diante de situações como a descrita nestes autos.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

> O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula 'danos emergentes-lucros cessantes', a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado (*Responsabilidade civil*. 8. ed., Editora Saraiva, p. 569).

Nesse contexto, em respeito ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, o valor da referida indenização deve ser mantido (R$ 50.000,00), dada a gravidade dos fatos, o sofrimento vivido pela autora pelo falecimento do bebê que teve prolapso de membro superior decorrente do sofrimento fetal em face do retardamento da realização da cesariana e manutenção da tentativa de parto normal, bem como pela perfuração de sua bexiga.

Com o exposto, nego provimento a ambos os recursos.

Custas dos recursos, pelos apelantes, isenta a apelante adesiva.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CLÁUDIA MAIA e NICOLAU MASSELLI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação declaratória - Licenciamento para publicidade - Guia de IPTU - Apresentação - Isenção tributária - Exigência indevida

Ementa: Ação declaratória. Licenciamento para publicidade. Apresentação da guia de IPTU. Isenção tributária. Exigência indevida.

- Os imóveis contemplados com isenção tributária não geram a emissão de guias de IPTU, sendo inexigível, para fins de concessão de licença para publicidade a ser instalada no local, a apresentação das guias do imposto.

- Embora a identificação do imóvel em que será instalada a publicidade seja relevante, para fins de controle e fiscalização por parte da Administração, deve-se permitir ao administrado a utilização de outros meios que satisfaçam esse objetivo.

- Sendo ilegal a exigência e havendo identificação do imóvel, deve-se conceder a respectiva licença publicidade.

Sentença confirmada no reexame necessário.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0024.08.036898-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Municipal da Comarca de Belo Horizonte - Autora: Minas Outdoor Ltda. - Réu: Município de Belo Horizonte - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 21 de julho de 2009. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Conheço do reexame necessário, estando presentes os seus pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal nos autos da ação declaratória ajuizada por Minas Outdoor Ltda. contra o Município de Belo Horizonte.

A r. sentença julgou procedente o pedido para confirmar a liminar, reconhecer a ilegalidade da exigência de exibição das guias e IPTU para o licenciamento de publicidade e determinar, em definitivo, a expedição da licença em questão, além de condenar o ente municipal ao reembolso das custas e despesas pagas pela autora e ao pagamento de honorários, fixados em R$800,00.

Entendeu o Magistrado que nem a Lei 8.616/03, nem o Decreto 11.601/04 exigem a exibição de guia de IPTU como requisito para o licenciamento de engenho de publicidade.

Argumentou que, diante do reconhecimento judicial da imunidade tributária da CBTU, inexigível se torna a exibição da guia de IPTU, já que a identificação do imóvel, nesse caso, se fará através do número do Cadastro do Imóvel junto ao Município, não sendo emitida a mencionada guia nesses casos.

Embasou-se o Magistrado no fato de a Gerência Regional não ter competência para instituir requisitos de licenciamento, o que também não pode se dar por meio de modelos, exigindo instrumentos reguladores próprios.

O pedido inicial versa sobre a declaração de ilegalidade da exigência de quitação de IPTU do imóvel em que ocorrerá a publicidade, para fins de concessão da respectiva licença.

O autor relata ter firmado contrato de Autorização de Uso nº 033/07/GECNO/STU/BH com a Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU, cujo objeto consiste na utilização, a título precário, de espaços de publicidade situados em terrenos a ela pertencentes.

Esclarece que, firmado o contrato, não conseguiu obter a licença de publicidade junto ao Município, por haver débito do IPTU relativo à área contratada, não obstante já ter sido reconhecida a imunidade tributária da CBTU quanto ao pagamento desse imposto.

Em sede de defesa, o Município alegou que a exigência era no sentido de que fosse apresentada a guia de IPTU, quitada ou não, para fins de identificação do imóvel, negando o fato de que estaria condicionando a concessão da licença ao pagamento de tributo.

Considerando que o próprio ente municipal reconheceu ser inexigível o pagamento do tributo para fins de concessão da licença buscada, descabe discutir essa questão, devendo a demanda ser analisada sob a ótica da restrição efetivamente imposta ao administrado, a saber, apresentação da guia de IPTU, quitada ou não, para fins de identificação do imóvel.

A Lei 8.616/03, que contém o Código de Posturas do Município de Belo Horizonte, estabelece no art. 288, a necessidade de licenciamento para instalação de engenho de publicidade, nos termos seguintes:

> Art. 288. A instalação de engenho de publicidade sujeita-se a processo prévio de licenciamento, do qual resultará documento de licenciamento próprio, expedido a título precário, pelo Executivo.

Não consta, do capítulo destinado ao licenciamento para instalação de engenhos de publicidade qualquer exigência no sentido de que seja apresentada a guia de IPTU, limitando-se o § 4º do artigo supracitado a mencionar a aprovação do Conselho Municipal de Meio Ambiente, como requisito para concessão da licença pretendida, e o art. 289 a exigir a apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) de profissional devidamente registrado no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de Minas Gerais (CREA/MG).

Visando regulamentar o Código de Posturas do Município, foi editado o Decreto 11.601/04, que, a respeito do licenciamento, dispôs:

> Art. 3º. O licenciamento será feito mediante:
> I - requerimento inicial específico para os casos que independam de licitação ou outro procedimento seletivo;
> II - apresentação dos documentos necessários à instrução do processo;
> III - análise do órgão competente;
> IV - pagamento da taxa devida;
> V - deferimento do Executivo;
> VI - emissão do Documento Municipal de Licença - DML.
> Art. 4º. Além dos documentos expressamente previstos no Código de Posturas e neste Decreto, o órgão competente para deliberar sobre o licenciamento poderá exigir outros, necessários à instrução do respectivo processo.

Especificamente sobre o licenciamento para a instalação de engenho de publicidade, trataram os arts. 158 a 163 do ato normativo em questão, podendo-se perceber de seu teor que não foram trazidas novas exigências, para a obtenção da licença, atendo-se o decreto ao seu poder regulamentador.

Quanto ao art. 3º, menciona como requisito para a obtenção de licenciamentos a apresentação dos documentos necessários à instrução do processo, sem especificá-los, tratando-se, por óbvio, dos documentos previstos em lei.

O art. 4º do decreto mencionado permite que o órgão competente para deliberar sobre o licenciamento exija outros documentos necessários à instrução do processo.

Em respeito aos limites do poder regulamentador, próprio desses atos normativos, os "outros documentos" que podem ser exigidos pelo órgão competente devem se destinar a demonstrar, com mais clareza, o atendimento dos requisitos previstos pela lei, não podendo se tratar de nova exigência, que inexiste na lei em sentido estrito.

Eventuais exigências impostas pelo administrador devem guardar correlação com a observância das normas ambientais e dos critérios técnicos de engenharia e arquitetura pela propaganda que se pretende veicular, bem como com a segurança dos cidadãos.

A restrição à veiculação de propaganda, com a imposição pela Administração de atendimento a determinados requisitos, se justifica em razão da necessidade de se preservar o meio ambiente, a estética e paisagismo urbano e a segurança dos cidadãos.

Tratando-se de limitação ao exercício de direitos em proveito do interesse coletivo, as restrições impostas devem guardar estrita observância à sua finalidade, sendo vedada a criação de exigências cujo objetivo seja outro, que não o de preservar o interesse da coletividade.

Do documento de f. 162, consta que a licença foi negada por não ter o postulante apresentado os seguintes documentos:

"IPTU ou informação básica ou certidão negativa de planta não aprovada."

A Administração justificou a necessidade de apresentação do documento para fins de identificação do imóvel e de sua legalidade, estando a finalidade relacionada com a necessidade de preservação do interesse coletivo.

De fato, é necessário que o Município possa identificar o imóvel para que possa avaliar se a instalação de engenho publicitário afetará o meio ambiente, a estética e paisagismo urbanos ou a segurança dos cidadãos.

No entanto, embora a guia de IPTU seja uma das formas de identificação do imóvel, não se trata da única, devendo-se permitir ao cidadão a utilização de meios alternativos para identificar o bem em que será instalado o engenho, tal como a indicação do número do Cadastro Municipal.

Especialmente no caso em comento, a exigência se mostra desarrazoada e ilegal, em vista das peculiaridades do imóvel em questão, pertencente à CBTU.

Cumpre observar que o imóvel onde se pretende instalar a publicidade constitui área da CBTU, sendo os bens de sua propriedade contemplados com isenção tributária, conforme decidido por este TJMG (f. 52/59).

Sendo inexigível o tributo, certamente não estão sendo emitidas as respectivas guias para o contribuinte, o que resultaria em cobrança indevida e descumprimento de decisão judicial.

Assim, a exigência de apresentação da guia do IPTU para fins de obtenção de licença de publicidade se revela ilegal e abusiva, diante da impossibilidade de ser cumprida pelo administrado, não podendo subsistir.

Acrescente-se que, no caso em comento, o imóvel é de fácil identificação, tratando-se da área do metrô, situada no Elevado Castelo Branco, de modo que a não apresentação do documento exigido não trará dificuldades para que o Município exerça o seu controle e fiscalização sobre o engenho publicitário.

Portanto, revela-se ilegal a exigência do Município quanto à apresentação da guia do IPTU para fins de concessão de licença para publicidade, devendo ser decla-

rada a sua inexigibilidade para esse fim e, considerando que a negativa não se embasou no descumprimento de outras exigências previstas em lei, deve ser reconhecido o direito da postulante à licença buscada.

Isso posto, no reexame necessário, confirmo a r. sentença.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALVIM SOARES e EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

...

Ação monitória - Loteria - "Curinga da Sorte" - Prêmio extra - Interpretação das regras - Literalidade - Restritividade - Correspondência de números

Ementa: Direito do consumidor. Ação monitória. Loteria. "Curinga da Sorte". Prêmio extra. Intepretação das regras. Literalidade e restritividade. Correspondência de números.

- Ao aderir às regras do jogo, que restringem ao máximo o sentido de vitória em cada cartão - pois é necessário que haja correspondência apenas de números, com baixa probabilidade de êxito -, a recorrente consentiu com negócio jurídico que poderia beneficiá-la, interpretando-se, portanto, de forma restritiva e literal a regra de premiação.

- Havendo a autora se enquadrado na regra que lhe permite o recebimento do "prêmio extra" - sequência de sete cartões não destacados sem premiação -, é devido o aludido prêmio.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0384.05.040085-0/001 - Comarca de Leopoldina - Apelante: Loteria do Estado de Minas Gerais - Apelada: Gessi de Araújo Pinto da Silva - Relator: DES. ALBERTO VILAS BOAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 1º de setembro de 2009. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do apelo.

1. Questão preliminar: nulidade da sentença.

Suscita a ré a nulidade da sentença, pois teria arguido quatro preliminares e apenas uma foi apreciada. Não se combatem os argumentos de rejeição das preliminares, mas apenas a suposta falta de apreciação de todas elas.

Não assiste razão à apelante, *data venia*.

Criteriosa leitura da sentença de f. 70/76, permite fácil conclusão de que todas as preliminares da apelante foram aventadas.

Nas f. 72/73, foi refutada a preliminar de inadequação da via eleita, nas f. 73/74 afastou-se a preliminar de inépcia da inicial, na f. 74 apreciaram-se e rejeitaram-se as alegações de ilegitimidade passiva e falta de interesse de agir.

Não se verificou, portanto, omissão que vicie a decisão.

Rejeito a preliminar.

2. Mérito.

Gessi de Araújo Pinto da Silva promoveu ação monitória contra a Loteria do Estado de Minas Gerais objetivando o recebimento da quantia de R$1.000,00 a título de "prêmio extra" relativo ao jogo "Curinga da Sorte - Plano 221".

Afirma que adquiriu vinte bilhetes do aludido jogo, sendo duas sequencias de dez, não destacados os bilhetes.

Segundo narra, de acordo com as regras do jogo, caso ocorra sequência de sete cartões seguidos e não destacados sem premiação, o adquirente recebe prêmio extra de R$500,00 e, à medida que não foi premiada, faz jus ao recebimento da quantia.

Assevera que, de acordo com os preceitos estabelecidos pela ré, apenas os números do jogador devem ser correspondentes ao número da "Carta da Banca" para se ter direito ao prêmio previsto no "Curinga", e não números e letras, motivo pelo qual houve indevida negativa de pagamento do prêmio extra.

Após regular contraditório, o pedido foi julgado procedente, e a ré não se conforma.

A sentença deve ser prestigiada, *data venia*.

Eis o teor da regra do jogo, constante na frente do bilhete (f. 40):

> Se o número de uma de "Suas Cartas" for igual ao número da "Carta da Banca", você ganhou o prêmio indicado na área raspável "Curinga".

Com efeito, não há dúvida nem ambiguidade sobre o sentido da regra, e sua interpretação deve ser gramatical: se o número das cartas do jogador - "Suas Cartas" - corresponder ao número da "Carta da Banca", o jogador faz jus ao prêmio previsto na área raspável correspondente ao "Curinga".

Se em sete bilhetes seguidos não houve essa correspondência, enquadra-se o adquirente na hipótese do "prêmio extra" e tem direito à quantia demandada.

Ora, número não se confunde com letra, embora se queira fazer entender que implicitamente se deveria seguir a regra do jogo de cartas e números e letras poderiam corresponder uns com os outros. Se a Loteria de Minas Gerais pretendesse que a regra fosse correspondência de números ou letras ou, genericamente, símbolos, assim o teria feito de maneira clara e expressa.

Se, ao contrário, restringiu de maneira cristalina a hipótese de sorteio à correspondência de números, esta é a única possível interpretação das regras fixadas.

Nesse contexto, havendo a autora adquirido vinte bilhetes, em duas sequências de dez, encontrou apenas uma combinação que lhe conferia prêmio, sem quebrar a sequência de sete bilhetes sem premiação, enquadrando-se, pois, na regra que lhe confere prêmio de R$500,00 para cada sequência (f. 11/12).

A respeito, eis o teor da regra (f. 41):

> Prêmio Extra: Comprando 07 (sete) cartões do 'Plano 221' - CURINGA DA SORTE em sequência, sem destacá-los e não encontrando nenhum cartão premiado você ganha R$ 500,00 (quinhentos reais).

Consoante a regra do art. 114 do Código Civil "os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente", de maneira que a interpretação acerca da premiação regular do jogo deve ser feita restritivamente, e não implícita e elasticamente como pretende a apelante.

Ao aderir às regras do jogo, que restringem ao máximo o sentido de vitória em cada cartão - pois é necessário que haja correspondência apenas de números, com baixa probabilidade de êxito - a recorrente consentiu com negócio jurídico que poderia beneficiá-la, interpretando-se, portanto, de forma restritiva e literal a regra de premiação.

Diante disso, em prestígio ao princípio da boa-fé, no caso concreto a literalidade e a clareza da regra não podem ceder espaço à intenção do contratante, sob pena de prejudicar o consumidor hipossuficiente, em afronta a seu direito à informação clara, precisa e adequada (art. 6º, III, CDC).

Com tais considerações, nego provimento ao apelo, ficando a autarquia isenta de custas em razão de a autora não as haver antecipado em razão da gratuidade de justiça.

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

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Aposentadoria por invalidez - Auxílio-doença - Conversão - Incapacidade plena - Inexistência

Ementa: Aposentadoria por invalidez. Conversão do auxílio-doença. Inexistência de incapacidade plena.

- O auxílio-doença previdenciário ocorre quando o segurado fica afastado do trabalho para tratamento de doença ou acidente não relacionado com o trabalho.

- Inexistindo incapacidade total laborativa, deve ser julgado improcedente o pedido de aposentadoria por invalidez.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0210.08.047226-4/001 - Comarca de Pedro Leopoldo - Apelante: Elza Maria de Lima Paixão - Apelado: Município de Pedro Leopoldo - Relator: DES. CARREIRA MACHADO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de setembro de 2009. - *Carreira Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CARREIRA MACHADO - Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Elza Maria de Lima Paixão contra sentença de f. 358/375, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Pedro Leopoldo, que, nos autos da ação ordinária de cobrança ajuizada contra o Município de Pedro Leopoldo, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o réu a pagar à autora o valor dos quinquênios, atualizado com juros de 12% ao ano (art. 406 do Código Civil c/c art. 161, § 1º, do CTN), além da correção monetária pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça. Condenou o requerido ao pagamento das custas processuais e compensadas as verbas honorárias de advogado pela sucumbência recíproca.

A apelante alega em suas razões recursais, f. 376/387, que ocupava cargo efetivo de servente escolar desde 20 de março de 1991 e, nessa condição, manteve-se licenciada para tratamento de saúde, por mais de dois anos, durante o período compreendido entre março de 2001 e julho de 2003; que há de ser assegurada à apelante a concessão da aposentadoria por invalidez, às expensas do apelado, tendo em vista a superveniência da sujeição da servidora em questão ao Regime Geral de Previdência Social em relação à sua

incapacidade laboral; que o pedido de aposentadoria por invalidez foi formulado antes do cancelamento do convênio firmado entre o Ipsemg, tendo a Municipalidade se oposto à pretensão muito tempo depois do cancelamento; que a Lei 8.213, de 24.07.91, veda expressamente a concessão de aposentadoria por invalidez ao segurado que já era portador da doença ou lesão incapacitante ao tempo da filiação; que, como a incapacidade da apelante foi constatada através de perícia médica datada de 01.07.2003, acrescentado ao fato de ter gozado sucessivas licenças para tratamento de saúde desde março de 2001, sem que fosse curada da moléstia, certamente seria negada a concessão da aposentadoria pelo INSS, considerando que se tornou segurada a partir de novembro de 2003; que a ausência de um regime previdenciário instituído pelo Município não tem o condão de eximi-lo da responsabilidade do pagamento do benefício; que a Administração Pública declarou falsamente que o último dia trabalhado foi 15.09.2005, enquanto, na verdade, não exerce suas funções desde março de 2001, em razão da incapacidade; que, uma vez concedida a aposentadoria, o apelado deverá suportar o pagamento do valor correspondente ao período de férias-prêmio não gozadas; que o pedido de pagamento das diferenças entre as parcelas recebidas pelo INSS e os vencimentos inerentes ao cargo ocupado pela apelante deve ser acolhido; que, no tocante aos quinquênios, embora o pedido tenha sido julgado procedente, a condenação se deu a partir de 21.03.2001, quando na verdade teria que ser desde abril de 2000; que não é mais aplicável o disposto no art. 21, parágrafo único, do CPC, no que diz respeito à compensação da verba honorária, uma vez que os honorários do advogado constituem direito autônomo desde a edição da Lei 8.906/94. Almeja sejam julgados procedentes todos os pedidos contidos na inicial, bem como a fixação de honorários advocatícios.

Contrarrazões (f. 391/398), pugnando pela manutenção da sentença.

Deixo de remeter estes autos à Procuradoria-Geral de Justiça nos termos da Recomendação PGJ nº 001/2001.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

A apelante ajuizou ação ordinária objetivando a concessão da aposentadoria por invalidez, a ser arcada pelo Município de Pedro Leopoldo, com a incorporação de 2 quinquênios ao seu vencimento, com o pagamento das diferenças devidas, além da condenação do apelado ao pagamento das férias-prêmio adquiridas e não gozadas em espécie, das diferenças entre as parcelas recebidas do INSS e o vencimento inerente ao cargo ocupado pela apelante e, ainda, a restituição dos valores descontados a título de contribuição previdenciária indevidamente desde julho de 2003.

Verifico dos autos que a apelante é servidora efetiva do Município de Pedro Leopoldo, nomeada e empossada em 20.03.1991 para o cargo de servente escolar. Ocorre que, em 22.03.2001, a apelante ficou impossibilitada de exercer suas atividades laborativas, licenciando-se para tratamento de saúde (f. 40/45). O afastamento se deu de forma ininterrupta, por mais de 2 anos e, em julho de 2003, foi submetida a uma perícia médica, cujos médicos concluíram pelo afastamento definitivo da apelante.

Requereu o pedido de aposentadoria por invalidez, junto à Procuradoria-Geral do Município em 17.07.2003, sendo que o parecer foi dado, no sentido de que deveria a apelante requerer seu benefício junto ao INSS, em razão de o convênio firmado com o Ipsemg ter sido cancelado em 30.10.2003.

Alega que, mesmo afastada de suas funções, foi cadastrada como segurada do INSS (RGPS), recebendo regularmente seus vencimentos, como se no exercício das atividades profissionais, mas com o desconto de contribuições previdenciárias desde dezembro de 2003.

Afirma que o valor recebido a título de auxílio-doença é inferior ao último vencimento pago pelo Município.

A apelante encontra-se afastada de suas funções desde 2001, sendo certo que era vinculada ao Ipsemg, já que vigorava entre o Município e o Ipsemg convênio. Acontece que referido convênio foi extinto em 30.10.2003, mas até a sua extinção a apelante era detentora de praticamente todos os direitos e deveres inerentes aos servidores públicos, excepcionados a efetividade e o acesso ou provimento derivados.

Estando a apelante recebendo ainda auxílio-doença, entendo que ainda não preenche os requisitos da aposentadoria por invalidez, já que o benefício do auxílio-doença foi prorrogado ininterruptamente desde 2005 (f. 273/283), não preenchendo, ainda, os requisitos para aposentadoria.

Por outro lado, se a apelante prestava serviços em regime estatutário para o Município quando passou a sofrer a alegada moléstia incapacitante, é evidente que o Município é parte legítima no polo passivo para responder a presente ação, que versa exatamente sobre o direito previdenciário pleiteado pela apelante em decorrência de seu contrato de trabalho.

Aliás, a Emenda Constitucional nº 20/98 ampara a pretensão da apelante, pois, se no lugar de recolher contribuição para INSS, o Município empregador o fez para o Ipsemg e este órgão recebeu tal contribuição, ambas as partes devem responder e resguardar o direito constitucional assegurado à apelante se ela comprovar que efetivamente se tornou incapaz para o trabalho.

À colação, oportuno aresto deste Tribunal de Justiça:

> Contribuição previdenciária. Desconto efetivado em folha de pagamento dos servidores municipais de Montes Claros, em

> virtude de convênio anteriormente firmado entre aquele Município e o Ipsemg. Impõe-se a este a continuidade da prestação de assistência aos referidos servidores, nos moldes pactuados (Processo nº 1.0000.00.256.812-9 - Relator: Des. Isalino Lisbôa).

Entretanto, saliento que a Lei 8.213, alterada através do diploma legal anteriormente mencionado, previa e ainda prevê:

> Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Assim, para o deferimento do benefício em questão, deve haver demonstração de que o segurado se encontra incapaz de exercer a sua atividade laborativa e que esta incapacidade é irreversível, o que a meu sentir não restou demonstrado nos autos.

No que tange aos quinquênios, com acerto a referida decisão já que a Lei do Município de Pedro Leopoldo nº 1.818/92, em seu art. 41, assim dispõe:

> Art. 41. Cada período de 5 (cinco) anos de efetivo exercício no serviço público do Município de Pedro Leopoldo dá ao servidor efetivo e ao pessoal do Magistério o direito ao adicional de 10% (dez por cento), o qual este (*sic*) se incorpora para efeito de aposentadoria.

Ora, sendo a apelante servidora do Município desde 1991, faz jus ao recebimento dos quinquênios, já que tem assegurada a irredutibilidade de vencimentos, uma vez adquirido o quinquênio a partir de março de 1996, essa vantagem não podia ter sido suprimida.

No que tange à compensação dos honorários advocatícios, é consabido que a sucumbência recíproca das partes implica a condenação de cada uma em custas e honorários proporcionalmente, admitida a compensação da verba honorária.

Nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil, as custas e os honorários advocatícios devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre si.

A Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que

> 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.

Assim, devem ser compensadas as verbas honorárias.

Ante tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - O RELATOR NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO. PEDIU VISTA O REVISOR.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE (CARREIRA MACHADO) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 01.09.2009, a pedido do Revisor, após meu voto como Relator negando provimento.

Com a palavra o Des. Brandão Teixeira.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Sr. Presidente. Retornei aos autos e, reexaminando-os, cheguei à mesma conclusão de V. Ex.ª. Também nego provimento ao recurso.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Sentença concisa - Venda de medicamento equivocado - Dano moral - Indenização - Critério

Ementa: Ação ordinária. Sentença concisa. Venda de medicamento equivocado. Dano moral. Indenização. Critério de estipulação.

- A concisão é antes virtude do que defeito da sentença.

- O comerciante responde pelos danos causados à saúde da consumidora que adquiriu, por equívoco do preposto daquele, medicamento diverso do prescrito por profissional médico. A indenização é antes punitiva do que compensatória.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0707.05.094136-8/001 - Comarca de Varginha - Apelante: C.M. & Cia Ltda. ou F. A. Ltda. - Apelado: L.T.R., representada pela mãe D.C.T. - 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 A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO 1º AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECER DO 2º E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2009. - *Fábio Maia Viani* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FÁBIO MAIA VIANI - Cuida-se de apelação interposta por F.A. Ltda. da sentença (f. 220/227), que, nos autos da ação de indenização que lhe move L.T.R., julgou procedente o pedido inicial, condenando-a ao pagamento de R$12.000,00, por dano moral, acrescidos dos encargos legais.

A apelante, nas razões do recurso (f. 237/258), requerer, em preliminar, a apreciação de dois agravos retidos que tratam da irregularidade de representação, ilegitimidade passiva e da contradita de testemunha. Suscita, em todo caso, nulidade da sentença, por falta de fundamentação.

No mérito, alega, em síntese, que não existe prova da ingestão de medicamento equivocado pela autora. Sequer fora esclarecida "a substância causadora do mal", no dia do atendimento hospitalar.

O estabelecimento comercial, por outro lado, realizou a venda da específica droga farmacêutica solicitada pela consumidora, como comprovam a receita apresentada e o livro de registro de medicamentos controlados mantidos pela recorrente.

Pede, com a reforma da sentença, a improcedência do pedido inicial ou a redução do valor arbitrado na indenização.

A apelada, nas contrarrazões (f. 261/270), defende a manutenção da sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Consoante dispõe o Código de Processo Civil,

> das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

Ora, intimada da decisão impugnada em 9 de janeiro de 2008, quarta-feira, o prazo da ré, iniciado em 14 de janeiro, segunda-feira, terminou em 23 de janeiro, quarta-feira, somados os dois dias de acréscimo previstos nas Resoluções 289/95 e 412/03 da Corte Superior deste Tribunal. O primeiro agravo retido foi interposto em 23 de janeiro de 2008, quarta-feira, dentro do prazo legal, ao contrário do que afirma a recorrida.

No mérito, não assiste razão à recorrente.

A autora, menor incapaz, representada por sua mãe, detentora do pátrio poder, outorgou regular procuração por instrumento particular a advogado habilitado, como lhe permite o Superior Tribunal de Justiça (AR 484/SP, Ação Rescisória 1995/0048630-0, Ministro Aldir Passarinho Júnior, *DJ* de 04.02.02).

A demandante ajuizou ação de indenização contra a sociedade empresária participante da relação jurídica, declinando o correto endereço da ré. A simples confusão entre nome fantasia e nome comercial não lhe retira a legitimidade passiva. Observo, aliás, que a própria Magistrada de primeiro grau determinou a correção do equívoco. Não há nulidade sem prejuízo.

Nego provimento ao primeiro agravo retido.

Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento, caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente (art. 523, § 3º, CPC).

> Possível e até mesmo desejável compreender o dispositivo no sentido de que a interposição imediata só significa que a interposição deve se dar até o fim da audiência, e não no prazo de 10 dias (SCARPINELLA Bueno. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, p. 213).

No caso dos autos, o agravante, conquanto presente à audiência de instrução (f. 183/184), somente interpôs agravo retido 10 dias depois da decisão, fora do prazo legal.

Não conheço do segundo agravo retido.

A sentença, com concisão (antes virtude do que defeito), examinou todas as questões pertinentes à composição da lide. Eventual equívoco na apreciação das provas ou documentos não acarreta a nulidade suscitada pela recorrente.

Rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

É fato incontroverso que a autora, L.T.R., submete-se a tratamento permanente de saúde, fazendo uso constante do medicamento Gadernal, nome comercial da droga farmacêutica Flenobarbital (cf. 38/41).

A própria bula do remédio esclarece que "a interrupção abrupta do tratamento anticonvulsivante pode levar ao agravamento de crises convulsivas e crises subentrantes", especialmente em pacientes com histórico de uso prolongado da droga, como no caso da recorrida (f. 42).

Diante desse quadro, a mãe da autora, pessoa de escassa instrução formal (como esclarece em depoimento; f. 185), verificando o término do remédio há três dias, solicitou ao estabelecimento réu a entrega em domicílio do referido produto.

Os elementos presentes nos autos confirmam que a recorrente, por equívoco, ofereceu distinto medicamento, de nome comercial Rivotril, reconhecido "ansiolítico" e "antidepressivo".

D.C.T., na necessidade urgente de medicar a filha (autora incapaz), ministrou o medicamento equivocado, em doses incompatíveis, acreditando que a farmácia lhe tinha entregado a correta droga. A "superdosagem" acarretou inequívocos danos à autora. Encaminhada ao pronto-socorro, foi submetida à lavagem gástrica (f. 25).

O apelante tenta se eximir da sua responsabilidade argumentando que não trocou os medicamentos e sequer existem provas da ingestão equivocada do Rivotril. Não lhe assiste razão.

O "Livro de Registro Específico" da farmácia apenas informa a saída de uma caixa do medicamento Gadernal no dia dos fatos (02.02.05). A venda dessa droga foi realizada mediante a apresentação da receita 6200 (f. 92).

O receituário encaminhado pela mãe da autora, para a compra de idêntico remédio, possui o número 001689 (f. 91). Rasuras no documento são desconsideradas. Conclui-se, portanto, que a farmácia não entregou o remédio Gadernal à autora naquele específico dia.

Observo, por outro lado, que a recorrente deixa de apresentar o "Livro de Registro Específico" do medicamento Rivotril. Mas a funcionária responsável pelo estabelecimento confirma a devolução do remédio equivocado (f. 188):

> que a depoente esteve com o medicamento errado em mãos, que lhe foi entregue [...] que a pessoa que apresentou o medicamento errado não quis recebê-lo de volta; que a depoente lembra que era uma senhora, de pele morena, não recorda se estava sozinha ou acompanhada; que tal medicamento foi encaminhado para a vigilância sanitária.

Ora, se existe a devolução, não podemos desconsiderar que houve a entrega, especialmente porque se trata de medicamento controlado, não utilizado por qualquer membro da família da apelada. Os documentos médicos também comprovam que a autora foi medicada com Rivotril sendo submetida à lavagem gástrica (medida indicada pela própria fabricante do remédio, f. 35).

Para que não restem dúvidas, o exame clínico, assinado por profissional médico habilitado, descreve a paciente com "história de ingestão de 60 gotas de Rivotril" submetida aos procedimentos específicos deste incidente (f. 25). A simples impugnação da apelante, sem qualquer elemento, é insubsistente para desconstituir as provas produzidas no feito.

A relação jurídica estabelecida entre as partes está disciplinada no Código de Defesa do Consumidor. Este diploma legal estabelece proteção especial ao hipossuficiente, facilitando a defesa de seus direitos. Ora, invertido o ônus da prova em favor da consumidora (f. 223), a ré não apresentou provas para desconstituir os elementos dos autos. É inevitável a procedência do pedido.

Nexo causal e os danos morais ocasionados à autora estão devidamente comprovados pelas provas e documentos juntados aos autos. A apelada foi encaminhada ao pronto-socorro em razão da negligente atitude da ré. Não há que se falar em culpa concorrente, pois a representante legal da autora tinha total confiança na conduta da apelante.

Semelhante indenização é antes punitiva do que compensatória, pois, se nenhum dinheiro compensa a dor do ofendido, uma boa e exemplar indenização serve ao menos de advertência contra a prática de condutas similares. Tanto mais exemplar quanto mais poderoso o infrator e mais vulnerável a vítima, como no caso autos.

O valor arbitrado na sentença - R$12.000,00 - atende razoavelmente a essa finalidade. Tal arbitramento é, aliás, moderado, diante dos últimos precedentes emanados do Superior Tribunal de Justiça, que tratam da simples restrição de crédito, cuja indenização tem sido fixada em 50 salários-mínimos (STJ REsp nº 295.130-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* de 04.04.05).

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ARNALDO MACIEL e GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO 1º AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECERAM DO 2º E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Vício redibitório - Veículo usado - Compra e venda entre particulares - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Decadência - Art. 445, § 1º, do Código Civil

Ementa: Civil. Vício redibitório. Veículo usado. Compra e venda entre particulares. Código de Defesa do Consumidor. Não aplicação. Decadência. Art. 445, § 1º, do Código Civil.

- Sendo o negócio entabulado entre dois particulares que não têm como atividade habitual a compra e venda de veículos e tampouco assumem entre si qualquer posição de disparidade ou vulnerabilidade, não se aplicam ao caso as regras do Código de Defesa do Consumidor.

- Tratando-se de vício de bem móvel, que só se tornou conhecido após a entrega da coisa, o prazo decadencial é de 180 dias, contados da data em que o adquirente tem ciência do vício (art. 445, § 1º, do Código Civil).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.141753-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Emerson César Viana - Apelado: José Cláudio Batista da Silva - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de agosto de 2009. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - Trata-se de ação de indenização ajuizada por Emerson César Viana em desfavor de José Cláudio Batista da Silva.

Alega o autor, em síntese, que adquiriu do réu o veículo Asia/Topic, placa GPZ-6362, ano 95/96, cor prata, para uso em sua atividade profissional; que, quando se viu na posse do veículo, constatou a necessidade de uma reforma geral, o que obrigou a paralisação do bem adquirido durante um período de 30 dias; que, para colocar o veículo em uso, despendeu a quantia de R$4.300,00, a qual deve ser ressarcida pelo réu, sem prejuízo do pagamento de R$3.0000,00, a título de lucros cessantes.

Em contestação (f. 35/38), o réu suscitou prejudicial de decadência. No mérito, discorreu sobre as condições da venda do veículo, refutando o pedido de indenização, quer na perspectiva da idade do bem vendido, quer na perspectiva da não comprovação dos prejuízos sofridos pelo comprador.

Pela sentença de f. 58/61, o douto Juiz singular acolheu prejudicial de decadência e julgou o processo extinto, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC. Condenou o autor, em sucumbência, ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em R$800,00, mas suspensa a exigibilidade da cobrança, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Recurso de apelação, pelo autor, às f. 63/64. Sustenta que o Juiz decidiu fora dos limites da controvérsia, pois, enquanto o pedido se refere a perdas e danos, a sentença apreciou pedido redibitório. Acrescenta não estar consumado o prazo decadencial da pretensão de reparação de danos.

Contrarrazões às f. 66/68.

Conheço do recurso, visto que próprio, tempestivo e dispensado de preparo.

A lide se estabelece a partir da compra e venda do veículo identificado no CRLV de f. 05, micro-ônibus Asia/HI-Topic, ano 95/96, placa GPZ-6362.

Sem informar maiores detalhes do negócio, como datas, anteriores ações ajuizadas e outros, o autor ingressou em juízo com a presente ação, buscando a condenação do réu ao pagamento da quantia de R$4.300,00, necessária, segundo diz, ao reparo do veículo vendido, que precisou de "uma reforma geral" (f. 03), bem como da quantia de R$3.000,00, relativa a lucros cessantes, na perspectiva dos trinta dias durante os quais o bem teria ficado parado no conserto.

Pela narrativa da petição inicial, resta claro que a queixa do autor se refere a defeitos supostamente encontrados no veículo.

Nessa perspectiva, entendemos que a sentença está correta, quando acolhe a prejudicial de decadência.

O negócio envolvendo o veículo se deu entre dois particulares que não têm como atividade habitual a compra e venda de veículos e tampouco assumem entre si qualquer posição de disparidade ou vulnerabilidade, apta a atrair a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor.

A propósito:

> As normas do Código de Defesa do Consumidor não se aplicam às relações de compra e venda de objeto totalmente diferente daquele que não se reveste da natureza do comércio exercido pelo vendedor (STJ - AgRg no Ag 150.829/DF - Rel. Min. Waldemar Zveiter - 3ª T. - j. em 19.03.1998 - *DJ* de 11.05.1998 - p. 95);
>
> Compra e venda de veículo usado. Negócio entre particulares. Pleito de abatimento do preço. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (Recurso Cível nº 71001338383 - Rel. Eugênio Facchini Neto - 3ª Turma Recursal Cível do TJRS - j. em 25.09.2007).

Assim sendo, o prazo decadencial aplicável à espécie não se rege pela Lei nº 8.078/90, mas pelas regras do Código Civil, especificamente, a do art. 445, § 1º, *verbis*:

> Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.
> § 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

Conquanto a regra do § 1º acima transcrito receba interpretações divergentes, filiamo-nos à corrente que entende que o prazo decadencial, em se tratando de vício de bem móvel, que só se tornou conhecido após a entrega da coisa, é de 180 dias, contados da data em que o adquirente toma conhecimento do fato.

Também nesse sentido:

> [...] nos termos do art. 445, § 1º, do Código Civil, quando o vício não puder ser constatado no momento da entrega, o prazo se conta do momento em que se tomar ciência do vício, até o máximo de 180 (cento e oitenta) dias (TJMG - Ap. 1.0079.04.175670-5/001 - Rel. Des. Nilo Lacerda - 12ª C. Cív. - j. em 07.06.2006 - *DJ* de 22.07.2006).

No caso, a data possível de ser considerada, como marco inicial da contagem do prazo decadencial, é a registrada no documento de f. 06 (16.03.2005), que se refere a "serviço de retífica geral" do veículo objeto da lide.

Considerando que a presente ação só foi ajuizada em 27.03.2006 (f. 09), constata-se, a toda evidência, vencido o referido prazo decadencial de 180 dias, tal como já reconhecido pelo douto Juiz singular.

Para que não se alegue omissão, nem mesmo as ações judiciais mencionadas às f. 40/46 têm o condão de afastar o reconhecimento da decadência.

A regra geral é a de que a decadência é contínua, não admitindo suspensão, impedimento ou interrupção.

Diz o art. 207 do Código Civil:

> Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

No caso, por não existir disposição legal em contrário - não atua a regra do art. 26, § 2º, do CDC , nem mesmo o ajuizamento das precedentes ações judiciais - apenas a segunda contava com o ora réu no polo passivo -, é capaz de fazer suspender ou interromper a contagem do prazo decadencial, impondo-se, assim, a confirmação do *decisum*.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, condenando o apelante ao pagamento das custas recursais, observada a prerrogativa de gratuidade de justiça a ele concedida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOTA E SILVA e ELPÍDIO DONIZETTI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Medida cautelar inominada - Terra desapropriada - Terceiros ocupantes - Permanência - Pretensão - Discussão judicial contra o proprietário - Previsão legal - Liminar - Requisito - Ausência

Ementa: Ação cautelar inominada. Terceiros ocupantes de terra desapropriada. Pretensão de permanência no imóvel. Previsão legal de discussão judicial contra o proprietário. Ausência de requisito para a liminar.

- Uma vez desapropriado o imóvel e concedida a imissão na posse, não é possível a permanência de terceiros ocupantes no imóvel desapropriado, que será destinado à utilidade pública declarada no ato expropriatório, sendo que quaisquer direitos de eventuais ocupantes devem ser discutidos e reclamados do antigo proprietário do terreno, por expressa disposição legal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0035.09.152619-0/001 - Comarca de Araguari - Agravantes: Anísio Alves e outros - Agravados: IEF - Instituto Estadual de Florestas, CCBE - Consórcio Capim Branco Energia - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de setembro de 2009. - *Maurício Barros* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍCIO BARROS - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos autos da ação cautelar inominada movida por Anísio Alves e outros contra o IEF - Instituto Estadual de Florestas e o CCBE - Consórcio Capim Branco Energia, que indeferiu a liminar pretendida, por ausência dos requisitos legais (f. 12/13).

Pedem os agravantes a reforma da r. decisão, argumentando, em síntese, que os agravados ajuizaram a Ação de Desapropriação nº 0035.08.119766-3 contra Péricles Barbosa; que os agravantes não são citados em nenhum documento como moradores da área desapropriada; que o proprietário do imóvel desapropriando e réu na ação de desapropriação permitiu que os agravantes residissem em suas terras, o que já dura 15 (quinze) anos, sobrevivendo estes do cultivo e da pecuária que desenvolvem no terreno de cerca de 10 (dez) alqueires; que não são empregados do proprietário, e também não são invasores, já que possuem o terreno de boa-fé há cerca de quinze anos, de forma mansa e pacífica; que são três famílias, compostas de oito pessoas, sendo três delas crianças; e que conseguiram acumular 65 (sessenta e cinco) reses, 12 (doze) porcos e muitas galinhas, além do cultivo, não tendo para onde ir. Pedem o provimento do recurso (f. 02/08).

Conforme despacho de f. 153, foi conferido efeito meramente devolutivo ao recurso, tendo-se indeferido a antecipação da tutela recursal.

Os agravados ofereceram contraminuta às f. 156/162 e 167/173, respectivamente, de igual teor, em que suscitam preliminar de não conhecimento do agravo, pelo descumprimento do disposto no art. 526 do CPC, e, no mérito, aduzem que os agravantes não têm a posse da área por eles ocupada, mas a mera detenção;

que a indenização pela desapropriação deve ser discutida na ação de desapropriação, na qual já foi feito o depósito do valor ofertado e deferida a imissão provisória na posse; que qualquer direito dos agravantes deve ser pleiteado em face do proprietário; e que a permanência dos agravados no imóvel desapropriando impossibilita a implantação do Parque Estadual do Pau Furado, fim colimado pelo ato expropriatório, e afronta o interesse público.

Preliminar de não conhecimento do recurso.

Suscitam os agravados esta preliminar, alegando descumprimento, pelos agravantes, do disposto no art. 526 do CPC.

No entanto, alegam que a Secretaria do Juízo não certificou o ocorrido, por não ter recebido nenhum ofício acerca da interposição do recurso.

Determina, entretanto, o parágrafo único do art. 526 do CPC que:

> o não cumprimento do disposto neste artigo, desde que arguido e provado pelo agravado, importa em inadmissibilidade do agravo.

Na falta de comprovação, pelos agravados, do não cumprimento, pelos agravantes, do disposto no art. 526 do CPC, rejeito a preliminar e, estando presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo.

Mérito.

Pretendem os agravantes que lhes seja concedida medida liminar, em ação cautelar inominada, para que lhes seja permitida a permanência na terra que alegam ocupar, pertencente a Péricles Barbosa, e que é objeto de desapropriação pelos agravados.

Alegam os agravantes que ocupam a terra por permissão do proprietário.

Prescreve o Decreto-lei 3.365/1941, que disciplina a desapropriação por utilidade pública:

> Art. 26. No valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado. [...]
> Art. 31. Ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado. [...]
> Art. 38. O réu responderá perante terceiros, e por ação própria, pela omissão ou sonegação de quaisquer informações que possam interessar à marcha do processo ou ao recebimento da indenização.

Depreende-se, da disciplina legal da desapropriação, que se reconhece a possibilidade de haver direitos de terceiros envolvidos, mas estes são expressamente remetidos para discussão em ação própria, envolvendo tão somente o proprietário da terra expropriada.

Por outro lado, uma vez desapropriado o imóvel, não é possível a permanência de terceiros nas terras, que serão destinadas à utilidade pública declarada no ato expropriatório.

De modo que não contam os agravantes com o *fumus boni iuris* a socorrer a sua pretensão de liminar.

Com esses fundamentos, nego provimento ao agravo.

Custas, ao final.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA e EDILSON FERNANDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação de cobrança - Contrato verbal de empréstimo - Objeto ilícito - Ingresso ilegal em país estrangeiro - Art. 166, III, do Código Civil - Carência de ação - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Art. 267, VI, do Código de Processo Civil

Ementa: Ação de cobrança. Contrato verbal de empréstimo. Ingresso clandestino e ilegal em pais estrangeiro. Ilicitude. Art. 166, III, do Código Civil. Carência de ação. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

- É nulo de pleno direito o contrato verbal de empréstimo celebrado pelas partes, por afrontar preceito legal cogente, em que as mesmas estavam em conluio para a prática de um crime, qual seja o ingresso clandestino e ilegal em país estrangeiro, tendo em vista a ilicitude e a impossibilidade do seu objeto.

- A ilicitude do objeto torna nulo de pleno direito o negócio celebrado pelas partes, atingindo-o desde o seu nascedouro e tornando-o inapto a gerar efeitos jurídicos entre os contraentes. O contratante deve adaptar-se aos interesses gerais. Há fins ou resultados inequivocamente condenáveis. Proíbe-os a lei ou os impugnam os costumes. Por vezes, os contratantes procuram atingi-los, direta e ostensivamente; outras vezes, ocultam a finalidade ilícita, utilizando-se de formas jurídicas aparentemente inatacáveis. De qualquer modo, se a finalidade do ato jurídico é contrária às leis ou aos bons costumes, ele é nulo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.07.191085-1/001. Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: Norma Sueli Gomes Sampaio - Apelado: Aloízio Lopes Pego - Relator: DES. OSMANDO ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO E ALTERAR O DISPOSITIVO DA SENTENÇA.

Belo Horizonte, 1º de setembro de 2009. - *Osmando Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OSMANDO ALMEIDA - Trata-se de apelação interposta por Norma Sueli Gomes Sampaio visando à reforma da r. sentença de f. 74/77, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Teófilo Otoni, nos autos da ação de cobrança ajuizada pela ora apelante contra Aloízio Lopes Pego.

Em suas razões - f. 79/81 -, insurge-se a apelante contra a r. sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito. Alega que, conforme reconhecido pelo d. Julgador, incontroverso o fato de a recorrente haver emprestado dinheiro ao apelado. Assevera que "o cerne da questão é apurar, à luz da legislação vigente, bem como das provas contidas no caderno processual, se a recorrente praticou algum ato ilícito ao emprestar dinheiro para o recorrido [...]" (f. 79). Afirma ser uma simples professora de uma das regiões mais pobres do Estado e que, na "tentativa de conseguir ganhar um 'dinheirinho' para melhorar a vida foi morar uns anos nos Estados Unidos" (f. 80). Afirma que, ao retornar, ao invés de investir o dinheiro ganho em um bem imóvel, "resolveu, por puro instinto de 'solidariedade', emprestar ao recorrido (R$ 22.000,00) para que ele também pudesse tentar 'ganhar a vida' nos EUA" (f. 80), viagem esta que restou frustrada, porquanto o mesmo não conseguiu entrar no país. Afirma que foi dura e injustamente penalizada pela r. sentença que lhe negou o direito de receber o valor emprestado, ao fundamento de que teria colaborado para a prática de ato ilícito, facilitando a entrada ilegal de pessoa em outro país. Assevera que o apelado não se utilizou do valor emprestado para viajar, tendo-o deixado em poder de terceira pessoa e foi devolvido quando do seu retorno. Diz que a r. sentença, tal como proferida, propicia o enriquecimento ilícito do apelado, pois apossou-se do dinheiro pertencente à recorrente, conforme ficou demonstrado pela prova produzida. Pretende a reforma da r. sentença ao fundamento de que não existe nenhum impedimento a que a recorrente fizesse o empréstimo ao requerido, presentes, pois, todos os pressupostos para a ação.

As contrarrazões - f. 85/86 - estão em evidente contrariedade, aplaudindo a correção da r. sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ausente o preparo ante a gratuidade judiciária concedida (f. 38).

Preliminares não foram deduzidas nem as vi de ofício para serem enfocadas.

Trata-se de uma ação de cobrança onde a recorrente busca ver reconhecido o seu direito ao recebimento do montante de R$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), uma vez que afirma haver emprestado ao réu, "por absoluto instinto de 'solidariedade' [...] para que ele também pudesse tentar 'ganhar a vida' nos EUA" (f. 80).

O d. Julgador primevo, apesar de reconhecer a realização do negócio entre as partes, de ofício, entendeu ser a autora carecedora da ação proposta, ao fundamento de que a causa de pedir remota tem fim ilícito, porquanto o empréstimo efetivado, embora incontroverso nos autos, tinha por destino a entrada clandestina do réu/apelado nos Estados Unidos e, portanto, "não pode ser agasalhado pelo ordenamento jurídico nem tampouco amparado pelo Estado-Juiz, seja em razão do princípio da eticidade e boa-fé objetiva e subjetiva que devem balizar as relações contratuais no Código Civil de 2002, seja para coibir estes procedimentos repelidos pela ordem jurídica posta" (f. 76/77). Assim, na forma do art. 267, IV, extinguiu o processo sem julgamento do mérito, impondo a sucumbência com a suspensão determinada no art. 12 da Lei 1.060/50. Determinou ainda a remessa de peças ao Ministério Público para a apuração de eventual crime perpetrado.

Esta decisão causou a insurgência da autora/apelante, que pretende vê-la reformada e condenado o réu/apelado ao pagamento do valor de R$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais) com as devidas correções.

Observa-se, inicialmente, que não existe nenhum documento nos autos informador de que houve a negociação entre as partes: nem do dito empréstimo pela autora/apelante, nem da alegada doação do valor afirmada pelo réu, tendo, entretanto, restado incontroverso nos autos que a autora/apelante realmente entregou uma quantia ao réu, divergindo as partes somente quanto ao montante, pois a recorrente afirma terem sido R$ 22.000,00, enquanto o réu confessa que recebeu R$ 18.000,00.

Todo o negócio entabulado foi verbal, e a questão litigiosa nos presentes autos é matéria eminentemente de prova.

Afasta-se, de início, a alegação de doação afirmada pelo réu/apelado, porquanto não consta dos autos qualquer prova que, ao menos indiciariamente, induza a tal conclusão. Doação comprova-se por meio de instrumento próprio ou por prova testemunhal e, não se desincumbindo o apelado de tal prova, torna verdadeira a afirmação de que houve o empréstimo.

Assim, reafirme-se, é fato incontroverso nos autos que a parte autora realmente emprestou quantia para o réu/apelado e que, para obter o valor, "alienou o veículo que possuía para o Sr. Marcelo, que a pagou em di-

nheiro nacional (real), e, trocando numa casa de câmbio local, entregou nas mãos do réu US$ 6.000,00 (seis mil dólares americanos), que na época convertidos importavam em R$ 22.000,00" (f. 02).

A inicial informa claramente sobre o objetivo do empréstimo (f. 03):

> Após, eles (autora e réu) foram deixar o dinheiro com uma Sra. amiga do réu, por nome Marizete, que funcionaria como depositária e garantidora do ingresso do réu nos Estados Unidos, ou seja, quando ele (réu) conseguisse entrar nos EUA, ela (Dona Marizete) pagaria os 'agiotas' e os 'coiotes', daqui do Brasil.
> Infelizmente, por absoluta ausência de culpabilidade da autora, 'a coisa deu errado'; o réu, como milhares de imigrantes ilegais que tentam entrar nos Estados Unidos pelo México, não conseguiu, vindo a ser preso naquele país por vários meses.

Esclareça-se que foi instaurado um inquérito policial sob alegação de apropriação indébita - f. 07/28 - de cujo desfecho não se tem notícia.

Em sua peça de defesa - f. 40/43 -, o réu/apelado afirma que existia um relacionamento amoroso entre as partes e em razão desse envolvimento e "mediante insistência da autora, que realmente queria levar para junto de si o requerido (seu amante), propôs ela (com recursos próprios) financiar uma segunda viagem do requerido, vindo para tanto a dispor de alguns de seus bens [...]" (f. 41). Esta tese não foi negada quando da impugnação, ressaltando a ora apelante apenas que não doou a importância ao réu, mas que foi ludibriada pelo mesmo que "usou desta confiança trazida pelo laço afetivo [...] para aplicar-lhe um golpe, lesando seu patrimônio" (f. 47).

Assim, pelo que ressai dos autos, rompidos os laços afetivos, os fundamentos da relação não se pautavam mais pela estima e boa consideração, estando a autora/apelante empenhada em receber o valor que afirma ter emprestado ao réu, e este nega a devolução, gerando conflitos de interesses de difícil elucidação.

Voltemos ao objeto do contrato verbal celebrado pelas partes: o empréstimo efetivado pela apelante, ao que restou demonstrado na prova dos autos, tinha por motivo o financiamento da entrada clandestina do réu nos Estados Unidos. Esse fato emana claro do contexto probatório e foi confessado pela recorrente em seu depoimento pessoal (f. 68). Vejamos:

> Que teve um relacionamento amoroso rápido com o réu, por insistência dele; que durou por alguns meses, no ano de 2002; que nunca moraram sob o mesmo teto; que foi durante o relacionamento amoroso que surgiu o interesse do réu em ir para os Estados Unidos; que o réu pediu dinheiro emprestado para a depoente; que na ocasião a depoente ajudou o réu e emprestou o equivalente a 6.000 mil dólares; que a autora esclarece que vendeu seu carro, obteve o dinheiro e foi a uma loja de câmbio e converteu para dólares entregando ao réu; que a depoente trabalhou nos Estados Unidos por pouco tempo; que, quando a depoente entregou o dinheiro para o réu, ela não mais tinha planos de voltar para os EUA; que o réu ficou preso nos EUA em razão da imigração, e a autora, em razão da prisão, voltou para os EUA para ajudar na libertação do réu; que esclarece que o valor equivalente a 6.000 dólares que era da autora foi deixado em custódia/garantia para uma mulher de nome Marizete, que iria, quando o réu estivesse nos EUA, remeter o dinheiro para os (coiotes) que iriam facilitar a entrada do réu nos EUA; que o réu ficou preso na imigração [...]; que esclarece que tanto a autora quanto o réu, na mesma ocasião, foram até a casa da Marizete, e ambos, nesta data, entregaram o dinheiro, sendo que a autora tirou o dinheiro de sua bolsa, passou para o réu e este passou para a tal Marizete, no mesmo momento [...].

Ouvida em juízo, Marizete dos Santos afirmou à f. 71:

> [...] que quem estava presente era apenas a depoente, a autora e o réu; que no envelope onde estavam as notas havia um nome de Eder, que seria uma pessoa que iria procurar a depoente e a quem a depoente deveria entregar os 6 mil dólares, para que fosse esse dinheiro usado para facilitar a imigração do Aloísio, que ia para os EUA; que esclarece que recebeu em sua casa a autora e o réu, que chegaram juntos em um carro; que a autora retirou da sua bolsa o envelope com as notas e passou para o réu o envelope e o réu passou o envelope para a depoente, pedindo que guardasse até que fosse procurada por Eder quando o réu entrasse nos EUA; que a depoente guardou o dinheiro até porque o Eder não a procurou; que a depoente foi procurada pela autora para que devolvesse o dinheiro a ela autora, a fim de que a autora pudesse contratar advogado para liberar o réu da prisão nos EUA; que a depoente não entregou o dinheiro para a autora porque quando o réu passou o envelope para a depoente, orientou que o valor seria para entregar ao Eder ou caso o réu voltasse dos EUA, o dinheiro era para ser entregue a ele (réu); que a autora ouviu a orientação do réu e nada falou [...].

A outra testemunha ouvida, o aposentado Gilvaci Oliveira, disse à f. 73:

> [...] que sabe que houve um relacionamento amoroso (apaixonado) entre autora e réu [...]; que tem conhecimento de que a autora já morou nos EUA; que, pelo que sabe, a pretensão da autora e do réu era de residirem nos EUA como em união estável [...]; que sabe que a autora tinha um carro; que este carro foi vendido para fazer dinheiro para a viagem do réu [...].

Suma venia, ao detido e minucioso exame dos autos, entendo, como o d. Julgador, que o negócio jurídico *sub judice* padece de nulidade absoluta, tendo em vista a ilicitude do motivo ensejador do empréstimo contratado, que constitui prática de crime; afinal, combinar uma viagem com o objetivo de permanecer de forma clandestina em outro país é assumir um risco, e, deste proceder voluntário, não há como reverter responsabilidade a quem viabiliza tal prática.

No caso, mostra-se claro, pela prova produzida, que as partes tinham consciência deste ilícito, sabiam das possíveis consequências e de outras inerentes ao objetivo do negócio realizado. Sabia-se que a empreitada era de risco e ilegal; aliás, tais aspectos são amplamente noticiados nos jornais e na imprensa televisiva, de maneira que não se pode, sequer, alegar desconhecimento. Dessa maneira, não há como pretender, em princípio, retirar quaisquer efeitos jurídicos, da ilícita e frustrada tentativa de imigração ilegal, da qual a apelante foi a financiadora. Não se pode amparar a atividade ilegal, sob o manto da permissividade do Poder Público.

Ressalto que, depois de cotejar os autos e refletir sobre os argumentos expendidos pelas partes, principalmente em relação à responsabilidade sobre o empreendimento que seria a entrada e a permanência clandestina do réu em país estrangeiro, tenho que a proclamação de nulidade do contrato verbal celebrado entre os litigantes é medida salutar, ante a sua flagrante ilicitude, porquanto entabulado ao arrepio da Lei Civil. Confira-se o disposto no art. 104 do Código Civil:

> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
> I - agente capaz;
> II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
> III - forma prescrita ou não defesa em lei.
> [...]
> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
> I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
> II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
> III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
> IV - não revestir a forma prescrita em lei;
> V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
> VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
> VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

É consabido que todos os negócios jurídicos derivam de um ato de vontade, sendo este o ponto de partida daqueles. Assim, temos que o motivo do contrato é seu pressuposto (pois sem ele o negócio não se realizaria). Entretanto, embora não seja um elemento, existem fatores de ordem prática que não nos permitem afastar por completo a motivação interna que leva o agente a celebrar o contrato, visto estar este intimamente ligado aos fins por ele almejados.

Os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva causam profundo impacto na teoria geral dos negócios jurídicos o que nos obriga a considerar essa finalidade pessoal, íntima do agente. Não basta que a vontade seja exteriorizada por quem tenha discernimento para tal. Essa manifestação de vontade deve ter sido feita de boa-fé e estar em harmonia com os objetivos sociais da moderna teoria contratual.

Nos dizeres de Darcy Bessone:

> Convém ter sempre presente ao espírito que os contratos são apenas meios para, em regime de autonomia privada, perseguir fins socialmente úteis. O contratante deve adaptar-se aos interesses gerais. Há fins ou resultados inequivocamente condenáveis (*Do contrato:* teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 103).

Dessarte, apesar de não se apresentar como elemento essencial do negócio jurídico, se o motivo for ilícito e comum a ambas as partes, maculará a validade do mesmo, taxando-o como nulo, nos termos do inciso III do art. 166 do Código Civil.

Nesses termos, entendo que o ato praticado pelos litigantes não obedece ao contido na legislação civil, sendo, pois, nulo de pleno direito, hipótese em que, mesmo que as partes não a tenham suscitado, o juiz deve pronunciá-la de ofício, conforme dispõe o parágrafo único do art. 168 do Código Civil. Deve-se, portanto e sempre, obedecer ao princípio da legalidade, pois a eficácia de toda atividade está condicionada ao atendimento da lei, não havendo liberdade nem vontade pessoal, só se podendo praticar qualquer ato desde que autorizado por lei.

Este Tribunal já teve oportunidade de analisar hipótese semelhante à discutida nos autos:

> Anulatória de ato jurídico. Contrato. Confissão de dívida. Objeto ilícito. Entrada ilegal em país estrangeiro. Recurso conhecido e não provido.
> I - O contrato de confissão de dívida, firmado para acobertar dívida pelo serviço de entrada ilegal em país estrangeiro, é nulo, por conter objeto e motivo determinante ilícitos, não produzindo qualquer efeito jurídico.
> II - Recurso conhecido e não provido (Ap. 1.0309.05.009910-5/001 - Rel. Des. Bitencourt Marcondes - 15ª Câmara Cível - j. unân. em 21.06.2007).

Dessarte, tenho que a pretensão inicial encontra óbice instransponível, pois o contrato de empréstimo, ainda que verbal, tinha motivação ilícita, ilicitude de que ambas as partes tinham pleno conhecimento, o que caracteriza a impossibilidade jurídica do pedido formulado, devendo, pois, ser mantida a r. sentença que reconheceu a sua nulidade, haja vista tratar-se de matéria de ordem pública, nos termos dos arts. 104, 166 e 168 do Código Civil.

Voltando ao mestre Darcy Bessone e como que moldado à hipótese em julgamento:

> Observou Démogue que os tribunais, quando aplicam a teoria da causa à motivação exterior do contrato, atendem a razões sociais poderosas. É o resguardo da ordem pública, afetada por atos provocados por fins imorais ou ilícitos, que os inspira. Então, impõe-se logo a distinção de duas utilidades diversas, oriundas da obrigação ou do contrato: a utilidade individual e a utilidade social. A lei não reconheceria obrigações que não fossem úteis ao credor. A inutilidade as

> conduziria à nulidade. Mas, ainda quando vantajosas para o interessado, podem comprometer a utilidade social. Convém ter sempre presente ao espírito que os contratos são apenas meios para, em regime de autonomia privada, perseguir fins socialmente úteis. O contratante deve adaptar-se aos interesses gerais. Há fins ou resultados inequivocamente condenáveis. Proíbe-os a lei ou os impugnam os costumes. Por vezes, os contratantes procuram atingi-los, direta e ostensivamente; outras vezes, ocultam a finalidade ilícita, utilizando-se de formas jurídicas aparentemente inatacáveis. De qualquer modo, se a finalidade do ato jurídico é contrária às leis ou aos bons costumes, ele é nulo. As teorias do objeto, da causa, da condição, do encargo *'ne sont donc que des applications diverses de la même idée'* (*op. cit.*, p. 103).

Com essas considerações, nego provimento à apelação. Faço pequena correção no r. comando sentencial primevo, alterando apenas o dispositivo legal que deve ser o art. 267, VI, do Código de Processo Civil (impossibilidade jurídica do pedido). Quanto ao mais, fica mantido o r. comando sentencial, inclusive quanto à determinação de envio de peças ao Ministério Público e à sucumbência imposta que não foram alvo de qualquer insurgência.

Custas recursais, pela apelante, que, amparada pela Lei 1.060/50, se submete aos ditames do seu art. 12.

Resumo do dispositivo do voto (art. 506, III, CPC):

- Negar provimento e alterar dispositivo da sentença, onde deverá constar art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO BERNARDES e TARCÍSIO MARTINS COSTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO E ALTERARAM O DISPOSITIVO DA SENTENÇA.

...

Ação de cobrança - Prestação de serviços advocatícios - Advogado que guarda para seu cliente o veículo objeto da lide - Cobrança de diárias - Ausência de contratação expressa - Remuneração não comprovada - Retenção indevida

Ementa: Ação de cobrança. Prestação de serviços advocatícios. Advogado que guarda para seu cliente o veículo objeto da lide. Cobrança de diárias. Ausência de contratação expressa. Remuneração não comprovada. Retenção indevida.

- O contrato de depósito, nos termos do art. 628 do Código Civil, tem natureza gratuita e prova-se por escrito.

- O ônus de provar que o depósito firmado entre as partes não teve natureza graciosa cabe ao depositário, tendo em vista a natureza do contrato de depósito.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.07.399279-7/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Newton Vanon, em causa própria - Apelada: Rosângela Maria Alcântara - Relator: DES. PEREIRA DA SILVA

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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de setembro de 2009. - *Pereira da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEREIRA DA SILVA - Trata-se de recurso de apelação aviado por Newton Vanon contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Rosângela Maria Alcântara, ora apelada.

Adoto o relatório da sentença (f. 390/404), acrescentando que o ilustre Juiz de primeiro grau julgou procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

> Ante o exposto, julgo procedentes os pedidos iniciais e, por consequência, extinto o processo, com resolução do mérito, na forma do art. 269, I, da Lei Processual Civil, para condenar o suplicado a pagar à autora a quantia de R$ 7.267,20 (sete mil duzentos e sessenta e sete reais e vinte centavos), atualizada pelos índices da CGJ, a partir de 02.06.2006, além de juros de 1% ao mês, a contar da citação, cuja verba retida declaro indevida, bem como fixar os honorários advocatícios contratuais devidos ao réu em R$ 5.687,85, já recebidos.

O apelante, em suas prolixas razões recursais de f. 406/425, requer a análise das preliminares suscitadas na contestação, aduzindo que a sentença ofendeu os princípios do ato jurídico perfeito e da ampla defesa, sendo que seu inconformismo tem como fundamento, em síntese: que a documentação colacionada com a peça de defesa comprova que a apelada se deu por satisfeita e anuiu com todos os termos da prestação de serviços e as contas prestadas; que não se pode ter como gratuita a guarda do veículo objeto da lide, por ele, apelante, na qualidade de advogado da apelada, sem que fosse remunerado por tais serviços.

Entende que a suposta gratuidade pela guarda do veículo teria que ser comprovada pela apelada, o que

não ocorreu, não se podendo admitir a prestação de tal serviço de forma gratuita. Após alegar a ocorrência de violação de diversos artigos do CC e do CPC, assevera que os atuais advogados da apelada não estão devidamente munidos de poderes para ajuizar a presente ação.

Finaliza suas razões requerendo que

> [...] seja dado provimento ao presente recurso requerendo a reforma da v. sentença no sentido de ser a autora julgada carecedora de ação ante o recibo mencionado acima, e a justiça da cobrança como consta dos autos, ou julgada de total improcedência sob as penas da lei e demais cominações legais inclusive dano moral a ser arbitrado nessa egrégia Câmara ante a justiça e legalidade da cobrança e do ato ilícito inatacável.

A apelada apresentou suas contrarrazões às f. 443/450, pugnando pelo desprovimento do apelo.

Este, o breve relatório.

Passo a analisar as razões recursais.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Ab initio, registro que as matérias suscitadas pelo apelante como preliminares, como carência de ação, confundem-se mesmo com o próprio mérito da demanda e assim serão analisadas.

Após analisar os autos e os fundamentos jurídicos defendidos pelas partes, entendo que deve prevalecer a solução adotada pelo ilustre Juiz de primeiro grau, em seu bem-lançado trabalho decisório.

Os autos revelam que o apelante patrocinou os interesses da apelada nos autos de uma ação de reintegração de posse contra ela ajuizada, tendo como objeto um veículo (Processo n° 145.00.005.978 - 5).

Referida ação foi julgada improcedente e, por outro lado, foi julgada procedente a reconvenção ajuizada pela apelada, sendo a ré naquela ação obrigada a indenizá-la por danos morais (f. 66/76). A sentença foi confirmada em segunda instância, somente se reduzindo o valor da indenização fixada (f. 103/115).

E durante o trâmite processual, conforme noticiado pelas partes, o veículo objeto daquela ação foi entregue pela apelada ao apelante, para que este guardasse o veículo.

Executada a sentença lançada naqueles autos, o apelante, ao fazer o acerto de contas com a apelada para entregar-lhe o valor da indenização e acertar o pagamento dos honorários advocatícios pelos serviços prestados, cobrou-lhe a quantia de R$ 7.300,00, referente à guarda do veículo pelo período de 73 meses.

Em razão de tal fato, a apelada ajuizou a presente ação de cobrança, pretendendo a devolução do valor cobrado pelo apelante como prestação pela guarda do veículo, ao fundamento de que nada fora contratado nesse sentido.

A apelada alegou que contratou os serviços do apelante tão somente para defendê-la na já noticiada reintegração de posse, sem que fosse celebrado qualquer contrato por escrito, dispondo-se o apelante a guardar o referido veículo até que fosse prolatada a decisão na demanda.

Afirmou, ainda, que foi acertado com o apelante que ele nada lhe cobraria pela guarda do bem, sendo que seus honorários seriam retirados através de percentual, não pactuado previamente, na hipótese de provimento da reconvenção.

Ao contrário do que tenta deixar entendido o apelante, comungo com a conclusão a que chegou o ilustre Juiz sentenciante de que, em verdade, a guarda do veículo, pelo apelante, caracteriza verdadeiro contrato de depósito gratuito, diante da ausência de qualquer prova nestes autos de que as partes teriam tratado uma remuneração por tal fato.

Incontroverso o direito do apelante de receber pelos seus serviços advocatícios, os quais, diga-se de passagem, foram competentemente prestados, já que a apelada saiu vitoriosa na reconvenção e julgada improcedente a reintegração de posse. E tanto assim o é que a própria apelada nada questiona a esse respeito.

Ao revés, por tudo que destes autos consta, foi mesmo abusiva e arbitrária a atitude do apelante ao cobrar da apelada, quando de posse do valor da indenização depositada em Juízo, por um ato voluntário para o qual nada foi acertado em termos de remuneração.

E nem venha o apelante querer fazer entender que a guarda do veículo não poderia deixar de ser remunerada, sendo um absurdo tal fato sem qualquer remuneração.

Ora, profissional da área advocatícia e diante da experiência do apelante, ele próprio deveria ser o primeiro a ter esclarecido à apelada que não tinha a intenção de guardar o veículo de forma gratuita e que cobraria para tanto, reduzindo os valores contratados em termos, para que não pairassem quaisquer dúvidas.

Se dessa forma não diligenciou ou não foi cauteloso o bastante, deverá arcar com o prejuízo, já que não restou comprovado nestes autos, repita-se, que as partes teriam combinado uma remuneração pela guarda do veículo.

Aliás, mister se faz registrar que a postura do apelante poderia até mesmo ser considerada como antiética, ao fazer acusações contra a apelada em suas razões recursais, pondo em dúvida que ela seria mesmo proprietária do veículo objeto da ação de reintegração, quando a patrocinou naqueles autos. Mostra-se contraditória a postura do apelante como causídico.

Sobre o contrato de depósito, leciona o Professor Sílvio de Salvo Venosa em sua obra *Direito civil* - contratos em espécie (3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003):

> De acordo com o art. 627 (antigo art. 1.265), 'pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame'.

> [...]
> Embora a lei estabeleça o depósito como negócio gratuito em regra geral, 'as partes podem estipular que o depositário seja gratificado' (parágrafo único do art. 628; antigo art. 1.265). Há numerosos e corriqueiros depósitos que se apresentam remunerados, como o de vestuários em teatros ou restaurantes, de guarda-móveis; de natureza bancária etc.

Mais adiante, em relação à forma do contrato, esclarece o autor:

> O art. 646 (antigo art. 1.281) estabelece que 'o depósito voluntário provar-se-á por escrito'. Por esse dispositivo, concluímos que o escrito é apenas exigido para provar o contrato, não lhe sendo essencial para fixar sua existência (*ad probationem tantum*). Admite-se até mesmo simples início de prova por escrito. Ademais, sendo contrato real, a prova testemunhal será com freqüência suficiente para provar a ocorrência ao menos desse ato material. Desse modo, o tíquete de entrega da coisa, cupão ou equivalente serão documentos suficientes para atestar o negócio (ob. cit., p. 247-248 e 252).

Assim, o ônus de provar que o depósito firmado entre as partes não teve natureza graciosa cabia ao apelante, ônus do qual ele não se desincumbiu, nos termos do inciso II do art. 333 do CPC.

E não o socorre o fato de a apelada ter passado em seu favor um recibo, dando-se por satisfeita em relação ao valor recebido (f. 305).

O recibo refere-se às ações nas quais o apelante representou os interesses da apelada (reintegração, reconvenção e execução de sentença), e não relativamente à guarda do veículo.

Ademais, o recibo refere-se ao valor lá consignado, inexistindo qualquer vedação legal que impedisse a apelada de pleitear a devolução da quantia de R$ 7.300,00, que entende lhe ter sido cobrada de forma indevida.

Não há que se falar assim em ofensa a ato jurídico perfeito e, muito menos, ao princípio da ampla defesa, devidamente conferido e exercido pelo apelante nestes autos, sendo totalmente desnecessária a realização de perícia, já que se considerou como não comprovadas as suas alegações, no sentido de que teria contratado com a apelada uma remuneração pela guarda do veículo.

Diante de tudo o que aqui foi exposto, não se verifica, da mesma forma, qualquer ofensa às normas legais apontadas pelo apelante, já que foi respeitado o princípio da ampla defesa, com análise de todas as provas produzidas, chegando-se à conclusão de que o ônus da prova caberia ao apelante e de que a prova pericial é desnecessária.

Para finalizar, registro que nada tenho a prover em relação ao pedido do apelante de que a apelada seja condenada a indenizá-lo moralmente.

Isso porque, em um primeiro momento, sua pretensão foi reconhecida e, em um segundo momento, porque totalmente descabido o pedido em sede de apelação, não tendo o apelante ajuizado reconvenção nesse sentido.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, ficando mantida a bem-lançada sentença da lavra do culto e operoso Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, Dr. Paulo Tristão Machado Júnior.

Custas recursais, na forma da lei, pelo apelante, suspenso tal pagamento, por estar o apelante sob o pálio da JG.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CABRAL DA SILVA e ELECTRA BENEVIDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Adoção - Pedido de destituição do poder familiar - Cumulação de ações - Ilegitimidade ativa - Carência de ação - Extinção do processo

Ementa: Direito do menor. Direito processual civil. Apelação. Ação de adoção, cumulada com pedido de destituição do poder familiar. Carência de ação. Ilegitimidade ativa. Extinção do processo.

- A ação de destituição do poder familiar pode ser ajuizada apenas pelo Ministério Público, ou por quem tenha legítimo interesse, nos termos do art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.08.442389-0/001 - Comarca de Contagem - Apelante: I.C.S. - Apelado: M.F.S.S. - 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, EM, DE OFÍCIO, EXTINGUIR O PROCESSO NOS TERMOS DO VOTO DO DES. RELATOR, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 24 de setembro de 2009. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de apelação contra sentença do MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Contagem, que julgou

procedente a "ação de adoção, cumulada com pedido de destituição do poder familiar", promovida por M.F.S.S. contra I.C.S.

A apelante alega que "o melhor interesse da criança é, sem sombra de dúvidas, que o melhor para ela é ficar ao lado da mãe" e que:

> se a adoção for deferida, a relação entre mãe e filho irá se distanciar, o que não é bom, tampouco saudável, para qualquer das partes, por ser certo que, por maior carinho que a apelada dispense a [...], nunca vai suprir a falta de uma mãe.

Tenho preliminar.

De acordo com o art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a ação de destituição do poder familiar só pode ser proposta pelo Ministério Público, ou por quem tenha legítimo interesse. Confira-se:

> O procedimento para a perda ou suspensão do pátrio poder terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.

O titular do legítimo interesse, nos termos do art. 1.637 do Código Civil, é o parente da criança ou do adolescente, qualquer que seja o grau. Eis o teor da norma:

> Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhes pareça reclamada pela segurança do menor e de seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
> Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Nesse sentido, esclarece o Des. Tarcísio José Martins Costa, comentando o art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Assim, na perquirição de quem, entre os interessados - processualmente falando - tem o poder de propor esta ação, encontramos, sem nenhuma dificuldade, o titular do interesse objetivado na pessoa dos parentes da criança ou adolescente, qualquer que seja o grau do parentesco (*Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 317).

Ocorre que a ação foi proposta por M.F.S.S., que, segundo narrado na inicial (f. 02/06), não possui vínculo com a criança L.M.S.

Portanto, não há dúvida de que a autora não tem legitimidade para a propositura da presente demanda, porque, repito, não demonstrou o vínculo com a criança L.M.S, o que configura carência de ação e enseja a aplicação do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Com tais apontamentos, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, com base no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Resta prejudicado o recurso.

Sem custas (Lei 8.069/90, art. 141, § 2º).

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - De acordo.

DES. ALMEIDA MELO - M.F.S.S. propôs ação de adoção c/c extinção do pátrio poder contra I.C.S., ao fundamento de que a menor L.M.S. vive sob seus cuidados há mais de um ano.

A sentença de f. 81/85-TJ julgou procedentes os pedidos postos na inicial.

O Relator suscita, de ofício, preliminar de ilegitimidade passiva da autora e julga extinto o processo. Destacou que, nos termos do art.155 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a ação de destituição do poder familiar somente pode ser proposta pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse (parente da criança ou do adolescente).

Trata-se, nesse caso, de pedidos de extinção do poder familiar e de adoção da menor L.M.S., formulado por M.F.S.S. contra I.C.S.

A propositura do pedido de adoção e seu deferimento não pressupõem procedimento prévio de perda ou suspensão do poder familiar a requerimento do Ministério Público ou de parente do adotando, na interpretação dada ao art. 155 da Lei nº 8.069/90 pelo em. Relator.

É que, segundo o art. 1.635, IV, do Código Civil, o poder familiar se extingue pela adoção, razão pela qual ao requerente da adoção também se deve reconhecer legitimidade para postular cumulativamente a destituição do pátrio poder.

O art. 169 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que, nos casos em que a destituição da tutela, a perda ou a suspensão do pátrio poder constituir pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta, será observado o procedimento contraditório.

Logo, cumulado o pedido de adoção com o de destituição do poder familiar pelo interessado que pretende adotar, com requerimento expresso de citação dos pais do menor, em jurisdição contenciosa (Lei nº 8.069/90, art. 24), não ocorre a ilegitimidade ativa suscitada.

A limitação da legitimidade ativa ao Ministério Público ou ao parente ilidiria o legítimo interesse do adotante não parente e submetê-lo-ia, sem justa causa, à vontade de terceiro.

Desse modo, a autora que detém a guarda de fato da menor há mais de um ano tem legitimidade para propositura da ação de adoção c/c pedido de destituição do poder familiar.

Data venia, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa.

Súmula - DE OFÍCIO, EXTINGUIRAM O PROCESSO NOS TERMOS DO VOTO DO DES. RELATOR, VENCIDO O VOGAL.

. . .

Indenização - Lucro cessante - Cobertura securitária - Ausência - Irrelevância - Seguradora - Ilícito contratual - Cobertura do sinistro - Atraso na autorização - Prejuízo efetivo - Não comprovação - Ônus da prova

Ementa: Apelação. Indenização por lucros cessantes. Ausência de cobertura securitária. Irrelevância. Pretensão fundada em ilícito contratual praticado pela seguradora. Atraso na autorização da cobertura do sinistro. Efetivo prejuízo. Ausência de comprovação. Ônus da prova. Improcedência.

- O pedido de ressarcimento não possui fundamento nos termos ou condições da apólice, estando alicerçado na conduta ilícita da seguradora. Nessa linha, a nosso aviso, revela-se insubsistente a tese de que a pretensão do requerente não merece prosperar, em razão da ausência de contratação de cobertura securitária relativa aos lucros cessantes.

- Lucros cessantes constituem expressão usada para distinguir os lucros de que fomos privados e que deveriam vir ao nosso patrimônio, em virtude de impedimento decorrente de fato ou ato não acontecido ou praticado por nossa vontade. São, assim, os ganhos que eram certos ou próprios de nosso direito, que foram frustrados por ato alheio ou fato de outrem.

- As provas produzidas nos autos não são hábeis a demonstrar que a demora no pagamento da indenização securitária ocasionou perda de lucro pelo requerente. É bem de ver que os documentos apresentados pelo autor da ação sequer comprovam que o veículo segurado, indicado na peça de ingresso, era utilizado como instrumento de trabalho. Dessarte, impossível concluir, seguramente, pela existência de prejuízos decorrentes do atraso na autorização da cobertura securitária ou, sequer, que o automóvel era, de fato, utilizado no exercício da atividade profissional do requerente.

- Não tendo o apelante se desincumbido do ônus de provar a efetiva existência de lucro cessante passível de indenização, na fase de conhecimento, impõe-se a confirmação da sentença primeva.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.480710-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Flávio Marcus Rocha - Apelado: Bradesco Auto RE Cia. de Seguros - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2009. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Trata-se de ação de indenização ajuizada por Flávio Marcus Rocha em face de Bradesco Seguros S.A., alegando que celebrou contrato de seguro com a requerida, relativo ao veículo marca VW - Gol City 1.0 MI, ano 2005, placa HBY-8377, chassi 9BWCA05X85P101081.

Relatou que, em 25.02.2007, devido ao sinistro ocorrido quando o automóvel segurado era conduzido por seu sobrinho, Flávio Henrique de Paiva Rocha, acionou a seguradora-ré, postulando a cobertura dos danos apresentados.

Salientou que o seu sobrinho, habilitado e em perfeitas condições físicas e psíquicas, perdeu o controle direcional, vindo a atingir o meio-fio e um outro veículo que se encontrava estacionado próximo ao local.

Consignou que foi lavrado o boletim de ocorrência pela autoridade de trânsito, tendo ela certificado que o condutor do automóvel não estava embriagado ou apresentando sinais de que teria ingerido substâncias tóxicas.

Argumentou que, após enviar o veículo a uma concessionária para que fosse realizado o orçamento, a seguradora-ré se recusou, em princípio, a autorizar os reparos necessários. Disse, outrossim, que lhe foi informado que a negativa se deu em função de o veículo estar registrado no nome da empresa Flamar Comércio e Representação Ltda., de sua propriedade.

Destacou que, no momento da contratação da apólice, a seguradora não fez qualquer ressalva ou questionamento sobre tal fato. E, em outra oportunidade, quando o mesmo veículo foi arrombado, não houve dificuldades para a autorização dos reparos.

Por outro lado, verberou que utiliza o automóvel como instrumento de trabalho, auferindo renda média mensal de R$ 20.000,00, sendo que, até a data do ajuizamento da ação, nenhuma solução havia sido dada ao caso.

Por fim, teceu considerações acerca dos contratos de seguro e pediu a condenação da requerida ao paga-

mento do valor necessário à reparação do veículo, cerca de R$ 2.214,00, bem como ao pagamento de lucros cessantes, desde a data da primeira vistoria até a efetiva autorização do conserto, considerando uma renda diária de R$ 666,67.

Devidamente citada, a requerida apresentou contestação, na qual afirma que autorizou a cobertura do sinistro em 27.04.2007, após o requerente prestar os esclarecimentos que lhe foram solicitados. Ponderou que o autor celebrou o contrato de seguro em seu nome e que o automóvel estava registrado no nome da sociedade empresária Flamar Comércio e Representação Ltda. Disse que, sendo verificada a existência de alguma inconsistência de dados na apólice de seguros, é comum a solicitação de esclarecimentos ao segurado. Ponderou, assim, que não deu causa ao atraso na entrega do veículo, tendo autorizado a execução dos reparos tempestivamente.

Por outro lado, defendeu que, nos termos da apólice, apenas se obriga ao pagamento da diferença entre os valores apurados pela oficina e a franquia obrigatória. Discorreu sobre a natureza dos contratos de seguro e a máxima *pacta sunt servanda*. Ressaltou que sua responsabilidade deve ser limitada aos riscos assumidos e aos valores contratados para cobertura securitária. Asseverou que não foi contratada cobertura para indenização por lucros cessantes. Salientou, ainda, que o autor não se desincumbiu do ônus de comprovar os prejuízos alegados na inicial. Ressaltou que a empresa possui outros dois veículos à sua disposição e que, no valor apresentado pelo requerente, não foram descontadas as despesas decorrentes da utilização do automóvel segurado. Pediu a improcedência da demanda.

O autor apresentou impugnação (f. 164/169).

As partes foram intimadas a especificarem provas.

A requerida pugnou pela expedição de ofício à Receita Federal, solicitando a apresentação das últimas declarações de imposto de renda do requerente.

Em decisão de f. 212, o douto Julgador primevo indeferiu o pedido, formulado pela seguradora ré, de expedição de ofício ao mencionado órgão público.

Contra o referido *decisum*, foi interposto recurso de agravo retido pela requerida, sustentando ser a exibição das últimas declarações de imposto de renda do requerente indispensável para a solução da controvérsia.

Foram apresentadas alegações finais.

Prolatada sentença, o Magistrado de primeira instância julgou improcedentes os pedidos iniciais.

O requerente aviou embargos de declaração, que foram rejeitados.

Irresignado, o autor interpôs apelação, alegando que, ao contrário do que restou consignado na sentença hostilizada, não busca a cobertura securitária referente aos lucros cessantes, mas sim o ressarcimento da quantia que deixou de auferir com o atraso na autorização do conserto do veículo. Ressaltou que a requerida, de forma injustificada, não teria autorizado a tempo a reparação dos danos decorrentes do sinistro, causando-lhe inúmeros prejuízos. Afirmou, outrossim, estarem presentes os pressupostos necessários à responsabilização civil da ré. Por outro lado, defendeu a aplicação dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor e acostou aos autos jurisprudência que entende corroborar suas razões. Pediu o provimento do recurso, com a procedência dos pedidos iniciais.

Foram apresentadas contrarrazões.

Conheço do recurso, visto que próprio, tempestivo, regularmente processado e preparado.

De início, é preciso consignar que, ao contrário do que restou consignado na sentença hostilizada, os pedidos formulados pelo requerente não se restringem à condenação da requerida ao pagamento de algum dos riscos cobertos pela apólice de seguro contratada.

Em verdade, a leitura da peça de ingresso nos permite inferir que, com o presente feito, o autor da ação busca, além da cobertura dos danos decorrentes do sinistro, também o reconhecimento da responsabilidade da seguradora ré pelos valores que deixou de auferir, em decorrência do atraso injustificado na autorização dos reparos, com a sua consequente condenação ao pagamento de lucros cessantes.

Permito-me, a propósito, transcrever o seguinte trecho da exordial:

> [...] pede e espera, reconheça o descumprimento da ré em obrigação contratada pelo autor e a condene no pagamento do sinistro [...], que, até a data da propositura da presente ação, perfaz a quantia de R$ 2.214,00.
> Requer seja a ré condenada ao pagamento de lucros cessantes do autor, desde a data da vistoria até a data da autorização dos reparos, autorização esta que deverá ser feita pela empresa ré. Até o presente momento, já somamos o total de 51 dias que o veículo está parado após a vistoria (f. 08).

Vê-se, portanto, que o pedido de ressarcimento não possui fundamento nos termos ou condições da apólice, estando alicerçado na conduta ilícita da seguradora. Nessa linha, a nosso aviso, revela-se insubsistente a tese de que a pretensão do requerente não merece prosperar, em razão da ausência de contratação de cobertura securitária relativa aos lucros cessantes.

Nesse sentido:

> Apelação Cível nº 1.0702.05.204428-7/001. 23.2.2006, Uberlândia. Responsabilidade civil de seguradora. Atos praticados na prestação do serviço. Tratamento jurídico que não se enquadra no contrato de seguro. Prescrição ânua descartada. Lucros cessantes caracterizados, comprovados e com reparação deferida.
> 1. Tratando-se de causa de pedir próxima alheia ao contrato de seguro (ainda que oriunda do cumprimento dele - causa de pedir remota), não se aplica a prescrição de um

> ano, mas a de três anos prevista pelo art. 206, § 3º, V, do NCCB destinada à pretensão de reparação civil comum por ato desidioso da seguradora quando do conserto do veículo sinistrado, como, por exemplo, aqui, o atraso na entrega das peças de reposição.
> 2. O que influi, portanto, é a causa de pedir próxima, na avaliação de perda do direito à ação.
> 3. Caracterizados os prejuízos oriundos da paralisação do veículo, em face do atraso na entrega das peças, pela seguradora, responde ela pelo ressarcimento, tornando-se desinfluente o argumento de que o contrato de seguro exclui o mesmo a título de lucros cessantes, porque, aí, estes derivam de ato desidioso da seguradora quando da prestação do serviço, o que se tem por autônoma atitude, aliás, irregular da responsável pela cobertura (TJMG - AC 1.0702.05.204428-7/001 - Relator: Des. Francisco Kupidlowski - Data do julgamento: 23.02.2006).

Com efeito, tendo em vista que o reparo dos danos decorrentes do sinistro narrado na exordial foi autorizado em 27.04.2007 - conforme documento de f. 177 -, a matéria a ser apreciada no presente recurso deverá se restringir à existência, ou não, de dever da ré em ressarcir a autora por lucros cessantes, advindos do atraso no pagamento da aludida indenização securitária.

Sobre o tema, mister se faz destacar a doutrina de Rui Stoco:

> Lucros cessantes constituem expressão usada para distinguir os lucros de que fomos privados, e que deveriam vir ao nosso patrimônio, em virtude de impedimento decorrente de fato ou ato não acontecido ou praticado por nossa vontade. São, assim, os ganhos que eram certos ou próprios de nosso direito, que foram frustrados por ato alheio ou fato de outrem. Define-os João Casillo como 'o lucro que a pessoa vitimada deixará de ganhar, no futuro, como conseqüência do ilícito'. Em resumo, o *lucrum cessans* é o que deveria vir. O *damnum emergens*, ao contrário, já se mostra efetivo (*Responsabilidade civil e sua interpretação*. 3. ed. São Paulo: RT, p. 584).

A questão é ainda melhor esclarecida quando se atenta para a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

> Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.
> [...]
> O cuidado que o juiz deve ter neste ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a conseqüência indireta ou mediata do ato ilícito (*Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 82).

A propósito, a jurisprudência reconhece a possibilidade de condenação da seguradora a ressarcir o segurado, a título de lucros cessantes, em virtude de atraso no pagamento da indenização securitária:

> Apelação. Ação de indenização. Atraso na liquidação do sinistro. Lucros cessantes. Ocorrência. Apuração do *quantum*. Liquidação de sentença. Danos morais. Inocorrência. Mero aborrecimento. Ônus sucumbenciais. Repartição proporcional. Art. 21 do CPC. Recurso parcialmente provido. Voto vencido parcialmente. - O atraso da seguradora para a efetiva liquidação do sinistro enseja o direito do segurado de pleitear indenização pelos lucros cessantes do período excedente ao previsto no contrato, no qual o seu caminhão ficou parado para conserto. Diante da insuficiência dos documentos acostados aos autos para aferir com precisão o valor percebido mensalmente pelo segurado a título de lucros cessantes, cabe ao sentenciante determinar a liquidação por arbitramento, nos termos do art. 475-C, II, do Código de Processo Civil, como medida de justiça e efetiva prestação jurisdicional [...] (TJMG - AC 1.0073.05.022879-7/001 - Relator: Des. Marcelo Rodrigues - Data do julgamento: 04.07.2007).

> Seguro. Inadimplemento da seguradora. Lucros cessantes. Cabimento. - A seguradora é obrigada ao pagamento da indenização dos danos provocados por sinistro contemplado na apólice, nas condições contratadas. Porém, se do descumprimento do contrato pela seguradora surgem danos ao segurado, que por isso fica impossibilitado de retomar suas atividades normais, por esse dano provocado pelo seu inadimplemento responde a seguradora. Deferimento de parcela que, nas instâncias ordinárias, foi definida como sendo de lucros cessantes (STJ - REsp 285702/RS - Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar - Data do julgamento: 29.05.2001).

Contudo, para o deferimento de tal verba, necessária a comprovação efetiva dos prejuízos suportados pelo segurado, decorrentes do atraso injustificado no pagamento da indenização securitária.

Sobre a necessidade de demonstração efetiva dos prejuízos para a procedência do pedido de indenização por lucros cessantes, trago a lume os seguintes acórdãos:

> Indenização. Acidente. Bicicleta. Via pública. Queda. Lucros cessantes. Comprovação. Necessidade. Art. 333, I, do CPC. - A instituição dos lucros cessantes está condicionada à efetiva comprovação da perda real de rendimentos, pois essa não se presume, não alcançando a dita reparação os ganhos supostamente considerados, como os incertos, projetados, ou duvidosos (TJMG - AC 1.0042.04.008849-6/001 - Relator: Des. Antônio Sérvulo - Data do julgamento: 12.06.2007).

> Indenização. Contrato de mediação de seguros. Quebra da exclusividade. Pretensão da corretora de receber comissão a título de lucros cessantes. Interesse positivo. Prova. Ausência de dano.
> - O lucro cessante não se presume, nem pode ser imaginário. A perda indenizável é aquela que razoavelmente se deixou de ganhar. A prova da existência do dano efetivo constitui pressuposto ao acolhimento da ação indenizatória.
> - Caso em que a corretora não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência do dano sofrido com a quebra da exclusividade (STJ - REsp 107426/RS - Relator: Min. Barros Monteiro - Data do julgamento: 20.02.2000).

In casu, as provas produzidas nos autos não são hábeis a demonstrar que a demora no pagamento da indenização securitária ocasionou perda de lucro pelo requerente. É bem de ver-se que os documentos apresentados pelo autor da ação nem sequer comprovam que o veículo segurado, indicado na peça de ingresso, era utilizado como instrumento de trabalho.

O simples fato de o automóvel estar registrado no nome da sociedade empresária da qual o requerente é sócio, por si só, não constitui elemento suficiente para a comprovação da assertiva de que o atraso na autorização dos reparos lhe tenha causado prejuízos, ainda que potenciais, ou mesmo que o referido bem era indispensável ao exercício de sua atividade profissional.

Não é despiciendo acrescentar que a declaração de f. 11, na qual consta que o mencionado veículo era utilizado para a realização de visitas a clientes, "sem o qual as vendas tornam-se impossíveis de serem realizadas", constitui prova unilateral, produzida sem a observância do contraditório. Logo, não há como atribuir ao mencionado documento qualquer valor probante.

Demais disso, observo que a referida declaração é assinada pelo próprio requerente. Assim, por mais esse motivo, tenho que o documento de f. 11 não constitui elemento hábil a comprovar os fatos constitutivos do direito do autor, visto que não se pode permitir que a parte faça prova por meio de suas próprias alegações.

A isso, acresça-se que as certidões de f. 70/71, apresentadas pela seguradora ré e emitidas pelo Detran/MG, evidenciam que a sociedade empresária do autor, em nome da qual está registrado o veículo segurado, é proprietária de outros dois automóveis. Assim, não sendo o aludido bem o único à disposição da empresa, a toda evidência, não se pode presumir que o atraso no seu conserto tenha ocasionado os danos indicados na exordial.

Dessarte, conforme mencionado alhures, impossível concluir, seguramente, pela existência de prejuízos decorrentes do atraso na autorização da cobertura securitária ou, sequer, que o automóvel era, de fato, utilizado no exercício da atividade profissional do requerente. Ora, cabia ao autor a demonstração do alegado prejuízo material, na fase de conhecimento e, sobretudo, repita-se mais uma vez, da alegação de que veículo segurado constituía efetivo instrumento de trabalho, máxime quando existem dois outros veículos registrados em nome da sociedade empresária, junto ao Detran (f. 71/72).

De acordo com o art. 333, I, do CPC, "o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito".

Amaral Santos (*Comentários*. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, p. 33), citando Betti, observa:

> O critério da distribuição do ônus da prova deduzida do ônus da afirmação evoca a antítese entre ação, no sentido lato, e exceção, também no sentido lato, a cujos ônus respectivos se coordena o ônus da afirmação para os fins da prova. O ônus da prova - é útil insistir - é determinado pelo ônus da afirmação, e este, por sua vez, é determinado pelo ônus da demanda, que assume duas posturas diferentes, apresentando-se da parte do autor, como ônus da ação, e da parte do réu como ônus da exceção.

Prossegue:

> Em suma, quem tem o ônus da ação tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa; quem tem o ônus da exceção tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Assim ao autor cumprirá provar os fatos constitutivos, ao réu os impeditivos, extintivos ou modificativos.

Vale destacar que o autor da ação, após ser intimado a especificar as provas que pretendia produzir (f. 171), restringiu-se a repisar as alegações lançadas na inicial e pugnar pela juntada de documentos relativos à autorização dos reparos, notas ficais e cópias dos orçamentos realizados pela concessionária.

Conclui-se, pois, que o recorrente não foi diligente na comprovação dos fatos constitutivos do seu direito, sendo certo que o ônus da prova era de sua responsabilidade.

Nesse sentido, manifestaram-se Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade:

> A palavra vem do latim *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para obtenção do ganho da causa. A produção probatória no tempo e na forma prescrita em lei é ônus da condição de parte (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 614).

Logo, não tendo o apelante se desincumbido de provar a efetiva existência de lucro cessante passível de indenização, na fase de conhecimento, mormente porque a sociedade empresária tem dois outros veículos registrados em seu nome junto ao Detran, que poderiam ser utilizados pelos sócios para visitar clientes, impõe-se a confirmação da sentença, que julgou improcedente a demanda.

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES IRMAR FERREIRA CAMPOS e MÁRCIA DE PAOLI BALBINO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação rescisória - Ofensa à coisa julgada - Procedência

Ementa: Ação rescisória. Ofensa à coisa julgada. Procedência.

- É manifesto o cabimento da ação rescisória com vistas a rescindir decisão que ofende a *res iudicata*. A intenção do legislador, ao prever a hipótese legal de rescisória do art. 485, inciso IV, do CPC, foi prestigiar e proteger a coisa julgada, zelar pela estabilidade das relações judiciais, na busca da segurança jurídica.

- A decisão do juiz que homologa o acordo firmado entre as partes tem natureza jurídica inequívoca de sentença, conforme o disposto no art. 269, inciso III, c/c 162, § 1°, ambos do CPC.

- Proferida a sentença homologatória, esgotou o magistrado de 1ª instância sua prestação jurisdicional, mostrando-se absolutamente descabida e ilegal a segunda sentença que julgou procedente a ação monitória, razão pela qual merece a mesma ser rescindida de pleno direito e extirpada do nosso ordenamento jurídico, sob pena de ofensa à *res iudicata*.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.0000.08.480825-2/000 - Comarca de Matozinhos - Autores: Agropecuária Minas Rancho Ltda. e Olavo Antunes da Silva - Réu: BankBoston Banco Múltiplo S.A. - Relator: DES. WAGNER WILSON

Acórdão

Vistos etc., acorda o 8º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA.

Belo Horizonte, 20 de agosto de 2009. - *Wagner Wilson* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WAGNER WILSON - Trata-se de ação rescisória ajuizada por Agropecuária Minas Rancho Ltda., objetivando a rescisão da sentença proferida nos autos da ação monitória ajuizada por BankBoston Banco Múltiplo S.A. contra o próprio autor e contra Olavo Antunes da Silva e que julgou procedente a referida ação constituindo em favor do banco, o título executivo judicial.

Sustentou o autor, em síntese, que a MM. Juíza já havia proferido sentença no feito, quando anteriormente homologou o acordo firmado entre as partes.

Asseverou que a sentença rescindenda viola a coisa julgada, o que autoriza o ajuizamento da ação rescisória com fulcro no disposto no art. 485, inciso IV, do CPC.

Invocou ainda a possibilidade da procedência da rescisória fundamentada na hipótese dos incisos II e V do mesmo dispositivo legal supra, uma vez que a Julgadora, além de ser absolutamente incompetente para nova decisão, violou literalmente a disposição contida nos arts. 467 e 471, ambos do CPC.

Informou que o réu vem executando a 2ª sentença proferida no feito, desconsiderando o acordo firmado pelas partes e homologado por sentença, razão pela qual requereu, liminarmente, a concessão do efeito suspensivo à presente ação rescisória para suspender a execução da sentença rescindenda.

Requereu, ainda, a concessão dos benefícios da justiça gratuita e pediu a procedência da rescisória, rescindindo-se a sentença de f. 67/68 da ação monitória ajuizada pelo réu, com as cominações de estilo.

Às f. 114/117, em primeiro despacho, foi deferida a justiça gratuita e determinada a emenda à inicial, para que fosse incluído como autor, o Sr. Olavo Antunes da Silva ou, em caso de recalcitrância deste em atuar no polo ativo, que o mesmo fosse citado para integrar o polo passivo desta lide rescisória.

Acolheu-se a emenda à inicial de f. 148/152 e, na mesma decisão, foi deferida a tutela de urgência suspendendo-se, de imediato, o curso da execução processada nos autos da monitória nº 0411.06.022268-3.

Citado, o réu deixou transcorrer *in albis* o prazo para contestar.

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, manifestou-se o procurador às f. 169/172.

É o relatório. Passo a decidir.

Os autores sustentam a sua pretensão rescisória, na existência de ofensa à coisa julgada conforme disposto no art. 485, inciso IV, do CPC:

> Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> [...]
> IV - ofender a coisa julgada; [...].

Conforme já tive a oportunidade de mencionar no despacho em que deferi a liminar na presente ação (f. 155/157), existe uma discussão doutrinária acerca do cabimento da ação rescisória no caso da hipótese do art. 485, inciso IV, do CPC. Como defendem alguns processualistas, no caso dos autos, a segunda decisão jamais poderia formar coisa julgada e, portanto, não seria rescindível, mas simplesmente passível de ser declarada inexistente.

> Ofensa à coisa julgada. Dada a intangibilidade da coisa julgada material, o juiz não pode rejulgar lide sobre a qual pesa a autoridade da coisa julgada. Não caberia a ação

> rescisória por ofensa à coisa julgada (CPC 485 IV), porque a segunda coisa julgada não chegou a se formar. As condições da ação são elementos constitutivos da ação, isto é, formadores da própria ação (Liebman, *Manuale*, v. I5, n. 74, p. 144). Quando a parte propõe a segunda ação, ignorando coisa julgada anterior sobre a mesma lide, não tem interesse processual em obter sentença, porque já existe. Assim, não chegou a existir ação, motivo pelo qual não chegou a existir processo e, conseqüentemente, não existe sentença do ponto de vista jurídico (Alvim Wambier-Medina, Coisa julgada, n. 4.2.9, p. 203). Como não existe sentença, não se formou a coisa julgada, de modo que, para esta corrente, a discussão sobre qual coisa julgada prevalece, se a primeira ou a segunda, é um falso problema: a questão se resolve pela afirmação de que houve somente uma - a primeira - coisa julgada. Sendo desnecessário desconstituir-se a segunda coisa julgada, porque não se formou, basta à parte ou interessado alegar esta inexistência em processo em curso, ou ajuizar ação declaratória de inexistência (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1°.10.2007).

Tais doutrinadores partem do princípio de que sentença rescindível é uma sentença válida de pleno direito, apta a formar coisa julgada. E que em casos como o dos autos, quando a segunda coisa julgada jamais seria formada, não seria cabível a ação rescisória.

Nesse sentido, vale trazer aos autos os ensinamentos do il. processualista Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2006, item 632, *verbis*:

> A rescindibilidade, que autoriza a ação rescisória, nos termos do art. 485, não se confunde com a nulidade da sentença. A rescisória, portanto, não supõe sentença nula, mas, ao contrário, sentença válida, que tenha produzido coisa julgada. Rescindir, ensina Pontes de Miranda, não é decretar nulidade, nem anular; é partir, partir até embaixo, cindir. Vale dizer: é desconstituir o ato até então válido e eficaz.

No entanto, com todo respeito aos doutrinadores que compartilham deste entendimento, tenho que o cabimento da rescisória neste caso é manifesto. A intenção do legislador foi prestigiar e proteger a coisa julgada, zelar pela estabilidade das relações judiciais, na busca da segurança jurídica.

Ou seja, ainda que a segunda coisa julgada não esteja apta a se formar, do ponto de vista jurídico, é cabível a ação rescisória com vistas a rescindir este segundo julgamento, quer tenha sido ele para confirmar o primeiro, quer tenha sido ele proferido em termos diversos.

Dito isso, sigo à análise do caso concreto. Para melhor elucidar a questão, mister se faz proceder a um breve resumo dos fatos ocorridos na ação principal.

Os autores da presente rescisória, Agropecuária Minas Rancho Ltda. e Olavo Antunes da Silva, foram demandados pelo BankBoston Banco Múltiplo S.A., que ajuizou contra eles uma ação monitória.

Naqueles autos, na qualidade de réus, eles se deram por citados e no mesmo ato firmaram um acordo com o banco, conforme se verifica do disposto às f. 24/25-TJ.

Antes que o MM. Juiz tivesse a oportunidade de se manifestar sobre o acordo firmado, o banco, autor da monitória, levou ao seu conhecimento o descumprimento do acordo pelos réus (f. 26/27-TJ).

Entretanto, mesmo diante de tal informação, o MM. Juiz homologou, por sentença, o acordo firmado, conforme se infere pelo disposto na sua decisão de f. 28-TJ:

> Vistos, etc.
> Homologo, por sentença, o acordo de f. 48/49, firmado pelas partes, para que surta seus efeitos legais e jurídicos.
> Leia-se. Matozinhos, 02 de maio de 2006.

Contra tal decisão, o autor interpôs embargos declaratórios questionando a extinção do feito, diante da informação de descumprimento do acordo (f. 29/30-TJ), tendo o MM. Juiz esclarecido que não houve extinção do feito, mas apenas despacho homologando a avença firmada entre as partes (f. 31-TJ).

Em seguida, sem que tivesse sido interposto qualquer outro recurso em face desta decisão, o MM. Juiz proferiu nova decisão (f. 33/34-TJ), julgando procedente a ação monitória e constituindo de pleno direito os documentos que instruíram a monitória, como títulos executivos judiciais.

Aproveitando-se da situação, o banco autor iniciou o procedimento de execução desta última sentença e foi por esta razão que entendi por bem deferir a liminar na presente rescisória, suspendendo o curso do feito.

Data venia da posição manifestada pelo il. Procurador, tenho que a presente ação está sim a merecer integral acolhimento e procedência.

Isso porque não podem nem o Juiz nem o Procurador, por conveniência, pretender mudar a natureza jurídica da decisão que homologa uma transação entre as partes.

O referido provimento jurisdicional tem natureza jurídica inequívoca de sentença, conforme o disposto no art. 269, inciso III, c/c o 162, § 1°, ambos do CPC:

> Art. 269. Haverá resolução de mérito:
> [...]
> III - quando as partes transigirem; [...].
>
> Art. 162. [...]
> § 1° Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.

Confira as lições da doutrina:

> Transação. Quando as partes celebrarem transação, de acordo com o CC 840 (CC/1916 1.025), dá-se a extinção do processo com resolução de mérito, fazendo coisa julga-

da, ainda que a sentença apenas homologue a transação. (Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery. *Op. cit.*, p. 516).

A transação autoriza a prolação de sentença homologatória, dificultando a interposição de recursos pelas partes, pela circunstância de o magistrado apenas transpor (para a sentença) as condições do ajuste, manifestadas pelos protagonistas do processo (MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil comentado e interpretado*. São Paulo: Editora Atlas, 2008).

Proferida a sentença homologatória, o Magistrado de 1ª instância esgotou a sua prestação jurisdicional, mostrando-se absolutamente descabida e ilegal a segunda sentença, que julgou procedente a ação monitória, razão pela qual merece a mesma ser rescindida de pleno direito e extirpada do nosso ordenamento jurídico, sob pena de ofensa à *res iudicata*.

Conclusão.

Com esses fundamentos, julgo procedente o pleito rescisório, confirmando a liminar anteriormente deferida, para rescindir a sentença de f. 33/34-TJ, anulando, via de consequência, todos os atos processuais posteriores.

Apoiado no art. 494 do Código de Processo Civil, condeno o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, que fixo em R$ 1.000,00 (mil reais), considerando os parâmetros estabelecidos no art. 20, § 3º, do mesmo diploma legal.

A quantia será corrigida pelos índices divulgados pela Corregedoria deste eg. Tribunal e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, tudo a partir da publicação do acórdão.

É como voto.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - De acordo com o Relator.

DES. ANTÔNIO BISPO - Com o Relator.

DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA - Sr. Presidente, estou de acordo com o Relator. Gostaria, apenas, de acrescentar como fundamento que o pleito de se prosseguir a causa pelo descumprimento do acordo homologado por sentença, fere os arts. 463 e 471 do Código de Processo Civil. Gostaria de lembrar que houve alteração do art. 463 em função do instituto do cumprimento de sentença, que é bastante expressivo: "Ao publicar a sentença de mérito, o Juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-lo etc.". Essa ideia, portanto, é de que nada mais haveria a fazer do ponto de vista de exame de mérito da causa.

Estou de pleno acordo com o eminente Relator.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Peço vista.

DES. BATISTA DE ABREU - Vou aguardar.

DES. OTÁVIO PORTES - Sr. Presidente, gostaria de adiantar meu voto.

Estou acompanhando o Relator.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Vou aguardar.

Súmula - O RELATOR, O REVISOR, OS 1º, 2º E 5º VOGAIS, ESTE EM ADIANTAMENTO DE VOTO, JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIU VISTA O 3º VOGAL, DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE (JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES)- O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 16.07.2009, a pedido do Desembargador 3º Vogal, José Affonso da Costa Côrtes, após o Relator, o Revisor, o 1º, o 2º e o 5º Vogais, este em adiantamento de voto, julgarem procedente a ação rescisória.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Após análise dos autos, também estou acompanhando o voto proferido pelo em. Relator e, em consequência, julgando procedente a ação rescisória.

DES. TIAGO PINTO - Sr. Presidente, estou acompanhando o Relator.

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - De acordo com o Relator, estou julgando procedente o pedido rescisório, porque, com a homologação do acordo, o Juiz esgotou a prestação jurisdicional, art. 269, III, do CPC.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo com o Relator.

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA.

...

Embargos à execução fiscal - Perícia - Quesitos suplementares - Esclarecimento pelo perito - Solicitação impertinente

Ementa: Agravo de instrumento. Execução fiscal. Embargos. Perícia. Quesitos suplementares. Esclarecimento pelo perito. Solicitação impertinente. Recurso a que se nega provimento.

- Não há mais o que esclarecer por meio de quesito suplementar à perícia se por três vezes esclareceu

pacientemente o perito às indagações da parte sobre o laudo.

- Insistindo a parte em razões recursais no pedido de resposta aos mesmos quesitos suplementares, não há como prover o respectivo recurso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.02.628855-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Rodoviário Ramos Ltda. - Agravada: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. BELIZÁRIO DE LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 agosto de 2009. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo da decisão agravada de f. 1.023-TJ, a qual nos autos de embargos à execução fiscal indeferiu os requerimentos de f. 960/971, mantendo o despacho de f. 959, qual seja: que o perito prestou seus esclarecimentos por três vezes e que os esclarecimentos sobre o quesito 07 da embargante já foram prestados; que a solução da questão posta pela embargante importa em solução de mérito, não sendo atribuição do perito judicial indeferir o pedido de esclarecimentos formulados pela embargante às f. 948/954, e que, não havendo outras provas a produzir, declarou encerrada a instrução.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo da decisão agravada de f. 1.023-TJ, visto entender irrelevante seu fundamento jurídico de pedir.

Assim, não há por que reprovar o despacho hostilizado em sede de liminar.

Foi deferido o pedido de f. 40-TJ para que todas as intimações do presente feito sejam publicadas exclusivamente em nome da advogada Raquel Elita Alves Preto por ter amparo legal.

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

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

Requisitadas informações, o Magistrado *a quo* mantém a decisão agravada informando que se trata de recurso interposto contra decisão que indeferiu o pedido de designação de audiência para que o il. perito prestasse esclarecimentos aos quesitos 06 e 07, apresentados pela agravante, bem como a nomeação de novo perito; que os pedidos foram indeferidos por entender que, prestados os esclarecimentos acerca dos mesmos quesitos por três vezes, a matéria já se encontra suficientemente esclarecida; que, ademais, a solução da questão posta pela agravante importa em resolução de mérito, o que não é atribuição do perito judicial.

Intimada para resposta, a agravada às f. 1.124/1.130-TJ apresenta sua contraminuta pugnando para que os pedidos sejam julgados improcedentes e seja mantida a decisão agravada.

Aberta vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta, à f. 1.137-TJ, deixa de opinar, visto entender que nos autos não se faz necessária a intervenção do Ministério Público.

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

Com o presente recurso, objetiva a agravante a reforma da decisão agravada de f. 1.023-TJ, a qual, nos autos de embargos à execução fiscal, indeferiu os requerimentos de f. 960/971, mantendo o despacho de f. 959, qual seja: que o perito prestou seus esclarecimentos por três vezes e que os esclarecimentos sobre o quesito 07 da embargante já foram prestados; que a solução da questão posta pela embargante importa em solução de mérito, não sendo atribuição do perito judicial indeferir o pedido de esclarecimentos formulados pela embargante às f. 948/954, e que, não havendo outras provas a produzir, declarou encerrada a instrução.

Não vejo razão plausível para socorrer a súplica, haja vista que a decisão agravada foi bastante clara, mormente com relação à designação de audiência ou até mesmo à substituição do perito oficial para esclarecimento dos quesitos 06 e 07, e a decisão, ao indeferir os requerimentos de f. 960/971 (f. 1.011/1022-TJ), mantendo o despacho de f. 959 (f. 1.010-TJ), foi em razão de que por três vezes os esclarecimentos foram prestados, bem como porque a questão posta pela embargante importa solução de mérito, não sendo atribuição do perito judicial opinar sobre matéria de direito.

Contudo, é sabido que compete ao magistrado aferir a necessidade ou não da produção de provas.

No presente caso, vê-se que o MM. Juiz *a quo* atendeu à solicitação da agravante em todo seu requerimento, tendo inclusive manifestado ao prestar suas informações que indeferiu o pedido de designação de audiência para que o il. perito prestasse esclarecimentos aos quesitos 06 e 07, bem como a nomeação de novo perito, tendo em vista de que os mesmos quesitos foram prestados por três vezes e que a matéria já se encontra suficientemente esclarecida e que, ademais, a solução da questão posta pela agravante importa em resolução de mérito, o que não é atribuição do perito judicial.

Entende a agravada que o perito é mero auxiliar do Juízo e que a pretensão da agravante é protelar ainda

mais a decisão do julgamento dos embargos à execução fiscal, visto que não demonstrou ser imprescindível, relevante ou mesmo necessária a pretendida reprodução da prova pericial, e que, pelo fato de a perícia lhe ter sido desfavorável, não autoriza, por si só, a repetição da prova já exaustivamente produzida nos autos.

Dessarte, vê-se que realmente não merece ser acolhida a pretensão, uma vez que os esclarecimentos a respeito dos quesitos 06 e 07 já foram por demais suficientemente esclarecidos.

Vejam-se as seguintes ementas de acórdão deste egrégio Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento. Requisitos preenchidos. Conhecimento do recurso. Perícia. Quesitos de esclarecimentos já respondidos pelo *expert*. Impertinência. - Podendo resultar a decisão hostilizada em cerceamento do direito de defesa da parte, encontram-se preenchidos os requisitos legais para interposição do agravo de instrumento. O art. 435 do Código de Processo Civil possibilita a qualquer das partes o pedido de esclarecimentos ao perito oficial, que deve ser feito sob a forma de quesitos. Os esclarecimentos só são admitidos quando visam à elucidação do laudo pericial, de modo que a prova técnica forneça ao magistrado todos os elementos que possam auxiliar na formação de sua convicção. Mostrando-se impertinentes e desnecessários os quesitos de esclarecimentos apresentados, mormente quando estes já foram respondidos pelo *expert*, impõe-se o indeferimento do pedido pelo juiz da causa (Número do processo: 2.0000.00.471322-4/000(1) - Relatora: Des.ª Albergaria Costa - Data do julgamento: 17.11.2004 - Data da publicação: 04.12.2004).

> Agravo de instrumento. Laudo pericial. Art. 435 do CPC. Pedido de esclarecimentos. Impertinentes. Indeferimento.
> - O art. 435 do Código de Processo Civil possibilita a qualquer das partes o pedido de esclarecimentos ao perito oficial, que deve ser feito sob a forma de quesitos.
> - Sendo impertinentes e desnecessários os quesitos de esclarecimentos apresentados, haja vista que não visam à elucidação do laudo pericial, uma vez que já foram anteriormente respondidos pelo *expert*, deve-se indeferir tal pedido (Número do processo: 1.0024.06.056895-3/001(1) - Relator: Des. Irmar Ferreira Campos - Data do julgamento: 24.01.2008 - Data da publicação: 22.02.2008).

Não há mais o que esclarecer por meio de quesito suplementar à perícia se por três vezes esclareceu pacientemente o perito às indagações da parte sobre o laudo.

Insistindo a parte em razões recursais no pedido de resposta aos mesmos quesitos suplementares, não há como prover o respectivo recurso.

Por tais fundamentos é que ao agravo nego provimento.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HELOÍSA COMBAT e ALVIM SOARES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Alimentos - Fixação - Espólio - Obrigação não constituída antes da morte do *de cujus* - Impossibilidade

Ementa: Direito de família. Apelação. Fixação de alimentos. Espólio. Obrigação não constituída antes da morte do *de cujus*. Impossibilidade.

- Se a obrigação alimentar não foi constituída antes da morte do companheiro da apelante, não há falar em fixação de alimentos em face do espólio, uma vez que a correta interpretação do art. 1.700 do CC/02 é no sentido de que se transmite aos herdeiros a dívida constituída antes do falecimento do devedor, sem que isso signifique a transferência da condição de alimentante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.632850-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: P.R.E.P. - Apelado: Espólio de L.P.X.O., representado pelo inventariante A.C.C.O. - Relator: DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Kildare Carvalho, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 4 de fevereiro de 2010. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela apelante, a Dr.ª Ana Paula Alves Cunha.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Ataca a apelante a r. sentença proferida pelo digno Juiz de Direito da 10ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte (anexada à f. 296), que, na ação de alimentos proposta por P.R.E.P. em face do espólio de L.P.X.O., julgou extinto o feito sem resolução do mérito, por entender que o espólio não pode responder pela obrigação alimentar no caso presente, uma vez que o falecimento do companheiro da apelante ocorreu antes que se desse a fixação dos alimentos.

Em suas razões recursais, sustenta a apelante que necessita dos alimentos, salientando que os altos rendimentos auferidos pelo *de cujus* demonstram a possibilidade econômica do apelado. Cita jurisprudência no sentido de que a obrigação alimentar se transmite aos herdeiros independentemente de ter sido constituída previamente ao falecimento do *de cujus*. Assim, requer a

anulação da sentença, com determinação do prosseguimento do feito.

Contrarrazões às f. 326/329.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Extrai-se que foi declarado, por sentença transitada em julgado, que a apelante viveu em união estável com L.P.X.O., de meados de 2000 até o falecimento deste, em 18.5.2005 (f. 17/18-v.).

Nos presentes autos, visa a recorrente à fixação de alimentos a serem arcados pelo espólio de L.P.X.O.

O Julgador de primeiro grau entendeu que, não estando constituída a obrigação alimentícia antes do falecimento do companheiro, o espólio não pode responder pelos alimentos pleiteados na inicial, julgando, de plano, extinto o feito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

Tenho que a pretensão recursal não merece prosperar.

De fato, se a obrigação alimentar não foi constituída antes da morte do companheiro da apelante, não há falar em fixação de alimentos em face do espólio.

O disposto no art. 1.700 do CC/02 não tem o alcance pretendido pela recorrente, visto ser referente a dívida alimentar constituída antes do falecimento do devedor, que se transmite, como qualquer outra, a seus herdeiros, sem que isso signifique a transferência da condição de alimentante.

Nesse sentido:

> Civil. Alimentos. Espólio.
> - A transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos, prevista no art. 23 da Lei nº 6.515, de 1977, é restrita às pensões devidas em razão da separação ou divórcio judicial, cujo direito já estava constituído à data do óbito do alimentante; não autoriza ação nova, em face do espólio, fora desse contexto. (STJ - REsp 232901/RJ - Rel. Min. Ari Pargendler - j. em 7.12.1999.)
> - A condição de alimentante é personalíssima e não se transmite aos herdeiros; todavia, isso não afasta a responsabilidade dos herdeiros pelo pagamento dos débitos alimentares verificados até a data do óbito. (STJ - REsp 64112/SC - Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro - j. em 16.05.2002.)

Não é outro o posicionamento da doutrina:

> O entendimento de que se transmite a própria obrigação alimentar pode levar o intérprete a situações verdadeiramente teratológicas, como adverte Yussef Cahali, recomendando que o texto legal seja interpretado e aplicado com certa racionalidade. [...] Considera o citado civilista que o novel legislador 'teve em vista a transmissão da obrigação de prestar alimentos já estabelecidos, mediante convenção ou decisão judicial, reconhecidos como de efetiva obrigação do devedor quando verificado o seu falecimento; quando muito, poderia estar compreendida nessa obrigação se, ao falecer o devedor, já existisse demanda contra o mesmo visando ao pagamento da pensão'. Assim, conclui, 'parece-nos inadmissível a ampliação do art. 1.700 no elastério do art. 1.696, para entender-se como transmitido o 'dever legal' de alimentos, na sua potencialidade (e não na sua atualidade), para abrir ensanchas à pretensão alimentar deduzida posteriormente contra os herdeiros do falecido, parente ou cônjuge'. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. Ed. Saraiva, vol. VI, p. 450.)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, na forma da lei.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Conheço do recurso de apelação, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Revistos os autos do processo, acompanho o voto do eminente Relator para negar provimento ao recurso de apelação e coadunar-me com o entendimento por ele manifestado.

É como voto.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos - Lei Municipal de Belo Horizonte nº 8.147, de 2000 - Constitucionalidade - Art. 145, II e § 2º, da Constituição Federal - Arts. 77 e 79 do Código Tributário Nacional - Especificidade - Divisibilidade - Base de cálculo - Requisitos presentes

Ementa: Tributário. Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos. Lei Municipal de Belo Horizonte nº 8.147, de 2000. Constitucionalidade. Art. 145, II e § 2º, da Constituição Federal. Arts. 77 e 79 do Código Tributário Nacional. Especificidade. Divisibilidade. Base de cálculo. Requisitos presentes.

- É constitucional a Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos instituída pela Lei nº 8.147, de 2000, do Município de Belo Horizonte, presentes os requisitos de especificidade e divisibilidade, não havendo ofensa ao § 2º do art. 145 da CR/88.

Embargos acolhidos.

EMBARGOS INFRINGENTES CÍVEL Nº 1.0024.07.760174-8/002 na APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.760174-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Embargante: Fazenda Pública do Município

de Belo Horizonte - Embargado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O 3º VOGAL.

Belo Horizonte, 6 de agosto de 2009. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Município de Belo Horizonte em face do acórdão de f. 94/122 que rejeitou as preliminares, por unanimidade, e deu provimento parcial ao recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais, vencida em parte a Relatora, a eminente Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, que entendeu pela legalidade da cobrança da Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos.

Os eminentes Des. Fernando Botelho e Fernando Bráulio, nos votos vencedores, entenderam pela inconstitucionalidade da Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos, por ser inespecífica e indivisível.

O Município de Belo Horizonte opõe embargos infringentes às f. 127/132, procurando resgatar o voto minoritário da lavra da eminente Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Alega, em apertada síntese, que a Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos, na linha de diversos precedentes deste eg. Tribunal, é específica e divisível; a hipótese de incidência não é igual à da Taxa de Limpeza Pública, reiteradamente declarada inconstitucional, pois aquela incide estritamente sobre a coleta de resíduos sólidos, sendo o transporte e tratamento atividades inerentes à coleta; a especificidade da taxa se afere pela existência da coleta de lixo domiciliar posto à disposição do contribuinte, sendo divisível pois, pode ser dividido em unidades de uso e consumo e prestado a pessoa identificável no universo dos administrados. Pede sejam os embargos acolhidos, resgatando o voto vencido.

Contrarrazões apresentadas pelo Estado de Minas Gerais às f. 135/139, rechaçando as alegações do embargante.

Os embargos foram admitidos (f. 141), vindo-me os autos conclusos após distribuição.

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

A divergência travada entre os votos majoritários e aquele proferido pela eminente Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto diz respeito à legalidade e constitucionalidade da Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos instituída pelo Município de Belo Horizonte por meio da Lei nº 8.147/2000.

Na matéria, tenho posição firmada e entendo que o voto minoritário deve prevalecer, pelas razões que passo a expor.

Inicialmente, não há confundir a Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos - TCR -, instituída pela Lei nº 8.147/00 do Município de Belo Horizonte, com a Taxa de Limpeza Pública prevista na Lei nº 5.641/89, à qual faltavam os requisitos da especificidade, divisibilidade, além de apresentar base de cálculo própria de imposto, pelo que foi reiteradamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 188.391/SP - Min. Ilmar Galvão - Tribunal Pleno; RE 206.777/SP - Min. Ilmar Galvão - Tribunal Pleno; RE 337.349/MG - Min. Carlos Velloso - 2ª Turma).

A Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos, por sua vez, configura-se como taxa de serviços, estando submetida ao regime jurídico-tributário que lhe é próprio, previsto no art. 145, inc. II, da CR/88, c/c o art. 77 do CTN. Nesse sentido, impõe-se seja específica - destacada em unidades autônomas de intervenção, utilidade ou de necessidade pública - e divisível, é dizer, atribuível a determinado sujeito passivo.

Sobre a distinção entre serviços gerais e específicos, a fim de determinar em qual dos parâmetros se enquadra a Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos, vale conferir as lições de Roque Antônio Carrazza, que tão bem esclarece a questão:

> [...] os serviços públicos dividem-se em gerais e específicos. Os serviços públicos gerais, ditos também universais, são os prestados *uti universi*, isto é, indistintamente a todos os cidadãos. Eles alcançam a comunidade, como um todo considerada, beneficiando número indeterminado (ou pelo menos, indeterminável) de pessoas. É o caso dos serviços de iluminação pública, de segurança pública, de diplomacia, de defesa externa do País etc. Todos eles não podem ser custeados, no Brasil, por meio de taxas, mas, sim, das receitas gerais do Estado, representadas basicamente, pelos impostos, conforme vimos no tópico anterior.
>
> Já os serviços públicos específicos, também chamados singulares, são os prestados *uti singuli*. Referem-se a uma pessoa ou a um número determinado (ou, pelo menos, determinável) de pessoas. São de utilização individual e mensurável. Gozam, portanto, de divisibilidade, é dizer, da possibilidade de avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada. É o caso dos serviços de telefone, de transporte coletivo, de fornecimento domiciliar de água potável, de gás, de energia elétrica etc. Estes, sim, podem ser custeados por meio de taxas de serviço [...] (*Curso de direito constitucional tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, p. 465-466).

Nessa esteira, vejam-se as normas instituidoras da taxa em comento:

> Art. 18. Fica instituída a Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos - TCR -, que passa a integrar o sistema tributário municipal.

> Art. 19. A TCR tem como fato gerador a utilização efetiva ou potencial do serviço público de coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição diretamente pelo Município ou mediante concessão.
> Parágrafo único. No que se refere a resíduos sólidos e respectivo serviço de coleta, transporte, tratamento e disposição final, aplicam-se as disposições, definições e conceitos constantes da legislação municipal específica.
> Art. 20. A TCR incidirá sobre os imóveis edificados localizados em logradouros alcançados pelo serviço descrito no art. 19.
> Art. 21. O contribuinte da TCR é o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor de imóvel urbano edificado, localizado em logradouro alcançado pelo serviço a que se refere o art. 19.
> Parágrafo único. A TCR não incide sobre as vagas de garagem constituídas em imóveis autônomos e sobre os imóveis constituídos unicamente por barracão, assim classificado no Cadastro Imobiliário.

Tem-se, portanto, que o fato gerador da TCR, definido no art. 19 da Lei Municipal nº 8.147/00, é a "utilização efetiva ou potencial do serviço público de coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição diretamente pelo Município ou mediante concessão", incidente somente sobre os imóveis edificados localizados em logradouros alcançados pelo serviço.

Assim, esses serviços prestados pelo Município não são desfrutados genericamente e indistintamente pelos contribuintes, em caráter *uti universi*, havendo como destacá-los em unidades autônomas ou mensurar o proveito individual de cada contribuinte em relação a estes. O serviço, portanto, revela-se específico, visto que se refere a um número determinado ou determinável de pessoas que se beneficiam do serviço, a saber: "o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor de imóvel urbano edificado" (art. 21 da Lei nº 8.147/00), sendo possível apontar individualmente os contribuintes; e é divisível, visto que possibilita a avaliação da utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada, sendo susceptível de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários (art. 79, III, do CTN).

Vale frisar que a Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos diferencia-se, nesse aspecto, da Taxa de Limpeza Pública, anteriormente mencionada, que abrangia em seu fato gerador a prestação de serviços de coleta e remoção de lixo doméstico, varrição de vias públicas, limpeza de bueiros, de bocas de lobo e de galerias de águas pluviais, capina periódica, manual, mecânica ou química e a desinfecção de vias e logradouros públicos, desfrutados genericamente pela coletividade.

A referida taxa preenche, portanto, os requisitos da especificidade e da divisibilidade que, como demonstrado, são essenciais para ensejar a sua cobrança.

Além do preenchimento desses requisitos, toda taxa, como espécie tributária cujo fato gerador é vinculado a uma atuação estatal, há de ter base de cálculo que mensure o valor-custo dessa atuação, mas nunca a capacidade contributiva do sujeito passivo. Daí a vedação constitucional a que as taxas tenham base de cálculo própria de impostos (art. 145, § 2º, da CR/88).

Vale frisar que a vedação contida no mencionado dispositivo não se limita a proibir o *bis in idem* entre taxas e impostos da Constituição, mas está justamente a zelar pela distinção ontológica rígida entre as taxas - tributos vinculados a uma atuação estatal, - e os impostos - tributos não-vinculados a qualquer atuação estatal - para usar as expressões do inolvidável Geraldo Ataliba.

Oportuna, mais uma vez, a lição de Misabel Derzi, a demonstrar a melhor exegese do dispositivo, com base na evolução da matéria nas recentes Cartas Constitucionais brasileiras:

> Para assegurar a transparência do sistema tributário e a rígida delimitação de competência imposta a Estados e Municípios, desde a Emenda Constitucional nº 18/65 se vedou que taxas tivessem a mesma base de cálculo de impostos. A Constituição de 1967, na redação da EC nº 01/69, também proibiu, no art. 18, § 2º, que o legislador adotasse em uma taxa a mesma base de cálculo eleita para a incidência dos impostos. A Constituição de 1988 aperfeiçoou a redação (conforme art. 145, § 2º), estendendo a proibição à instituição de taxa com base de cálculo própria de imposto. Portanto, a vedação atual, constante da Carta em vigor, é mais ampla, pois veda que o legislador escolha base de cálculo inadequada, estranha à natureza própria das taxas, ainda que ela não tenha servido antes à incidência de determinado imposto. O artifício sempre foi muito utilizado pelo legislador ordinário, para instituir criptoimpostos de alheia competência. Essa vedação, que já se encontrava no próprio Código Tributário Nacional, art. 77, parágrafo único, foi incorporada à Constituição de 1988.
> Nesse ponto, no que tange à distinção entre impostos e taxas, ainda encontra aplicação o art. 4º do Código Tributário Nacional. Na prática, o ente estatal, se não fosse a vedação, poderia pretender aumentar a arrecadação, criando novo imposto - muitas vezes invadindo campo de competência alheia - nomeando-o de taxa, mas escondendo sob fato gerador de imposto em afronta direta. Em disfarce mais sofisticado, o legislador da falsa taxa pode escolher fato gerador aparente de tributo vinculado e afetar-lhe o produto arrecadado ao custeio de serviço público. A natureza real de imposto apenas se identificaria, nesse artifício legal, por meio da base de cálculo. Esses criptoimpostos já foram repelidos em diversas ocasiões pela jurisprudência. [...] (BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 547).

No mesmo sentido, as percucientes palavras de Leandro Paulsen:

> Base de Cálculo própria de impostos. A vedação diz respeito à natureza da base de cálculo. Assim, 'base de cálculo própria de impostos' é a que se refere a uma grandeza relacionada ao contribuinte, e não à atividade estatal que fundamenta a cobrança da taxa. Não se restringe, a vedação em questão, a proibir a utilização de base de cálculo idêntica a impostos já instituídos. Realmente, não se trata de sim-

> ples vedação do *bis in idem*, como ocorre no art. 154, II, ou mesmo no art. 195, § 4º, da CF, mas de limitação imposta pela própria essência das taxas. Este esclarecimento é importante porque vários precedentes passam a idéia de que basta descaracterizar a existência de base de cálculo idêntica ao do IPTU ou à do II para que se tenha por preservado o comando do art. 145, § 2º, da CF (*Direito tributário; Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 83).

É de se concluir, portanto, que uma análise acurada da base de cálculo da taxa em exame há de tomar o preceito constitucional contido no § 2º do art. 145 da CR/88, para verificar não só a eventual identidade entre base de cálculo da mencionada taxa com aquela de outros impostos previstos na Constituição (como o IPTU), mas também se a própria base de cálculo da Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos mensura efetivamente o aspecto material de sua hipótese de incidência, que deve ser vinculada a uma atuação estatal, qual seja: a prestação do serviço público de coleta de resíduos sólidos.

Assim, é conferir os dispositivos da lei municipal pertinentes, os quais dispõem sobre sua base de cálculo:

> Art. 22. A TCR tem como base de cálculo o custo previsto do serviço, rateado entre os contribuintes, conforme a freqüência da coleta e o número de economias existentes no imóvel.
> Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se economia a unidade de núcleo familiar, atividade econômica ou institucional, distinta em um mesmo imóvel.
> Art. 23. O valor da TCR será obtido de conformidade com a seguinte fórmula:
> TCR = UCR x FFC x ECO, onde:
> I - UCR é a Unidade de Coleta de Resíduos obtida na forma do parágrafo único deste artigo;
> II - FFC é o Fator de Freqüência de Coleta equivalente a:
> a) 1 (um inteiro) para coleta alternada, e
> b) 2 (dois inteiros) para coleta diária.
> III - ECO é o número de economias existentes no imóvel.
> Parágrafo único. A UCR será obtida pela fórmula:
> UCR = CT, onde:
> 2TED + TEA
> I - CT é o custo total a que se refere o art. 22 desta Lei.
> II - TED é o total de economias servidas por coleta diária;
> III - TEA é o total de economias servidas por coleta alternada.

Segundo os dispositivos supratranscritos, tem-se que a base de cálculo da TCR é o custo do serviço, rateado entre os contribuintes, conforme a frequência da coleta e o número de economias existentes no imóvel.

Não há, portanto, ofensa ao § 2º do art. 145 da CR/88, porquanto a base de cálculo eleita para a TCR não dimensiona a capacidade econômica do contribuinte, não incide no vedado *bis in idem* com outros impostos já instituídos, além de utilizar critérios que podem aferir a intensidade e a extensão do serviço prestado, plausíveis, portanto, para mensurar o custo da prestação do serviço de coleta de resíduos sólidos.

Vale frisar, por fim, que órgãos fracionários deste eg. Tribunal de Justiça têm decidido nesse sentido. É ver alguns exemplos de julgados:

> Mandado de segurança. Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos. Especificidade e divisibilidade. Constitucionalidade. - A Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos, instituída pelo Município de Belo Horizonte através da Lei nº 8.147/2000, tem o caráter da especificidade e divisibilidade necessários à configuração da taxa, não infringindo os arts. 77 e 79 do CTN e 145, II, da Constituição da República (TJMG, Apelação Cível nº 324.646-9, Relator Des. Carreira Machado, *DJ* de 03.02.2004).

> Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos (TCR). Constitucionalidade. - Não afronta o art. 145, II, da Constituição Federal e o art. 77 do Código Tributário Nacional, visto que trata de tributo de caráter específico e divisível. Ordem denegada (TJMG, Apelação Cível nº 241.387-0, Rel. Des. Brandão Teixeira, *DJ* de 27.09.2002).

> Mandado de segurança. Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos (TCR). Município de Belo Horizonte. Violação a dispositivos constitucionais e ao CTN. Inocorrência. Ordem que se denega. Sentença confirmada (TJMG, Apelação Cível nº 272.565-3, Rel. Des. Hugo Bengtsson, *DJ* de 18.10.2002).

Na mesma linha, entendeu o Excelso Supremo Tribunal Federal em relação à Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo, instituída pela Lei nº 2.687/98 do Município do Rio de Janeiro, cujo fato gerador é análogo ao da Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos instituída pelo Município de Belo Horizonte por meio da Lei nº 8.147/2000:

> Constitucional. Tributário. Taxa de Coleta de Lixo. CF, art. 145, II.
> I. Taxa de Coleta de Lixo: especificidade e divisibilidade do serviço. CF, art. 145, II: inocorrência de ofensa.
> II. Embargos de declaração acolhidos para o fim de suprir omissão, mantido o acórdão embargado (STF, RE nº 256.588 ED/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 09.11.2001).

Em face do exposto, *data venia* dos eminentes Des. Silas Vieira e Fernando Bráulio, acolho os embargos infringentes, para negar provimento ao recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais, nos termos do voto minoritário da lavra da eminente Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto.

Custas recursais, *ex lege*.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Sr. Presidente.

Confortada com o posicionamento do eminente Relator que resgata o voto que proferi por ocasião do julgamento da apelação e pedindo vênia àqueles que entendem em contrário, acompanho S. Ex.ª, para também acolher os embargos infringentes.

DES. VIEIRA DE BRITO - De acordo com o Relator.

DES. BITENCOURT MARCONDES - De acordo com o Relator.

DES. FERNANDO BOTELHO - Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos.

Considerando entendimento a que me filio e já externado em julgamentos anteriores (Apelações Cíveis nºs 1.0024.07.569850-6/001 e 1.0024.07.585672-4/001), considero *uti universi*, portanto indivisível, o serviço público de coleta de resíduos sólidos, o que veda sua remuneração por taxa, próprio que se faz para custeio pela via de impostos.

Diz a inicial que a "Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos" (instituída pela Lei nº 8.147/2000) padece de ausência de especificidade e divisibilidade dos serviços que visa remunerar, sendo, pois, inconstitucional.

Não há dúvida, realmente, de que, a exemplo da antiga Taxa de Limpeza Pública, a qual arrostou julgamentos e derrotas seguidas nos pretórios, inclusive no eg. STF, onde reconhecida, com uniformidade, como conspurcatória da competência impositiva de impostos, em razão da inespeceficidade e indivisibilidade dos serviços públicos de "limpeza urbana e de vias públicas".

A isso, no entanto, o embargante, em suas razões, opõe o argumento, quanto à nova taxa, de que independentemente das modificações introduzidas na Lei nº 5.641/89, pela Lei nº 8.147, de 30.12.2000, que, extinguindo a Taxa de Limpeza Pública, instituiu a de Coleta de Resíduos Sólidos, ora em discussão, os pressupostos, tanto da que foi extinta, quanto da instituída, continuam os mesmos, e dessa forma, conforme reconheceu a Egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 171.153.0.00, os requisitos da divisibilidade e especificidade estão delineados na lei.

Há, então, reconhecimento antecipado, da própria Administração municipal-apelante, de existência de alguma similitude - de "mesmos pressupostos" - entre uma exação (tida, pelos tribunais, como inconstitucional por falta de especificidade e divisibilidade e, assim, revogada pela Municipalidade através de lei nova) e outra (a nova, ora sob debate).

Há também, no mesmo reconhecimento textual, informação, preciosa, de que, entre uma e outra hipótese de incidência, foi suprimida a prática e a correspondente remuneração (vale dizer, serviços remuneráveis pela taxa) de "limpeza de bueiros e varrição das vias públicas".

Deduz-se desta afirmação recursal que, entre uma e outra exação (a antiga, revogada, e a nova, vigorante), suprimiu (a lei nova) certa fatia prestacional, mantendo outra.

Tirou a "limpeza de bueiros e varrição das vias públicas" e convolou o serviço - supostamente específico e divisível (de recolhimento de lixo) - em "Coleta, Transporte, Tratamento e Disposição Final de Resíduos Sólidos"!

Essa, a alteração.

Conferi, com atenção, a disposição vigorante, substitutiva da anterior - a Lei Municipal nº 8.147/00, que assim estabelece:

> Art. 18. Fica instituída a Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos - TCR-, que passa a integrar o sistema tributário municipal.
> Art. 19. A TCR tem como fato gerador a utilização efetiva ou potencial do serviço público de coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição diretamente pelo Município ou mediante concessão.
> Parágrafo único. No que se refere a resíduos sólidos e respectivo serviço de coleta, transporte, tratamento e disposição final, aplicam-se as disposições, definições e conceitos constantes da legislação municipal específica.

Como se vê desse seu destacado parágrafo único, a norma tributária municipal, na instituição formal da nova taxa, em franca opção por adoção de modalidade normativa-híbrida, se faz remissiva - norma "em branco" - de "legislação municipal específica", quanto à definição dos "resíduos sólidos e respectivo serviço de coleta, transporte, tratamento e disposição final".

Vale dizer: a norma (tributária) que institui o novo tributo, não essencializa, ela, o serviço público tributável ou a hipótese plena definidora da *obligatio*. Remete a "legislação municipal específica" o encargo de fazê-lo.

Trata-se, então, de norma meramente instituidora - formal-nominal - do (novo) tributo: a Taxa de Serviços de Coleta de Resíduos. Nela não se acham os elementos da tributação (a definição-especificação do serviço tributável e a de resíduos sólidos).

Tendo em vista que a norma (complementar-tributária) de princípios não permite emprego de analogia para integração de lei instituidora de tributo cujos elementos não tenham sido nela própria definidos (art. 108, § 1º, do CTN), levando, ainda, em conta que o princípio (especial) da legalidade (estrita) em matéria tributária não contempla imprecisões semânticas ou cognitivas acerca da hipótese (art. 150, I, da CF) tributável, e que as taxas de serviços requerem e não dispensam definição, *in concreto,* e não *in abstrato*, dos serviços públicos (divisíveis e específicos) que se farão por ela remunerar, devendo, ainda, terem base de cálculo estremada da dos impostos (art. 145, II, e § 2º, da CF), impõe-se localizar, com exatidão, a "legislação municipal específica" que essencialize a exação anunciada no parágrafo único do art. 19 da Lei Municipal (de BH) nº 8.147/00.

Nos termos do art. 52, I, do Decreto Municipal nº 5.893/88 (com redação do art. 6º do Decreto Municipal

nº 9.859/99), serão as seguintes as definições (remissivas) da Lei nº 8.147/00:

> Art. 52. Para fins deste Regulamento, aplicam-se as definições que se seguem:
> I - resíduos sólidos: resíduos em qualquer estado da matéria, independentemente de sua destinação ou utilização, resultantes de atividades de origem industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição, ficando incluídos os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, os resíduos provenientes de equipamentos e instalações de controle de poluição, bem como aqueles determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpo d'água;
> II - entulhos: resíduos sólidos inertes, não suscetíveis de decomposição biológica, provenientes de construções ou demolições, que possam ser dispostos de forma segura e estável em aterro controlado, sem oferecer risco efetivo ou potencial à saúde humana ou aos recursos ambientais;
> III - aterro sanitário: processo de disposição de resíduos sólidos no solo, mediante projeto específico elaborado com a observância de critérios técnicos e da legislação pertinente;

Depreende-se disso que:

a) resíduos sólidos são, segundo a "legislação municipal específica" de Belo Horizonte, todos - rigorosamente - os componentes físicos do lixo urbano, até aqueles produzidos por varrição, sendo que por "lixo" se considera, conceitualmente, os "resíduos que resultam de atividades domésticas, industriais, comerciais etc." (Aurélio - dicionário) (inciso I do art. 52 citado);

b) a disposição de resíduos (do lixo) no solo será implementada em aterro sanitário (inciso II do art. 52).

Logo, o serviço público proposto como base da (nova) exação pela Lei nº 8.147/00 outro não será, no aspecto estritamente legal e semântico-ontológico, que o de limpeza - como tal considerada a atividade público-material, de limpamento físico, por coleta, recolhimento, de resíduos essencializadores do lixo, o seu transporte e, finalmente, seu depósito "no solo, mediante projeto específico elaborado com a observância de critérios técnicos e da legislação pertinente" (inciso III do art. 52 do Dec. 5.893/88).

Ora, limpeza urbana - expressão que só se essencializa através de leitura atenta de atividades materiais que recolham sólidos, resíduos, dispensados ou produzidos pelos usuários da comuna - não pode ser materializada sem o emprego de "coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos".

Dito de outro modo, toda e qualquer atividade (pública ou privada) de "coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos" tipifica a de "limpeza"; uma essencializa a outra.

Fora um terrível e pouco louvável "jogo de palavras", que não se coaduna com a atividade legiferante da Administração Pública, e fora uma precária tentativa de indução de silogismos cognitivos absolutamente inaceitáveis, porque ilógicos frente à factibilidade das atividades humanas organizadas, limpeza será sempre igual a "coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos" e estas atividades sintetizarão sempre aquela.

O contrário significará, *permissa venia*, o mais perverso jogo vocabular, que, completamente fora da realidade "da vida", vá se utilizar de mero desvio de vocábulo no universo das palavras para construir encargo fiscal novo com "roupa [visivelmente] velha".

Desculpo-me pelo rigor da objetividade, mas, para mim, a Lei nº 8.147/00 nada fez além de reviver serviço de "limpeza urbana" com uso de novas palavras.

Nada mudou. "Tudo como antes no quartel de Abrantes"!

Afinal, seria impensável que o lixo urbano - os resíduos individualmente produzidos - pudesse ser "coletado", sem o lógico, obrigatório, seguido transporte até o aterro sanitário, onde, com emprego de técnica e em respeito à legislação ambiental, pudesse ser, finalmente, disposto.

Não há novidade nisso. Não há inovação de quaisquer serviços nesta "modalidade" de coleta-transporte-tratamento-disposição!

Das mais significativas necessidades coletivas, a limpeza urbana, através do recolhimento e disposição de resíduos, está hodiernamente integrada à missão precípua da Municipalidade e não constitui inovação delimitá-la, como serviço, para remunerá-la por taxa.

Não importa que os resíduos - o lixo, prefiro chamá-lo com mais autenticidade! - sejam individualmente produzidos e depositados na via urbana, para coleta pública.

Não é a produção individual do lixo que torna individualizável o serviço.

É, aliás, o contrário: a coletividade da limpeza, do interesse (público-coletivo, indivisível) em que ela deverá se realizar, é o escopo; e que por seu intermédio as vias urbanas não padeçam de acúmulo de resíduos, com grave comprometimento (coletivo) infraestrutural e ambiental, que torna francamente universal, *uti universi*, o serviço (mesmo que individualizável o resíduo).

A universalidade do serviço é determinada pela homogeneidade do interesse (público-coletivo) em sua prestação e não pela formação, individual, do componente físico que o motiva.

O contrário equivale violar a própria natureza do bem jurídico guardado pela instituição do serviço e seu valor ínsito.

O lixo urbano - sua coleta, transporte, tratamento e disposição - requer solução público-administrativa municipal e universal.

Todos o desejamos e todos o fazemos com depósito de coletiva expectativa de que os atos materiais de seu recolhimento sejam postos, indistintamente, em prática.

Não é possível individualizar e especificar tamanho interesse homogêneo, para submetê-lo a custeio individual e específico.

Equivaleria a supor que, pela própria natureza da taxa de serviços - tributo finalístico que é (submetido, como se encontra, ao cumprimento do princípio da destinação, o que faz com que o seu produto tenha de ser empregado, com exclusividade, na remuneração do serviço público específico) - o contribuinte possa, até, delimitar individualmente a sua prestação, ou, absurdamente, realizar a limpeza (a coleta do lixo) em caráter mesmo privado, com dispensa do pagamento fiscal e segundo critérios próprios, ou, ainda, que, tornando-se inadimplente do tributo, a ele não seja devida, pela Municipalidade, qualquer limpeza.

Esta última hipótese então - que decorrerá também da premissa (da individualização do serviço de coleta de lixo) - será, seguramente, um dos mais eficazes anúncios de rápida via de caos coletivo.

Rejeito, por isso, o tratamento de serviço público de recolhimento, transporte, tratamento e disposição de resíduos (lixo) como serviço público individualizável, *uti singuli*.

Trata-se, para nós, de serviço público universal, inindividualizável, em face da flagrante homogeneidade do interesse coletivo nele envolvido.

Repetimos aqui antiga visão - por nós revelada ainda quando na titularidade da 4ª. Vara de Feitos Tributários Estaduais de Belo Horizonte, na ocasião da apreciação da "taxa [estadual] de incêndio": o Poder Judiciário recebe, como missão, refrear a mais infeliz tendência da moderna inclinação tributante brasileira, que é a de segregar e selecionar, de atividades públicas que essencializam e justificam a concepção e Estado, fatos coletivos para torná-los remuneráveis como se serviços individuais fossem.

Apagar incêndios tornou-se, ali, na época, serviço individualizável; agora, colher o lixo dos munícipes também.

E, assim, prossegue o ímpeto tributante nacional, que, elevando a carga tributária final a quarenta por cento de todo o produto interno bruto brasileiro, reserva, para o "desprestígio histórico" dos impostos, apenas um *minus*, um acervo mínimo de atividades, quase-insensíveis para a população, à qual se vai impondo, paradoxalmente, um dos mais crescentes arsenais de taxas, contribuições e tributos novos-finalísticos, rotulados, nominalmente, de instrumentos de custeio de serviços *uti singuli*.

Será difícil responder ao munícipe, de ora em diante, que o "caminhão de lixo" - aquele mesmo de antes! - passa a lhes prestar serviço público individual e específico, embora sob mesmíssima rotina material de antes.

Talvez seja difícil explicar até aos honrados servidores que se incumbem daquela imprescindível tarefa que também eles devem, a cada munícipe, as graças da quitação, "em dia", do serviço individualizável e que, por lógica (perversa, da individualização), não devem, em serviços desta *specie*, nada aos inadimplentes da "taxa"; estes deverão se incumbir dos próprios resíduos (!).

Afinal, se é para individualizar (o não individualizável) que se faça na amplidão que o exige o interesse público: sem hipocrisia, individualizando-se tudo, desde a noção do tomador-contribuinte à do próprio prestador-servidor ou delegatário.

Por irrazoável frente à mais franca natureza intrínseca do serviço, recusamos toda essa possibilidade.

Para nós, o serviço de coleta de lixo continua, mesmo em sua feição nominal-nova (da Lei nº 8.147/00, de BH), com idêntica natureza de antes: universal-indivisível e inespecífico.

Daí a certeza de que somente se remunerará por impostos; nunca por taxa de serviços.

É a Constituição que - ao dotar o Município de competência tributária para instituição de taxas - o restringe!

A CF, art. 145:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
> I - impostos;
> II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;
> III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.
> § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.
> § 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

Lição antiga, que não custa repetir: a instituição válida-legal de taxas sobre serviços públicos requer a especificidade desses, que deve restar destacada em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas; e a divisibilidade deve ser resolvida frente a itens francos e palpáveis de utilização em separado pelo contribuinte, nos termos do art. 79 do CTN, *in verbis*:

> Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:
> I - utilizados pelo contribuinte:
> a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
> b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;
> II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;
> III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Sobre a diferenciação, a não menos consagrada lição de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 299).

> Serviços *uti universi* ou gerais: são aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender a coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. Esses serviços satisfazem indiscriminadamente a população sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administração à sua obtenção para o seu domicílio, para a sua rua ou para o bairro. Estes serviços são indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. Daí por que, normalmente, os serviços *uti universi* devem ser mantidos por imposto (tributo geral), e não por taxa ou tarifa que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço.

Por tudo, como a TCRSU - Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos prescreve idêntica hipótese (material) de incidência de sua antecessora - a Taxa de Limpeza Pública instituída pelo (revogado) art. 30 da Lei nº 5.641/89 - e como os serviços públicos municipais que serão por ela remunerados continuam, também como antes, sob caráter *uti universi*, descaracterizando-se, em face da uniformidade e generalidade com que imprescindivelmente prestáveis, como serviços específicos e individualizáveis, tenho-a por inconstitucional.

Por isso, torna-se ela inexigível ao embargante-apelante, que não pode ver-se tributado, nominalmente, por taxa remuneratória de serviço público indivisível, custeável, exclusivamente, por impostos.

Abstenho-me de transcrever inúmeros julgados, tanto deste Tribunal quanto de Tribunais Superiores, na recusa da tributabilidade, por taxa, do serviço de limpeza urbana; apenas acentuo que, por ter sido levada a questão, em sua feição anterior, ao exame do próprio eg. STF, em controle difuso de constitucionalidade de leis municipais instituidoras daquela *specie* tributária, considero dispensada, também na espécie, invocação da reserva de plenário, para (idêntico) debate de constitucionalidade da taxa nominal - "nova".

Conclusão.

Com tais fundamentos, peço vênia para divergir do eminente Relator e rejeitar os embargos infringentes, mantendo o posicionamento esposado nos doutos votos vencedores do acórdão embargado.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O 3º VOGAL.

Acórdão embargado

Ementa: Execução fiscal. Embargos à execução fiscal. Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos. Indivisibilidade e inespecificidade do serviço. Inexigibilidade (Relator do Acórdão: Des. Fernando Botelho).

- A Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos, instituída pela Lei nº 8.147/00 do Município de Belo Horizonte, desatende aos requisitos de especificidade e divisibilidade, exigidos pela Constituição da República e pelo art. 79 do CTN, o que a torna inexigível, a exemplo da inexigibilidade reconhecida, pela jurisprudência, da antiga Taxa de Limpeza Urbana do Município.

Voto vencido parcialmente.

Ementa: Embargos à execução fiscal. Processo administrativo tributário. Notificação. CDA. Nulidade afastada. Taxa de Coleta de Resíduos. Lei Municipal nº 8.147/2000. Divisibilidade e especificidade. Caracterização.

- É apta a amparar o processo executivo a CDA que se encontra revestida dos requisitos esculpidos pelo art. 202 do CTN, ao que se acresce que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento de ofício, possível a notificação por edital, com a remessa das guias de recolhimento para o endereço do contribuinte.

- Afigura-se legal e constitucional a cobrança da Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos, instituída e disciplinada pela Lei Municipal nº 8.147/00, em razão da presença dos requisitos de especificidade e divisibilidade dos serviços.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.760174-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - 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, EM REJEITAR PRELIMINARES POR UNANIMIDADE E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, VENCIDA A RELATORA EM PARTE.

Belo Horizonte, 2 de outubro de 2008. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora vencida parcialmente.

Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do recurso, uma vez que preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de "embargos à execução fiscal" opostos pelo Estado de Minas Gerais em face da demanda executiva que lhe move a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte (f. 2/13), alegando, em síntese, que "não

teve o ora embargante ciência de qualquer ato da autoridade municipal competente para o lançamento do crédito tributário exequendo" (f. 02) e que "a intimação do lançamento não se faz pelo envio de guia ou boleto de pagamento" (f. 03).

Em sede meritória, afiança que a cobrança da taxa relacionada na CDA "se mostra arbitrária, ilegal e, antes de tudo inconstitucional" (f. 07), uma vez que "carece dos requisitos constitucionais da divisibilidade e especificidade, essenciais à sua configuração" (f. 08), entendendo ser nula a certidão da dívida ativa, requerendo, por fim, a procedência dos embargos.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou improcedentes os embargos, ao entendimento de que "os tributos em cobrança integram as chamadas 'taxas imobiliárias', por se vincular a determinado imóvel. Como tais, são lançados de ofício, independentemente de processo administrativo, e notificado o contribuinte por edital e pela remessa da guia de recolhimento para o endereço do imóvel, na forma prevista pelo Código Tributário do Município de Belo Horizonte (Lei nº 1.310/66, art. 21), não configurando esse procedimento cerceamento de defesa" (f. 51), e que a Lei Municipal nº 8.147, de 29.12.2000, instituiu a cobrança da Taxa de Coleta de Resíduos, sendo que "referido tributo caracteriza-se como específico e divisível, nos termos do art. 145, II, da Constituição Federal" (f. 52), entendendo por fim estarem prescritas as Taxas de Limpeza Pública e Iluminação do exercício de 1992, condenando o embargante ao pagamento "das despesas do processo (exceto custas) e honorários de advogado, que arbitro em 10% sobre o valor do débito, compreendendo a execução e os embargos" (f. 52).

Inconformado, apelou o Estado de Minas Gerais, (f. 56/65), sustentando, preliminarmente, que deve ser reconhecido o cerceamento do direito de defesa por ausência do processo tributário administrativo, por não ter havido o lançamento tributário e a notificação pessoal na esfera administrativa, entendendo que deve ser decretada a nulidade da execução fiscal, e, no mérito, que o serviço de coleta de resíduos sólidos não é divisível e específico, não estando "presentes os pressupostos fáticos para ensejar a instituição da taxa de que trata o art. 145, II, da Constituição Federal (f. 65), pugnando, ao final, pelo provimento do recurso.

Contrarrazões apresentadas às f. 67/86.

Revelam os autos que a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte propôs execução fiscal em face do Estado de Minas Gerais, objetivando o recebimento da quantia de R$ 664,74 (seiscentos e sessenta e quatro reais e setenta e quatro centavos), relativa a débito de TCR (Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos), dos anos de 2004, 2005 e 2006, e a débito de Taxa de Iluminação Pública, do ano de 1992 (f. 03/04), tendo sido opostos embargos à execução, que foram julgados improcedentes pelo MM. Juiz *a quo*, motivando a presente irresignação.

Primeiramente, cumpre examinar a alegação do apelante que "a petição inicial não diz que tributos está a cobrar o Estado de Minas Gerais" (f. 57), tendo afirmado que não ficou comprovado o "custo do serviço público específico e divisível", efetivamente cobrado para que se faça o rateio entre os contribuintes, e que inafastável para a validade do pleito executório a comprovação pela Fazenda Pública de ter sido o executado regularmente notificado do débito, a fim de que reste demonstrado o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, que vigem também no procedimento administrativo.

Observando com acuidade os termos das certidões de dívida ativa, juntamente com os demonstrativos analíticos de cálculo das certidões (f. 15/25), verifica-se a presença dos requisitos exigidos no art. 202 do Código Tributário Nacional, constando expressamente qual é o tributo executado, a maneira como foi calculada a dívida, o valor originário do débito, os juros de mora, a correção monetária, e as multas aplicadas, que resultaram no débito atualizado.

Dessa feita, as CDAs estão aptas a amparar o procedimento executivo, por atenderem aos requisitos básicos previstos pelo art. 202 do Código Tributário Nacional e pelo § 5º do art. 2º da Lei nº 6.830/80, assim como reconheceu o Sentenciante, inexistindo qualquer vício capaz de nulificá-las, sobretudo em razão da presunção de certeza e liquidez de que goza a certidão, nos termos do art. 204 do CTN e do art. 3º da Lei nº 6.830/80, que somente poderá ser elidida por prova em contrário, o que não ocorreu na hipótese dos autos, sendo esclarecedora, nesse sentido, a lição de Misabel Abreu Machado Derzi, atualizadora da obra de Aliomar Baleeiro:

> No art. 203, instituiu-se a presunção de certeza e de liquidez da Dívida Ativa tributária, com efeito de prova preconstituída, se ela foi inscrita com os requisitos do art. 202, no livro próprio da repartição competente.
> Mas essa presunção é relativa, acrescenta o parágrafo único do art. 204, porque poderá ser ilidida ou impugnada por prova 'inequívoca' a cargo do sujeito passivo e também de terceiro a quem aproveite.
> Por outras palavras, há uma inversão do princípio jurídico de que prova incumbe a quem afirma ou alega o fato (*Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 1.013).

No que tange à alegação de cerceamento do direito de defesa por ausência de instauração do processo administrativo tributário e notificação do embargante, registra-se que, em se tratando da exigência de taxas, o lançamento do tributo se dá de ofício, nascendo do mesmo o crédito tributário que, não adimplido, dá ensejo à inscrição em dívida ativa, não existindo necessaria-

mente o processo tributário administrativo, que se dará, ao contrário, quando houver impugnação por parte do contribuinte.

A respeito do lançamento de ofício, elucida Hugo de Brito Machado: "Diz-se o lançamento de ofício quando é feito por iniciativa da autoridade administrativa, independentemente de qualquer colaboração do sujeito passivo" (*Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, p. 185).

Assim sendo, o processo tributário administrativo não é obrigatório, ao que se acresce que, da mesma forma como ocorre para o IPTU, a notificação do lançamento do débito relativo à taxa, como, *in casu*, é presumida, cabendo ao contribuinte a prova de que não recebeu, por Correio, a cobrança dos tributos.

O STJ já consignou que se presume "a notificação do lançamento dos débitos do IPTU, cabendo ao contribuinte afastá-la, mediante prova de que não recebeu, pelo Correio, a cobrança do imposto" (REsp 168.035/SP, *DJ* de 24.09.2001).

A presunção se refere à circunstância de que as guias para pagamento do IPTU e determinadas taxas municipais são efetivamente enviadas ao endereço dos contribuintes, a cada ano, fato público e notório, assim como ocorre com o IPVA, não tendo o embargante, por outro lado, afastado a presunção de que foram devidamente enviadas as guias de pagamento para o endereço do imóvel, ônus que lhe incumbia.

Nesse sentido, já se pronunciou este Tribunal:

> Tributário. Execução fiscal. Lançamento de ofício. Notificação via edital. Envio de guias de recolhimento. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Regularidade da CDA. Taxas de limpeza e iluminação públicas. Serviços inespecíficos e indivisíveis. Violação ao art. 145 da CF/88. Inconstitucionalidade. Sentença reformada. - Não merece prosperar a alegação de falta de notificação pessoal, porquanto, como é de sabença geral, os valores devidos em relação às taxas ora exigidas são enviados, no início de cada exercício fiscal, devidamente consignados na Guia do IPTU, a todos os contribuintes regularmente inscritos no cadastro mobiliário do Município apelante. É de se declarar inconstitucional as taxas municipais de limpeza e iluminação pública, porquanto tratam de serviços públicos inespecíficos e indivisíveis, contrariando assim o disposto no art. 145 da CF/88 (Processo nº 1.0024.01.589893-5/001 (1), Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves, pub. em 23.04.04).

> Execução fiscal. Embargos do devedor. IPTU e taxas. Notificação pessoal antes da execução fiscal. Desnecessidade. Crédito tributário. Prescrição. Ocorrência. Necessidade de prova de causa interruptiva. Art. 174 do CTN.
> - Em se tratando de dívida fiscal relativa a IPTU e TSU, não há obrigatoriedade de abertura do respectivo PTA, uma vez que o valor do imposto exigido encontra-se estampado, de forma clara, na própria guia do IPTU.
> - O IPTU, bem como as taxas cobradas, são tributos exigidos anualmente. No início de cada exercício, o contribuinte é notificado do lançamento; depois da notificação, feita com a simples remessa da guia, caso queira reclamar do lançamento, deverá ater-se ao disposto no art. 106 da Lei Municipal nº 1.310/66.
> - Se o embargante deixou de realizar o pagamento do tributo no termo e pelo modo definido pela legislação, não pode invocar a necessidade de notificação pessoal para escusar-se do pagamento, até porque o lançamento dos referidos tributos ocorre de ofício, e o contribuinte recebe as guias de recolhimento no endereço que indica ao Fisco.
> - *In casu*, ausente prova do não recebimento de tais guias, ou de solicitação de segunda via, a falta de demonstração de notificação pessoal do embargante, no caso dos autos, não anula a execução ou a CDA [...] (Apelação Cível nº 1.0024.04.440868-0/001, Rel. Des. Wander Marotta, j. em 16.08.2005).

Dessa feita, entendo que não há que se falar em nulidade das CDAs, que se mostram aptas a amparar o procedimento executivo, mormente em face de sua presunção de liquidez e certeza, que não foi elidida por prova em sentido contrário, não se constatando qualquer impedimento ao direito de defesa do contribuinte.

Com tais considerações, rejeito as preliminares para apreciar a questão atinente à constitucionalidade da exigência da Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos.

Nesse mister, salienta-se que a instituição das taxas é de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dando-se em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados aos contribuintes ou postos a sua disposição, conforme a redação do art. 145, inciso II, da Constituição da República.

O Código Tributário Nacional repetiu essa redação em seu art. 77, esclarecendo no art. 79 que os serviços a que se refere o art. 77 serão considerados específicos quando puderem ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública e divisíveis quando forem suscetíveis de utilização, separadamente, por cada um dos usuários.

A respeito do assunto, preleciona Roque Antonio Carraza:

> Taxa de serviço, pois, é o tipo de tributo que tem por hipótese de incidência uma prestação de serviço público diretamente referida a alguém [...].
> Salientamos que não é qualquer serviço público que possibilita a tributação por via de taxa de serviço, mas, tão-somente, o serviço público específico e divisível, conforme, aliás, preceitua a 2ª parte do inc. II do art. 145 da CF [...].
> Portanto, os serviços públicos dividem-se em gerais e específicos. Os serviços públicos gerais, ditos também universais, são os prestados *uti universi*, isto é, indistintamente a todos os cidadãos. Eles alcançam a comunidade como um todo considerada, beneficiando número indeterminado (ou, pelo menos, indeterminável) de pessoas [...].
> Já os serviços públicos específicos, também chamados singulares, são os prestados *uti singuli*. Referem-se a uma pessoa ou a um número determinado (ou, pelo menos, deter-

minável) de pessoas. São de utilização individual e mensurável. Gozam, portanto, de divisibilidade, é dizer, da possibilidade de avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada (*Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, p. 482-484).

No mesmo sentido, elucida Hely Lopes Meirelles:

> Serviços *uti universi* ou gerais: são aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. Esses serviços satisfazem indiscriminadamente à população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para o seu domicílio, para a sua rua, para o seu bairro. Estes serviços são indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. Daí por que, normalmente, os serviços *uti universi* devem ser mantidos por imposto (tributo geral), e não por taxa ou tarifa, que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço.
> Serviços *uti singuli* ou individuais: são os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares. Esses serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares. São sempre serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo que devem ser remunerados por taxa (tributo) ou tarifa (preço público), e não por imposto (*Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, p. 326).

A Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos foi instituída no Município de Belo Horizonte pela Lei Municipal nº 8.147/00, que estabeleceu:

> Art.19. A TCR tem como fato gerador a utilização efetiva ou potencial do serviço público de coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição diretamente pelo Município ou mediante concessão.
> Parágrafo único. No que se refere a resíduos sólidos e respectivo serviço de coleta, transporte, tratamento e disposição final, aplicam-se as disposições, definições e conceitos constantes da legislação municipal específica.
> Art.20. A TCR incidirá sobre os imóveis edificados localizados em logradouros alcançados pelo serviço descrito no art. 19.
> Art.21. O contribuinte da TCR é o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor de imóvel urbano edificado, localizado em logradouro alcançado pelo serviço a que se refere o art. 19.
> Parágrafo único. A TCR não incide sobre as vagas de garagem constituídas em imóveis autônomos e sobre os imóveis constituídos unicamente por barracão, assim classificado no Cadastro Imobiliário.
> Art.22. A TCR tem como base de cálculo o custo previsto do serviço, rateado entre os contribuintes, conforme a freqüência da coleta e o número de economias existentes no imóvel.
> Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se economia a unidade de núcleo familiar, atividade econômica ou institucional, distinta em um mesmo imóvel.
> Art. 23. O valor da TCR será obtido de conformidade com a seguinte fórmula: [...].
> Art. 24. A TCR será devida anualmente, podendo ser lançada e cobrada juntamente com o Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU - ou na forma e prazos previstos em regulamento.
> Art. 25. O pagamento da TCR não exclui o pagamento de preços públicos devidos pela prestação de serviços extraordinários de limpeza urbana previstos na legislação municipal específica.

De tais dispositivos infere-se que, diferentemente daqueles serviços especificados pela Lei Municipal nº 5.641/89, que tratava da antiga Taxa de Limpeza Pública, reiteradamente declarada inconstitucional, os serviços de coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos a serem prestados pelo Município se revestem do caráter específico e divisível exigido pela lei e pela Constituição Federal, a legitimar sua exigência.

Assim sendo, afigura-se legal e constitucional a cobrança da Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos, instituída e disciplinada pela Lei Municipal nº 8.147/00, em razão da presença dos requisitos de especificidade e divisibilidade, havendo de prevalecer a sua exigência, e, portanto, ser mantida a sentença de primeiro grau.

Sobre o tema, reiterada a jurisprudência desse eg. Tribunal de Justiça:

> Ação declaratória. IPTU. Progressividade. Inocorrência. Taxa de Limpeza Pública. Ilegalidade. Prestação de serviços públicos inespecíficos e indivisíveis. Violação dos arts. 77 e 79 do CTN. Taxa de Coleta de Resíduos. Lei Municipal nº 8.147/2000. Substituição da Taxa de Limpeza Pública. Base de Cálculo. Custo do Serviço. Fato gerador. Serviço público. Coleta. Transporte. Tratamento e disposição final de resíduos sólidos. Serviços específicos e divisíveis Sentença mantida [...]. - A Taxa de Coletas de Resíduos Sólidos pode ser fracionada por unidade de aproveitamento, sendo certo que tal serviço é suscetível de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários, o que importa no reconhecimento da legalidade e constitucionalidade da Lei Municipal nº 8.147/00. A nova legislação destacou o fato gerador da referida taxa como sendo o de coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos postos à disposição dos contribuintes diretamente pelo Município, cuja incidência se faz apenas sobre os imóveis edificados e localizados em logradouros públicos atingidos pelo próprio serviço. 'Há que se distinguir a Taxa de Limpeza Pública, manifestamente inconstitucional, com a Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos, legal e constitucional, eis que a primeira apresenta as características de generalidade e inespecificidade, ao reverso da última, que se subsume ao conceito constitucional de taxa, podendo o serviço de coleta ser considerado como divisível e específico' (Apelação Cível nº 241.384-7, Rel. Des. Célio César Paduani) (TJMG, Ap. Cível nº 1.0024.04.377638-4/001, Rel. Des. Alvim Soares, j. em 07.06.2005).

> Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos. Serviço público. Divisibilidade e especificidade. Caracterização. - O serviço público de coleta de lixo caracteriza-se como divisível e específico, porquanto suscetível de mensurar a sua utilização e de individualizar o seu beneficiário (TJMG, Ap. Cível nº

1.0024.01.052611-9/003, Rel. Des. Manuel Saramago, j. em 13.10.2005).

> Apelação. Ação declaratória c/c consignatória. Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos. Constitucionalidade. - A Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos (TCR) foi instituída pela Lei Municipal nº 8.147/2000 (art. 18), e, por força do art. 24 da citada norma, é devida anualmente e pode ser lançada juntamente com o IPTU, nela estando presentes os requisitos de especificidade e divisibilidade do serviço, previstos no art. 145, § 2º, da Constituição Federal (TJMG, Ap. Cível nº 1.0686.05.151395-6/001, Rel. Des. Maciel Pereira, j. em 23.11.2006).

Não diverge o entendimento desta 8ª Câmara Cível:

> Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos. Divisibilidade e especificidade reconhecidas. Constitucionalidade. - A Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos, instituída no Município de Teófilo Otoni pela LC nº 32/2002, obedece aos requisitos da individualização quanto à pessoa beneficiada e da especificação no que tange ao serviço prestado, em consonância com o art. 145, II, da CF e art. 77 do CTN [...] (TJMG, Ap. Cível nº 1.0686.05.147656-8/001, Rel. Des. Fernando Bráulio, j. em 16.11.2006).

> Tributário. Mandado de segurança. IPTU. Progressividade fiscal. Possibilidade. Emenda Constitucional nº 29, de 2000. Lei nº 8.291 de 2001. Município de Belo Horizonte. Constitucionalidade. Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos. Lei nº 8.147/2000. Constitucional. Art. 145, II e § 2º, da CR/88. Arts. 77 e 79 do CTN. Especificidade. Divisibilidade. Base de cálculo. Requisitos presentes.
> 1 - Após o advento da Emenda Constitucional nº 29, de 2000, é legítima a progressividade fiscal do IPTU, estando o Município de Belo Horizonte autorizado a utilizar-se de alíquotas que variam de acordo com o valor, localização e uso do imóvel, não havendo ilegalidade ou inconstitucionalidade na Lei Municipal nº 8.291/01.
> 2 - É constitucional a Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos instituída pela Lei nº 8.147/2000 do Município de Belo Horizonte, presentes os requisitos de especificidade e divisibilidade, não havendo ofensa ao § 2º do art. 145 da CR/88.
> 3 - Sentença reformada, em reexame necessário, e recurso voluntário prejudicado (TJMG, Ap. Cível nº 1.0024.02.628682-3/001, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, j. em 15.12.2005).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante, isento na forma da lei.

DES. FERNANDO BOTELHO - I - Preliminar.

Ponho-me de acordo com a eminente Relatora quanto à preliminar arguida, também rejeitando-a.

II - Mérito.

Peço vênia à eminente Relatora para divergir parcialmente de seu voto, quanto ao mérito do recurso.

Sustenta o apelante a inconstitucionalidade da Taxa (de serviços) de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos (TCRSU).

Defende-a, no entanto, a apelada.

A exemplo da antiga Taxa de Limpeza Pública - que, instituída pelo (revogado) art. 30 da Lei Municipal nº 5.641/89, de BH, enfrentou ácida discussão de constitucionalidade, por ausência de especificidade e divisibilidade dos serviços que visava remunerar -, também a atual Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos (instituída pela Lei nº 8.147/2000) padece do mesmo vício.

Não há dúvida, realmente, de que a antiga Taxa de Limpeza Pública arrostou julgamentos e derrotas seguidas nos pretórios, inclusive no eg. STF, onde reconhecida, com uniformidade, como conspurcatória da competência impositiva de impostos, em razão da inespecificidade e indivisibilidade dos serviços públicos de "limpeza urbana e de vias públicas".

A isso, no entanto, a apelada-embargada, à f. 80 de suas contrarrazões de apelação, opõe o argumento, quanto à nova taxa, de que, "[...] com mais razão, específicos e divisíveis são os serviços ensejadores da cobrança da Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos, que muito embora se assemelhe, em alguns pontos, à Taxa de Limpeza Pública [...]".

Há, então, reconhecimento antecipado, da própria administração municipal-apelante, de existência de alguma similitude entre uma exação (tida, pelos tribunais, como inconstitucional por falta de especificidade e divisibilidade e, assim, revogada, pela Municipalidade, através de lei nova) e outra (a nova, ora sob debate).

Conferi, com atenção, a disposição vigorante, substitutiva da anterior - a Lei Municipal nº 8.147/00, que assim estabelece:

> Art. 18. Fica instituída a Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos - TCR-, que passa a integrar o sistema tributário municipal.
> Art. 19. A TCR tem como fato gerador a utilização efetiva ou potencial do serviço público de coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição diretamente pelo Município ou mediante concessão.
> Parágrafo único. No que se refere a resíduos sólidos e respectivo serviço de coleta, transporte, tratamento e disposição final, aplicam-se as disposições, definições e conceitos constantes da legislação municipal específica.

Como se vê desse seu destacado parágrafo único, a norma tributária municipal, na instituição formal da nova taxa, em franca opção por adoção de modalidade normativa-híbrida, se faz remissiva - norma "em branco" - de "legislação municipal específica", quanto à definição dos "resíduos sólidos e respectivo serviço de coleta, transporte, tratamento e disposição final".

Vale dizer: a norma (tributária) que institui o novo tributo não essencializa o serviço público tributável ou a hipótese plena definidora da *obligatio*. Remete a "legislação municipal específica" o encargo de fazê-lo.

Trata-se, então, de norma meramente instituidora - formal-nominal - do (novo) tributo: a Taxa de Serviços de

Coleta de Resíduos. Nela não se acham os elementos da tributação (a definição-especificação do serviço tributável e a de resíduos sólidos).

Tendo em vista que a norma (complementar-tributária) de princípios não permite emprego de analogia para integração de lei instituidora de tributo cujos elementos não tenham sido nela própria definidos (art. 108, § 1º, do CTN), levando, ainda, em conta que o princípio (especial) da legalidade (estrita) em matéria tributária não contempla imprecisões semânticas ou cognitivas acerca da hipótese (art. 150, I, da CF) tributável e que as taxas de serviços requerem e não dispensam definição *in concreto,* e não *in abstrato*, dos serviços públicos (divisíveis e específicos) que se farão por ela remunerar, devendo, ainda, terem base de cálculo estremada da dos impostos (art. 145, II, e § 2º, da CF), impõe-se localizar, com exatidão, a "legislação municipal específica" que essencialize a exação anunciada no parágrafo único do art. 19 da Lei Municipal (de BH) nº 8.147/2000.

Nos termos do art. 52, I, do Decreto Municipal nº 5.893/88 (com redação do art. 6º do Decreto Municipal nº 9859/99), são as seguintes as definições (remissivas) da Lei nº 8.147/2000:

> Art. 52. Para fins deste Regulamento, aplicam-se as definições que se seguem:
> I - resíduos sólidos: resíduos em qualquer estado da matéria, independentemente de sua destinação ou utilização, resultantes de atividades de origem industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição, ficando incluídos os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, os resíduos provenientes de equipamentos e instalações de controle de poluição, bem como aqueles determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpo d'água;
> II - entulhos: resíduos sólidos inertes, não suscetíveis de decomposição biológica, provenientes de construções ou demolições, que possam ser dispostos de forma segura e estável em aterro controlado, sem oferecer risco efetivo ou potencial à saúde humana ou aos recursos ambientais;
> III - aterro sanitário: processo de disposição de resíduos sólidos no solo, mediante projeto específico elaborado com a observância de critérios técnicos e da legislação pertinente;
> [...].

Depreende-se, disso, que:

a) resíduos sólidos são, segundo a "legislação municipal específica" de Belo Horizonte, todos - rigorosamente - os componentes físicos do lixo urbano, até aqueles produzidos por varrição, sendo que por "lixo" se considera, conceitualmente, os "resíduos que resultam de atividades domésticas, industriais, comerciais etc." (*apud* Aurélio - Dicionário) (inciso I do art. 52 citado);

b) a disposição de resíduos (do lixo) no solo será implementada em aterro sanitário (inciso II do art. 52).

Logo, o serviço público proposto como base da (nova) exação pela Lei nº 8.147/2000 outro não será, no aspecto estritamente legal e semântico-ontológico, que o de limpeza - como tal considerada a atividade público-material, de limpamento físico, por coleta, recolhimento de resíduos essencializadores do lixo, seu transporte e, finalmente, seu depósito "no solo, mediante projeto específico elaborado com a observância de critérios técnicos e da legislação pertinente" (inciso III do art. 52 do Decreto nº 5.893/88).

Ora, limpeza urbana - expressão que só se essencializa através de leitura atenta de atividades materiais que recolham sólidos, resíduos, dispensados ou produzidos pelos usuários da comuna - não pode ser materializada sem o emprego de "coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos".

Dito de outro modo, toda e qualquer atividade (pública ou privada) "de coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos" tipifica a de "limpeza"; uma essencializa a outra.

Fora um terrível e pouco louvável "jogo de palavras", que não se coaduna com a atividade legiferante da Administração Pública, e fora uma precária tentativa de indução de silogismos cognitivos absolutamente inaceitáveis, porque ilógicos frente à factibilidade das atividades humanas organizadas, limpeza será sempre igual a "coleta, transporte, tratamento e disposição final de resíduos sólidos", e essas atividades sintetizarão sempre aquela.

O contrário significará, *permissa venia*, o mais perverso jogo vocabular, que, completamente fora da realidade "da vida", vá se utilizar de mero desvio de vocábulo no universo das palavras para construir encargo fiscal novo com "roupa (visivelmente) velha".

Desculpo-me pelo rigor da objetividade, mas, para mim, a Lei nº 8.147/00 nada fez além de reviver o serviço de "limpeza urbana" com uso de novas palavras.

Nada mudou. "Tudo como antes no quartel de Abrantes"!

Afinal, seria impensável que o lixo urbano - os resíduos individualmente produzidos - pudesse ser "coletado" sem o lógico e obrigatório transporte até o aterro sanitário, onde, com emprego de técnica e em respeito à legislação ambiental, pudesse ser finalmente disposto.

Não há novidade nisso. Não há inovação de quaisquer serviços nesta "modalidade" de coleta-transporte-tratamento-disposição!

Das mais significativas necessidades coletivas, a limpeza urbana, através do recolhimento e disposição de resíduos, está hodiernamente integrada à missão precípua da Municipalidade e não constitui inovação delimitá-la, como serviço, para remunerá-la por taxa.

Não importa que os resíduos, o lixo - prefiro chamá-lo com mais autenticidade! - sejam individualmente produzidos e depositados na via urbana para a coleta pública.

Não é a produção individual do lixo que torna individualizável o serviço.

É, aliás, o contrário: a coletividade da limpeza, do interesse (público-coletivo, essencial ou naturalmente indivisível) em que ela deverá se realizar, é o escopo; e que, por seu intermédio, as vias urbanas não padeçam de acúmulo de resíduos, com grave comprometimento (coletivo-indivisível) infraestrutural e ambiental, que torna francamente universal, ou *uti universi*, o serviço (mesmo que individualizável a origem do resíduo).

A universalidade do serviço é determinada pela homogeneidade do interesse (público-coletivo) em sua prestação, e não pela formação, individual, do componente físico que o motiva.

O contrário equivale violar a própria natureza do bem jurídico guardado pela instituição do serviço e seu valor ínsito.

O lixo urbano - sua coleta, transporte, tratamento, e disposição - requer solução público-administrativa municipal-universal.

Todos o desejamos e todos o fazemos com depósito de coletiva expectativa de que os atos materiais de seu recolhimento sejam postos, indistintamente, em prática.

Não é possível individualizar e especificar tamanho interesse homogêneo, para submetê-lo a custeio individual e específico.

Equivaleria a supor que, pela própria natureza da taxa de serviços - tributo finalístico que é (submetido, como se encontra, ao cumprimento do princípio da destinação, o que faz com que o seu produto tenha de ser empregado, com exclusividade, na remuneração do serviço público específico) -, o contribuinte possa, até, delimitar individualmente a sua prestação, ou, absurdamente, realizar a limpeza (a coleta do lixo) em caráter privado, com dispensa do pagamento fiscal e segundo critérios próprios; ou, ainda, que, tornando-se inadimplente do tributo, a ele não seja devida, pela Municipalidade, qualquer limpeza.

Esta última hipótese então - que decorrerá também da premissa (da individualização do serviço de coleta de lixo) - será, seguramente, dos mais eficazes anúncios de rápida via de caos coletivo.

Rejeito, por isso, o tratamento de serviço público de recolhimento, transporte e disposição de resíduos (lixo) como serviço público individualizável, ou *uti singuli*.

Trata-se, para nós, de serviço público universal, inindividualizável, em face da flagrante homogeneidade do interesse coletivo nele envolvido.

Repetimos aqui antiga visão - por nós revelada ainda quando na titularidade da 4ª. Vara de Feitos Tributários Estaduais de Belo Horizonte, na ocasião da apreciação da Taxa (estadual) de Incêndio: o Poder Judiciário recebe, como missão, refrear a mais infeliz tendência da moderna inclinação tributante brasileira, que tem se mostrado a de segregar e selecionar, de atividades públicas que essencializam e justificam a concepção de Estado, fatos claramente coletivos, para torná-las remuneráveis como se serviços individuais fossem.

Apagar incêndios tornou-se, ali, na época, serviço individualizável; agora, colher o lixo dos munícipes também.

E, assim, prossegue o ímpeto tributante nacional, que, elevando a carga tributária final a quarenta por cento de todo o produto interno bruto brasileiro, reserva, para o "desprestígio histórico" dos impostos, apenas um *minus*, um acervo mínimo de atividades, quase-insensíveis para a população, à qual se vai impondo, paradoxalmente, dos mais crescentes arsenais de taxas, contribuições e tributos novos-finalísticos, rotulados, nominalmente, de instrumentos de custeio de serviços *uti singuli*.

Será difícil responder ao munícipe, de ora em diante, que o "caminhão de lixo" - aquele mesmo de antes! - passa a lhes prestar serviço público individual e específico, embora sob a mesmíssima rotina material de antes.

Talvez seja difícil explicar até aos honrados servidores que se incumbem daquela imprescindível tarefa que também eles devem, a cada munícipe, as graças da quitação, "em dia", do serviço individualizável e que por lógica (perversa, da individualização), que não devem, em serviços desta *specie*, nada aos inadimplentes da "taxa"; estes deverão se incumbir dos próprios resíduos (!).

Afinal, se é para individualizar (o não individualizável) que se faça na amplidão que o exige o interesse público: sem hipocrisia, individualizando-se tudo, desde a noção do tomador-contribuinte à do próprio prestador-servidor ou delegatário.

Por irrazoável frente à mais franca natureza intrínseca do serviço, recusamos toda essa possibilidade.

Para nós, o serviço de coleta de lixo continua, mesmo em sua feição nominal-nova (da Lei nº 8.147/00, de BH), com idêntica natureza de antes: universal-indivisível e inespecífico.

Daí a certeza de que somente se remunerará por impostos; nunca por taxa de serviços.

É a Constituição que - ao dotar o Município de competência tributária para instituição de taxas - o restringe!

A CF, art. 145:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
> I - impostos;
> II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;
> III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.
> § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especial-

> mente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.
> § 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

Lição antiga, que não custa repetir: a instituição válida-legal de taxas sobre serviços públicos requer a especificidade desses, que deve restar destacada em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas; e a divisibilidade deve ser resolvida frente a itens francos e palpáveis de utilização em separado pelo contribuinte, nos termos do art. 79 do CTN, *in verbis*:

> Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:
> I - utilizados pelo contribuinte:
> a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
> b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;
> II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;
> III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Sobre a diferenciação, a não menos consagrada lição de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.299):

> Serviços *uti universi* ou gerais: são aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender a coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. Esses serviços satisfazem indiscriminadamente a população sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administração à sua obtenção para o seu domicílio, para a sua rua ou para o bairro. Estes serviços são indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. Daí por que, normalmente, os serviços *uti universi* devem ser mantidos por imposto (tributo geral) e não por taxa ou tarifa que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço.

Por tudo, como a TCRSU - Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos prescreve idêntica hipótese (material) de incidência de sua antecessora - a Taxa de Limpeza Pública, instituída pelo (revogado) art. 30 da Lei nº 5.641/89 - e como os serviços públicos municipais que serão por ela remunerados continuam também como antes, sob o caráter *uti universi*, descaracterizando-se, em face da uniformidade e generalidade com que imprescindivelmente prestáveis, como serviços específicos e individualizáveis, tenho-a por inconstitucional.

Por isso, torna-se inexigível ao Estado-apelante que, sendo imune à incidência de impostos por outro ente, não pode ver-se tributado, nominalmente, por taxa remuneratória de serviço público indivisível, custeável exclusivamente por impostos.

Abstenho-me de transcrever inúmeros julgados já colacionados no feito por ambas as partes, tanto deste Tribunal quanto de Tribunais Superiores, na recusa da tributabilidade, por taxa, do serviço de limpeza urbana; apenas acentuo que, por ter sido levada a questão, em sua feição anterior, ao exame do próprio eg. STF, em controle difuso de constitucionalidade de leis municipais instituidoras daquela *specie* tributária, considero dispensada, também na espécie, a invocação da reserva de plenário, para (idêntico) debate de constitucionalidade da taxa nominal -"nova".

Conclusão.

Diante de todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação, para julgar, no mérito, procedentes os embargos, condenando a embargada ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da inicial dos embargos.

Sem custas, por prerrogativa do apelado.

É como voto.

DES. FERNANDO BRÁULIO - *Data venia*, ponho-me de acordo com o Revisor.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES POR UNANIMIDADE E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, VENCIDA A RELATORA EM PARTE.

...

Indenização - Dano moral - Dano material - Ação trabalhista - Ajuizamento - Despesas com advogado - Ressarcimento - Ausência de ilícito - Dever de indenizar - Não caracterização - Imposto de renda - Alíquota - Fixação legal

Ementa: Ação de indenização por danos materiais e morais. Ajuizamento de ação trabalhista. Ressarcimento de despesas com advogado. Ausência de ilícito. Dever de indenizar não configurado. Alíquota de imposto de renda. Fixação legal.

- A contratação de advogado para ajuizar ação trabalhista é mera faculdade, e a parte que assim prefere deve arcar com tal ônus, não havendo que se falar que a resistência da pretensão do empregado é ato ilícito do empregador a ensejar ressarcimento e indenização por materiais e morais.

- A alíquota maior do imposto de renda, que incidiu sobre o montante da indenização trabalhista recebida, é previsão da própria legislação tributária, não podendo ser imputada à parte adversa na ação reclamatória.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.775279-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Carlos Cabral Araújo Silva - Apelada: Telemar Norte Leste S.A. - Relator: DES. GENEROSO FILHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de julho de 2009. - *Generoso Filho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GENEROSO FILHO - Verificados os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais proposta por Carlos Cabral Araújo Silva contra Telemar Norte Leste S.A., em que a ilustre Juíza de primeira instância, às f. 237/239, julgou improcedente o pedido formulado na inicial, com resolução do mérito, com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil, e condenou o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 500,00, suspendendo a exigibilidade do pagamento, por se encontrar o requerente amparado pela assistência judiciária gratuita.

Contra a decisão, foi interposto o recurso de f. 240 a 248, sustentando o apelante que a sentença deve ser reformada, mesmo porque a discussão não se refere à faculdade do ajuizamento da ação trabalhista, mas sim ao ato ilícito cometido pela requerida, que acarretou a necessidade de contratar advogado especializado no assunto, para ampará-lo da melhor forma nos tribunais; que o art. 791 da CLT se refere a uma opção de o reclamante ajuizar sozinho a reclamatória, e não a uma obrigação, como sustentou a ilustre Julgadora.

Afirma o apelante que houve uma quebra contratual que é punida, expressamente, não só pelo art. 186 do Código Civil, como também pelos arts. 389, 395, 404 e 450 do Código de Processo Civil e, ainda, por todos os princípios jurídicos incidentes, na tentativa de restabelecimento dos prejuízos gerados por ter que reclamar perante a Justiça do Trabalho, por descumprimento das obrigações por parte da apelada e que o não pagamento dos salários configura ato ilícito do empregador, previsto no art. 7º da Constituição Federal.

Alega que levou prejuízo, pois o desconto do imposto de renda sobre o valor pago na reclamação trabalhista foi maior que a alíquota normal que pagaria caso seu salário tivesse sido pago regularmente e pleiteia o ressarcimento da diferença decorrente da aplicação da maior alíquota.

Afinal, o apelante requer o provimento do seu recurso, com a procedência da ação.

Ao recurso, a apelada apresentou as contrarrazões de f. 252 a 265, requerendo o desprovimento do recurso, uma vez que inexiste fundamento capaz de reformar a sentença.

Não há preliminares a decidir, pelo que passo diretamente ao mérito da questão.

Verifica-se da inicial que o autor, ora apelante, pretende com a presente ação ser ressarcido das despesas que despendeu com honorários advocatícios, realização de perícia e diferença de imposto de renda em razão da ação trabalhista proposta perante a requerida, pleiteando, ainda, indenização por danos morais.

Em se tratando de responsabilidade civil, para que haja obrigação de indenizar são necessários três requisitos: a prática de um ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre eles.

Ora, no presente caso, o que ocorreu foi uma controvérsia de natureza trabalhista entre as partes e nada mais natural que resolver o conflito no âmbito da Justiça, através de uma ação.

Como dito pelo próprio apelante em sua peça recursal, ao contratar advogado, ele fez uso da faculdade que lhe confere o art. 791 da CLT. Ou seja, poderia o apelante exercer o *ius postualndi* por si só, conforme lhe garante a legislação trabalhista, ou procurar a assistência judiciária gratuita na Defensoria Pública, mas preferiu contratar um profissional especializado e arcar com o custo de tal escolha.

Em resumo, a requerida não obrigou o autor a contratar advogado, e o simples fato de resistir a uma pretensão do autor a princípio, levando-a a buscar o Judiciário, não pode ser considerado ato ilícito, ensejando indenização por dano moral.

Caso fosse permitida tal interpretação, todas as pessoas que têm conflitos e buscam solução no Judiciário sofreriam dano moral e ajuizariam novas ações pretendendo indenização e ressarcimento de honorários, o que levaria a demandas sem fim.

Logo, não vislumbro qualquer ato ilícito por parte da apelada e, ausente requisito essencial da responsabilidade civil, não está configurado o dever de indenizar.

Como bem ressaltado pela ilustre Juíza,

> O fato de o réu não ter concordado com o pagamento dos valores pleiteados não constitui qualquer ato ilícito. Isso porque, proposta a demanda, não foi o pedido do autor acolhido integralmente. Assim, pertinente uma decisão judicial para legitimar a pretensão do autor, bem como ratificar os valores por ele cobrados (f. 238/239).

Finalmente, quanto ao imposto de renda, a incidência de maior alíquota não pode ser imputada à apelada, já que se trata de previsão da legislação tributária, o que foi bastante enfatizado na sentença, como se vê:

O desconto do imposto de renda não é facultativo, e sim obrigatório, seguindo norma tributária. Se houve valor indevidamente retido pelo Fisco, deverá o autor pleitear a respectiva restituição perante a Receita Federal. As Darfs carreadas para os autos comprovam que os pagamentos foram feitos corretamente ao Fisco, em decorrência da decisão trabalhista (f. 238).

Nesse sentido:

Apelação cível. Ação de indenização visando ao ressarcimento de despesas com advogado em ajuizamento de ação trabalhista. Competência da Justiça Estadual. Inocorrência do direito em razão de contratação particular de profissional da advocacia.
I - É competente para processar e julgar ação de indenização que visa ao ressarcimento de despesas com advogados a Justiça Estadual Comum.
II - O fato de ter havido ajuizamento de uma outra ação não enseja ao sucumbente dela a obrigação de ressarcir à autora as despesas que teve com contratação de advogado particular. O contrato de honorários extra-autos, firmado entre cliente e advogado, não cria obrigação para o terceiro, sucumbente da ação, já que não existe relação negocial entre eles (Apelação Cível nº 1.0024.07.563841-1/001(1) - Comarca de Belo Horizonte - 17ª Câmara Cível do TJMG - Relator Des. Luciano Pinto - Data do julgamento: 14.02.2008).

E ainda:

Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais. Contratação de advogado para ajuizamento de demanda trabalhista. Opção da parte. *Jus postulandi*. Dever de indenizar não caracterizado. Imposto de renda. Alíquota. Fixação legal.
- Ausentes os elementos essenciais à etiologia da responsabilidade civil, não há que se falar em obrigação de indenizar.
- A contratação de advogado particular, para o ajuizamento de reclamatória trabalhista, não configura prejuízo patrimonial indenizável, por se tratar de ato voluntário, do qual não participou a empregadora requerida, tampouco interferiu no valor dos honorários contratados. Além do mais, o art. 791 da CLT assegura ao reclamante o *jus postulandi*, podendo se valer, ainda, da assistência jurídica propiciada pelo sindicato ou dos serviços da Defensoria Pública.
- A alíquota maior do imposto de renda é previsão da própria legislação tributária, constituindo norma específica sobre a matéria, não podendo, dessarte, responder, a requerida por tais encargos (Apelação Cível nº 1.0024.06.995988-0/001(1) - Comarca de Belo Horizonte - 9ª Câmara Cível do TJMG - Rel. Des. Tarcísio Martins Costa - Data do julgamento: 23.10.07).

Responsabilidade civil. Danos materiais. Contratação de advogado. Reclamação trabalhista. Dever de indenizar não configurado. Imposto de renda. Violação ao princípio do duplo grau de jurisdição. Sentença mantida. - Embora tenha sido reconhecido o descumprimento do contrato de trabalho existente entre as partes, tanto que a parte apelada foi condenada ao pagamento de indenização trabalhista, não se pode considerar configurada a prática de ato ilícito civil, capaz de gerar direito à indenização. Se houve ilícito, este consistiu em infração à legislação trabalhista, que foi resolvido com a ação adequada e a indenização deferida na Justiça Especializada. Não se pode em via recursal autorizar o exame de matéria não abordada em primeiro grau, sob pena de violação ao princípio do duplo grau de jurisdição (Apelação Cível nº 1.0024.05.845918-1/003(1) - Comarca de Belo Horizonte - 9ª Câmara Cível do TJMG - Rel. Des. José Antônio Braga - Data do julgamento: 28.11.06).

Apelação cível. Reclamação trabalhista. Contratação de advogado particular. Restituição dos honorários advocatícios. Danos materiais não configurados. - A contratação de advogado para ajuizar reclamação trabalhista constitui mera faculdade, e a parte que assim prefere deve arcar com tal ônus. Dessa forma, não há ato ilícito do empregador a ensejar indenização por danos materiais (Apelação Cível nº 1.0024.06.259038-5/001(1) - Comarca de Belo Horizonte - 13ª Câmara Cível do TJMG - Rel. Des. Fernando Botelho - Data do julgamento: 31.01.08).

Direito civil. Ação de indenização por danos morais e materiais. Contratação de advogado particular em reclamatória trabalhista. Gastos com honorários advocatícios. Não configuração de ato lesivo. Inexiste dever de indenizar. Mero aborrecimento. Possibilidade de ingresso na Justiça do Trabalho sem representação de procurador. - Não configura ilícito a contratação de advogado particular para o ingresso com reclamatória trabalhista, haja vista o direito de postular gratuitamente concedido pela Justiça Trabalhista. Nesse sentido, não há como se falar em indenização por danos morais (Apelação Cível nº 1.0024.05.708968-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - 16ª Câmara Cível do TJMG - Rel. Des. Nicolau Masselli - Data do julgamento: 19.12.2007).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença recorrida por seus termos e fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante, ficando suspensa a exigibilidade, nos termos do art.12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OSMANDO ALMEIDA e TARCÍSIO MARTINS COSTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Repetição do indébito - Cumulação de ações - Contrato bancário - Empréstimo - Quitação antecipada - Juros e demais encargos - Redução proporcional - Valor devido - Irregularidade - Ônus da prova

Ementa: Contrato bancário. Empréstimo. Quitação antecipada. Redução proporcional dos juros e demais encargos. Valor devido. Irregularidade. Ônus da prova. Autor.

- É garantido aos consumidores o direito de quitar antecipadamente a dívida, com redução proporcional dos juros e demais encargos.

- Incumbe ao autor demonstrar que, mesmo sendo a quantia paga inferior ao débito contratado, é excessivo e irregular o montante cobrado, nos termos do art. 333, I, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.844809-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Luiz Adolpho Vidigal Borlido - Apelado: Banco Panamericano S.A. - Relator: DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2009. - *José Antônio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Luiz Adolpho Vidigal Borlido, nos autos da ação de indenização c/c repetição de indébito, movida contra o Banco Panamericano S.A., perante o Juízo da 17ª Vara Cível da Capital, tendo em vista o seu inconformismo parcial com a sentença de f. 115/121, que:

1. rejeitou preliminar de ilegitimidade ativa;

2. julgou improcedente a pretensão autoral;

3. condenou o autor a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.000,00, suspendendo a exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Em suas razões recursais, às f. 123/125, insurge-se a parte apelante, exclusivamente, quanto ao não acolhimento dos pedidos 03 e 04 formulados na exordial, consistentes na restituição simples e em dobro da quantia cobrada indevidamente - R$ 1.731,51.

Argumenta, para tanto, que "não houve o abatimento proporcional dos juros que seriam cobrados nas prestações futuras", pois o "valor devido para quitação antecipada do contrato de CDC/Leasing seria de R$ 2.931,00, e não R$ 4.662,51", sendo paga a quantia de R$ 5.653,32 (R$4.662,51 + R$990,81 - parcelas 01 a 03) do somatório final de R$ 7.135,68.

Dispensado o preparo, ante a concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Contrarrazões, às f. 127/132, pugnando, em suma, pela mantença do *decisum*.

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Ausentes preliminares ao mérito recursal.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais c/c repetição de indébito, proposta por Luiz Adolpho Vidigal Borlido contra o Banco Panamericano S.A., em virtude do não abatimento proporcional dos juros, ante a quitação antecipada do contrato.

Pois bem. Compulsando os autos, verifica-se que o autor firmou com o banco réu um contrato de abertura de crédito para a aquisição de veículo (f. 50/51), no valor total de R$ 7.135,68, a ser pago em 24 parcelas de R$ 287,32, com taxa de juros mensal de 5,84%, vencendo a primeira prestação em 02.08.03.

Verifica-se, mais, que o requerente pagou as prestações de 01 a 03, num total de R$ 990,81 (f. 53), sendo quitado antecipadamente o pacto, com a importância de R$ 4.662,51, conforme se extrai dos documentos de f. 55/56.

Incontroversa, pois, a liquidação antecipada do contrato pela seguradora, em razão do furto do automóvel segurado.

O art. 52, § 2º, do CDC, aplicável à espécie, garante, expressamente, aos consumidores o direito de quitar antecipadamente a dívida, com redução proporcional dos juros e demais encargos, *verbis*: "É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos".

Nelson Nery Júnior, comentando o indigitado dispositivo legal, elucida:

> Uma das mais importantes conquistas do consumidor com o Código foi o direito de liquidação antecipada do débito financiado, com a devolução ou redução proporcional dos juros e demais encargos.
> Os bancos e instituições financeiras em geral, bem como fornecedores com financiamento próprio (lojas com departamento de crédito), terão de proporcionar ao consumidor a liquidação antecipada do financiamento, se ele assim pretender, fazendo a competente redução proporcional dos juros e outros acréscimos (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto, p. 559-560).

Sobre o tema, o seguinte aresto desta Corte:

> Ação ordinária. Pagamento antecipado das parcelas do financiamento. Redução parcial dos juros. Art. 52, § 2º, do CDC. Procedência parcial do pedido. É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos, nos termos do art. 53, § 2º, do CDC (TJMG - Décima Sétima Câmara Cível - Apelação nº 1.0024.07.525889-7/001 - Relator: Desembargador Lucas

Pereira - Data do Julgamento: 17.07.2008 - Data da Publicação: 05.08.2008).

In casu, observa-se que houve uma redução proporcional do *quantum debeatur*, uma vez que do montante total da dívida - R$ 7.135,68 - foi paga a quantia de R$ 5.653,32, existindo uma diferença de R$ 1.482,36.

O autor, por sua vez, não demonstrou qual o valor cobrado a título de taxa pela liquidação antecipada do contrato, bem como o excesso e a irregularidade aduzidos, motivo pelo qual incabível o acolhimento da pretendida restituição.

Com efeito, ao autor incumbe provar, de modo inequívoco, o fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Assim, não se desincumbindo o requerente do ônus que lhe impõe o indigitado dispositivo legal, impossível o acolhimento da sua pretensão.

Sobre o ônus da prova:

> Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo fato inexistente. No dizer de Kisch, o ônus da prova vem a ser, portanto, a necessidade de provar para vencer a causa, de sorte que nela se pode ver uma imposição e uma sanção de ordem processual (TEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1, p. 419).

Logo, em que pese ser direito do consumidor a redução proporcional dos juros e demais encargos em caso de liquidação antecipada do débito, patenteada a existência de diminuição no montante devido, competia àquele demonstrar a desobediência aos parâmetros legais e contratuais, o que não foi feito.

Com tais considerações, nega-se provimento ao apelo, mantendo-se a sentença em seus exatos termos.

Custas recursais, *ex lege*.

Para os fins do art. 506, III, do CPC a síntese do presente julgamento é:

1. Negou-se provimento à apelação, mantendo-se a sentença de primeiro grau em sua integralidade.

2. Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GENEROSO FILHO e OSMANDO ALMEIDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Embargos à execução fiscal - Prescrição - Crédito de natureza não tributária - Multa - PTA - Juntada - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade

Ementa: Embargos à execução fiscal. Prescrição. Crédito de natureza não tributária. Multa. PTA. Juntada. Ministério Público. Intervenção.

- Não obstante a possibilidade de a multa decorrente do exercício do poder de polícia do Município ser exigida por meio da inscrição em dívida ativa, não há como confundir tal penalidade com o tributo em si, a ensejar a aplicação do art. 174 do Código Tributário Nacional, no que concerne ao prazo prescricional, advindo a mesma do descumprimento de um dever legal, de índole administrativa, havendo de se aplicarem, pois, as normas de direito administrativo.

- É apta a amparar o processo executivo a CDA que se encontra revestida dos requisitos esculpidos pelo art. 202 do CTN e art. 2º da LEF, deixando a embargante de elidir sua presunção de liquidez e certeza, não ensejando o decreto de nulidade a ausência da juntada do processo tributário administrativo, não se verificando o alegado cerceamento de defesa.

- Nos termos da Súmula 189 do STJ, desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.995203-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Clínica Dentária Biodent S/C Ltda. - Apelada: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - 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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 30 de julho de 2009. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço dos recursos, por estarem reunidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Trata-se de embargos ajuizados por Clínica Dentária Biodent S/C Ltda. à execução fiscal promovida

pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte-MG, alegando, preliminarmente, nulidade do processo, por ausência de intimação do Ministério Público, além da "ausência nos autos dos PTAs correspondentes ao valor cobrado pelo Fisco" (f. 03), o que acarretou prejuízo à defesa, já que existe a imposição "de um valor já corrigido, sem demonstração da maneira a que se chegou, infringindo o art. 202 do CTN, bem como os dispositivos do CPC, que se aplicam subsidiariamente às execuções" (f. 04).

Sustenta a ocorrência da prescrição relativamente aos títulos do exercício de 2002, ressaltando que a "ilegalidade da cobrança está consubstanciada pela ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como ao princípio da legalidade, na medida em que a embargante não foi notificada em momento algum a respeito dos processos administrativos tributários que ensejaram a inscrição do suposto crédito na dívida ativa" (f. 09), requerendo, ao final, a procedência do pedido.

O MM. Juiz de primeiro grau, às f. 72/77, julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo, em consequência,

> a prescrição das CDAs nº 1328358 2841 358; nº 1328359 2841 359; nº 1328360 2841 360; nº 1328361 2841 361, as quais devem ser baixadas pela Fazenda Pública. A execução prosseguirá em relação às demais CDAs (f. 77).

Inconformada, apelou a embargante (f. 78/83), postulando o desbloqueio da conta corrente da empresa. Afirma, ainda, a ausência da juntada do PTA, o que impediu a defesa e a necessidade de intervenção do MP.

Contrarrazões à f. 86.

Igualmente irresignada, apelou adesivamente a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte (f. 87/90), aduzindo que, "mesmo sendo quinquenal o prazo, a prescrição não se consumou, em razão da suspensão de 180 dias prevista no art. 2º, § 3º, da Lei 6.830/80, inteiramente aplicável ao caso, em razão de a dívida em cobrança ser não tributária" (f. 89), pugnando, por isso, pelo provimento do apelo.

Devidamente intimada, a embargante não apresentou resposta, conforme certidão de f. 91-v.

Revelam os autos que a Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte ajuizou "execução fiscal" em face de Clínica Dentária Biodent Ltda., objetivando o recebimento da quantia de R$21.605,41 (vinte e um mil seiscentos e cinco reais e quarenta e um centavos), relativa a multa decorrente da distribuição de impressos a pedestres em vias e logradouros públicos, em desacordo com as normas e procedimentos legais.

A executada foi devidamente citada (f. 22), tendo-se procedido à penhora, ensejando os presentes embargos, nos quais se discutiu a ausência de intervenção do MP e de juntada do PTA, além da ocorrência da prescrição. Os embargos foram julgados parcialmente procedentes, motivando os presentes recursos.

Inicialmente, imprescindível estabelecer que o pedido de desbloqueio de conta realizado pela apelante principal é estranho à lide, na medida em que a constrição realizada no feito executivo atingiu tão somente os bens da clínica, além de não ter havido qualquer requerimento na exordial quanto à gestão.

Isso posto, não conheço do pedido de desbloqueio de conta e passo à análise da matéria tratada no apelo adesivo, por se mostrar prejudicial às demais.

A propósito do tema, impende destacar que o crédito exequendo não possui natureza tributária, uma vez que relativo à aplicação de multa decorrente da "distribuição de impressos a pedestres em vias e logradouros públicos, em desacordo com as normas e procedimentos legais", consoante disposição do art. 54, inciso II, da Lei nº 2.968/78.

Ora, não obstante a possibilidade de a aludida multa ser exigida por meio da inscrição em dívida ativa, não há como confundir tal penalidade com o tributo em si, a ensejar a aplicação do art. 174 do Código Tributário Nacional no que concerne ao prazo prescricional, advindo a mesma do descumprimento de um dever legal, de índole administrativa, havendo de se aplicarem, pois, as normas de direito administrativo.

Ao comentar o art. 113 do Código Tributário Nacional, leciona Sacha Calmon Navarro Coelho, criticando o tratamento conferido aos tributos em si e às penalidades fiscais:

> No § 1º do artigo, o legislador do CTN quis dar às multas fiscais, ou seja, ao crédito delas decorrente, o mesmo regime processual do tributo (inscrição em dívida ativa, execução forçada, garantias e privilégios típicos do crédito tributário). Para tanto, cunhou o § 1º do art. 113. Mas o fez com desastrada infelicidade, passando a ideia de que tributo e multa se confundem, o que não é permitido pelo art. 3º do CTN, nuclear e fundante do conceito de tributo, já que este último, conquanto implique, juntamente com a multa, uma prestação pecuniária compulsória, prevista em lei, em prol do Estado, dela se diferencia, precisamente, porque não é sanção de ato ilícito. Rigorosamente, a obrigação principal tem por objeto o pagamento do tributo. O não pagamento do tributo é que origina uma multa à guisa de sanção. Todavia, não quitada a multa, pode esta ser exigida como se fora crédito tributário, juntamente com o tributo. A redação do § 1º está a exigir reforma urgente.
> [...] O § 3º, tão criticável como o § 1º, completa a miranda do fautor do CTN de dar ao crédito das multas o mesmo regime do crédito tributário. O *iter* procedimental da sanção se faz agora necessário. Por primeiro, há o dever de pagar o tributo e de fazer e não fazer determinados atos. O contribuinte não paga o tributo, não pratica ato devido ou viola abstenção obrigatória. Em qualquer destas circunstâncias, há o cometimento de ilícitos (descumprimento do dever legal ou contratual). É-lhe, então, aplicada uma multa (sanção pecuniária). Em não sendo paga a multa, o dinheiro dela decorrente 'se integra' ao dinheiro decorrente do tributo. É

> isso que se quer dizer com a redação do § 3º, predicando uma conversão (absurda) de multa em tributo, seres deonticamente distintos. Tudo para que ao débito dos tributos se juntasse o débito das multas fiscais, objetivo pragmático conseguido às expensas de uma péssima redação, incitadora de descaminhos doutrinários (*in Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 697/698).

O abalizado doutrinador Paulo de Barros Carvalho também lançou severa crítica à expressão "penalidade pecuniária", incluída no § 1º do art. 113 do CTN, consignando que

> basta acudir à mente com a definição de tributo, fixada no art. 3º desse Estatuto, em que uma das premissas é, precisamente, não constituir a prestação pecuniária sanção de ato ilícito (*in Curso de direito tributário*. 8. ed., Ed. Saraiva, p. 201).

Das lições supratranscritas, infere-se que não se confundem, sequer, os tributos com as penalidades incidentes pelo não pagamento deles, mostrando-se despropositada a aplicação do Código Tributário Nacional no que toca ao prazo prescricional, já que exigida, repita-se, penalidade de natureza administrativa, em razão do exercício de poder de polícia pelo Município de Belo Horizonte.

Decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, a respeito da inaplicabilidade do Código Tributário Nacional no caso tratado nos presentes autos:

> Processo civil e administrativo. Cobrança de multa pelo Estado. Prescrição. Código Civil e/ou Decreto 20.910/32.
> 1. A relação jurídica que deu origem ao crédito cobrado por execução fiscal, embora não sendo tributária, é de índole administrativa.
> 2. Prescrição que não está disciplinada no CTN nem no Código Civil, mas no Decreto 20.910/32.
> 3. Recurso especial improvido (REsp 280229/RJ, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, j. em 16.04.2002).

Assim, na ausência de previsão legal específica, impõe-se a aplicação do prazo prescricional de cinco anos, em analogia com a prescrição que regula o direito administrativo, levando-se em consideração a natureza administrativa da relação jurídica que originou o crédito, merecendo destaque parte do voto proferido pelo eminente Desembargador Alvim Soares, quando do julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.97.042628-4/001(1), em 19 de dezembro de 2005:

> Inicialmente, é mister realçar que o crédito reclamado não tem natureza tributária; pelo contido na CDA de f. 03TJ, trata-se de multa aplicada à apelada por funcionar sem alvará de localização, isto é, multa de natureza administrativa, decorrente do exercício do poder de polícia.
> Assim, assiste razão à apelante quando afirma que inaplicável à espécie o Código Tributário Nacional; todavia, consoante a jurisprudência desta Corte, embora não aplicável a regra de prescrição do art. 174 do CTN, inaplicável a prescrição regulada no Código Civil.
>
> Na lição de Luís Roberto Barroso, em parecer sobre a prescrição administrativa referente às sanções fundadas no exercício do poder de polícia (*RT* nº 779, p. 113 a 132), '[...] o direito administrativo adotou como regra, desde sempre, o prazo máximo de prescrição de 5 (cinco) anos, tanto em favor da Administração como contra ela [...] analogia para determinação do prazo prescricional, na hipótese, deve ser estabelecida com o direito administrativo - e não com o direito civil -, que sempre teve por regra, ainda quando não expressamente positivada, o prazo de prescrição máximo de 5 (cinco) anos'.

Nesse sentido, o posicionamento uníssono desta egrégia Corte de Justiça:

> Execução fiscal. Cobrança. Multa. Administrativa. Prescrição. Prazo quinquenal. Dec. 20.910/32. Aplicação.
> - É de cinco anos o prazo de prescrição para a cobrança de multa decorrente do exercício do poder de polícia conferido ao Município, já que a relação jurídica que deu origem àquela tem natureza administrativa.
> - Inteligência do Dec. 20.910/32 (Apelação Cível nº 1.0024.04.413455-9/001(1), Rel. Des. Manuel Saramago, j. em 27.10.2005).

> Execução fiscal. Multa administrativa. Prescrição quinquenal. Aplicação do Decreto 20.910/32. Prescrição intercorrente. Reconhecimento de ofício pelo Juiz. Audiência prévia da Fazenda Pública. Possibilidade. Sentença mantida.
> - A relação jurídica decorrente da imposição de multa pelo exercício do poder de polícia é administrativa, devendo a prescrição ser disciplinada pelo Decreto 20.910/32, e não pelo Código Civil. Se o decreto prescricional realizado de ofício pelo Juiz observou a audiência prévia da Fazenda Pública, permitindo-lhe arguir eventuais causas interruptivas ou suspensivas do instituto, em perfeita sintonia com o princípio do devido processo legal, tem-se como imperiosa a manutenção da sentença impugnada (Apelação Cível nº 1.0024.95.002821-7/001(1), Rel. Des. Edilson Fernandes, j. em 13.12.2005).

> Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Reconhecimento de ofício. Lei Federal nº 11.051/04. Aplicação parcial. Processos em curso. Multa administrativa. Cobrança. Decreto nº 20.910/32.
> - O § 4º do art. 40 da Lei Federal nº 6.830/80, que foi acrescentado pelo art. 6º da Lei Federal nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 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 quinquenal intercorrente nas execuções fiscais em curso. À cobrança de multa decorrente do poder de polícia exercido por Município aplica-se, também, o prazo prescricional de cinco anos do Decreto nº 20.910/32, tendo em vista a natureza administrativa da relação jurídica que deu origem ao crédito. Nega-se provimento ao recurso (Apelação Cível nº 1.0024.98.064315-9/001(1), Rel. Des. Almeida Melo, j. em 07.12.2005).

Feitas essas considerações, tenho que agiu com acerto o Magistrado singular, na medida em que, referentemente às CDAs de f. 06, 08, 10 e 12, os débitos

encontram-se prescritos, já que a incidência da correção monetária e juros começou em 20.08.2002, quando, então, já se encontrava constituído o crédito, tendo em vista a incidência dos consectários legais, tendo sido prolatado o despacho que ordenou a citação em 09.10.2007 (f. 20), pelo que patente a prescrição da pretensão.

No que concerne ao prazo de suspensão de 180 dias prevista no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80, sou pela sua inaplicabilidade, na medida em que tal disposição foi instituída por meio de lei ordinária, que não foi recepcionada como lei complementar, não podendo, por isso, tratar de prazo prescricional.

Sobre o tema, Cláudia Rodrigues:

> No direito tributário, a decadência e a prescrição têm tratamento privilegiado em relação à legislação civil ou privada, visto que, por comporem as normas gerais em matéria da legislação, somente podem ser veiculadas em lei complementar (CF, art. 146, III, *b*) por onde nenhuma lei ordinária pode dispor, como corriqueiramente se vê, inclusive na Lei de Execução Fiscal (*in O título executivo na execução da dívida ativa da fazenda pública*, p. 216).

Nesse sentido:

> Ementa: Processual civil e tributário. Prescrição. Termo *a quo*. Constituição definitiva do crédito tributário. Inaplicabilidade das disposições contidas em lei ordinária. Prevalência da lei complementar. Inteligência dos arts. 146 e 174, ambos do CTN e arts. 2º e 8º, ambos da Lei 6.830/80.
> - A interrupção da prescrição tributária ocorre com a citação do devedor, não prevalecendo a regra constante de lei ordinária, que impõe que tal situação se efetive com o simples despacho ordenatório da citação, nem mesmo a suspensão de sua contagem por cento e oitenta dias a partir da inscrição em dívida ativa (Apelação Cível nº 1.0000.00.345702 -5/000 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Apelado: Clube Atlético Mineiro - Relator: Des. Dorival Guimarães Pereira).

Isso posto, nego provimento ao apelo adesivo e passo à análise do apelo principal.

No que se refere à alegação de nulidade do feito, quanto à não intervenção do MP, registro o disposto na Súmula nº 189 do STJ, *verbis*: "É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais".

Nesse sentido, e em consequência, a jurisprudência do STJ:

> Processual civil e tributário. Agravo regimental no recurso especial. Embargos à execução fiscal. Interpretação de dispositivos constitucionais. Inadequação da via eleita. Alegação de nulidade da certidão de dívida ativa. Forma de cálculo da obrigação principal e dos juros de mora. Regularidade do título reconhecida na corte de origem. Impossibilidade de revisão em sede de recurso especial. Rediscussão de matéria fático-probatória. Súmula 07/STJ. Deficiência na fundamentação do recurso. Súmulas 282 e 284 do STF. Intervenção do Ministério Público em execução fiscal. Desnecessidade. Súmula 189/STJ. Divergência jurisprudencial. Ausência de demonstração analítica do dissídio.
> 1. Os arts. 202 e 203 do CTN e 2º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.830/80 preconizam que a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida em que contenha todas as exigências legais, inclusive a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como a forma de cálculo de juros e de correção monetária.
> 2. A finalidade dessa regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias.
> 3. A verificação do preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de recurso especial, ante a incidência da Súmula 07/STJ.
> 4. A ausência de pertinência dos dispositivos legais apontados como malferidos, em sede de recurso especial, com a controvérsia jurídica dirimida no aresto recorrido, evidencia a deficiência na fundamentação recursal que, por si só, atrai a aplicação do Enunciado sumular nº 284/STF: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia'.
> 5. 'É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais' (Súmula nº 189/STJ).
> 6. A ofensa a princípios e preceitos da Carta Magna não é passível da apreciação em sede de recurso especial.
> 7. A admissão do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional exige a demonstração do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração analítica das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, bem como pela juntada de certidão ou de cópia integral do acórdão paradigma, ou, ainda, a citação do repertório oficial de jurisprudência que o publicou, não bastando, para tanto, a simples transcrição de excertos de votos constantes dos paradigmas.
> 8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 972.700/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09.09.2008, *DJe* de 29.09.2008.)

> Processual civil. Recurso especial. Execução fiscal. Agravo de instrumento em face de decisão interlocutória. Art. 527 do CPC. Desnecessidade de intervenção do Ministério Público. Súmula 189/STJ. Agravo de instrumento provido monocraticamente com base no § 1º-A do art. 557 do CPC.
> 1. A presença de pessoa jurídica de Direito Público no litígio não determina, por si só, a intervenção obrigatória do Ministério Público, sendo certo que restam inconfundíveis o 'interesse público' com o interesse patrimonial da Fazenda Pública, veiculado em execução fiscal, entendimento cristalizado na Súmula 189/STJ, *verbis*: 'É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais' (Precedentes do STJ: REsp 801.028/DF, Rel.ª Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, *DJ* de 08.03.2007; e REsp 669.563/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 12.04.2005, *DJ* de 23.05.2005).
> 2. Outrossim, à luz do art. 527 do *Codex* Processual, não se revela obrigatória a oitiva do Ministério Público nos casos de indeferimento ou negativa de seguimento liminar do agravo

de instrumento, com fundamento no art. 557 do mesmo diploma legal.
3. Deveras, o mesmo tratamento processual conferido à negativa liminar de seguimento do agravo de instrumento deve ser dado ao provimento *in limine* do aludido recurso, nas hipóteses em que a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, razão pela qual se dessume a ausência de obrigatoriedade de intimação prévia do *Parquet*, em observância ao princípio da celeridade processual.
4. Recurso especial do *Parquet* estadual desprovido. (REsp 824.352/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09.09.2008, *DJe* de 01.10.2008.)

Processual civil e tributário. Embargos à execução fiscal. Intervenção do MP. Desnecessidade. CDA. Requisitos. Reexame fático-probatório. Impossibilidade.
1. 'É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.' Dicção da Súmula 189/STJ.
2. A investigação acerca da falta dos requisitos formais da CDA, capaz de abalar a presunção de certeza e liquidez de que goza o título, atrai o Óbice sumular nº 7/STJ.
3. Não houve a demonstração da exata similitude fático-jurídica entre os acórdãos tidos por divergentes e, tampouco, o cotejo analítico entre eles, o que se afigura indispensável para a admissão do apelo especial, conforme os ditames estabelecidos pelo § 2º do art. 255 do RISTJ e art. 541, parágrafo único, do CPC.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp 681.500/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12.08.2008, *DJe* de 26.08.2008).

No que se refere à juntada aos autos do processo tributário administrativo, não se olvida que determina o art. 203 do Código Tributário Nacional que

> omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior ou o erro a eles relativo são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado, o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada.

Todavia, imprescindível dizer que o art. 202 do CTN especifica que o termo de inscrição da dívida ativa indicará obrigatoriamente o nome do devedor e, sendo o caso, o dos corresponsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros; a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos; a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que se haja fundado; a data em que foi inscrita; e, sendo o caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

No caso em espeque, as CDAs acostadas aos autos especificam o processo tributário administrativo que ensejou o débito, qual seja o de nº 01.093646.06-09, estando, portanto, obedecido o disposto no art. 202 do CTN, não existindo dispositivo legal que determine a juntada do PTA aos autos.

Nesse sentido:

Processo civil. Execução fiscal. Multa trabalhista. Cerceamento de defesa. Processo administrativo fiscal. Intervenção ministerial. Auto de infração. Notificação válida. Divergência jurisprudencial. Transcrição de ementas. Ausência de semelhança fática.
1. Inexiste cerceamento de defesa na recusa motivada à produção de prova, reputada pelo Juízo como impertinente à solução da demanda.
2. A juntada do processo administrativo fiscal na execução fiscal é determinada segundo juízo de conveniência do magistrado, quando reputado imprescindível à alegação da parte executada. A disponibilidade do processo administrativo na repartição fiscal impede a alegação de cerceamento de defesa.
3. É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais (Súmula 189/STJ).
4. É válida a notificação de auto de infração relativo à multa trabalhista expedida ao endereço da infratora, ainda mais quando recebido por pessoa identificada como habilitada ao recebimento de correspondência judicial.
5. Recurso não conhecido pela divergência jurisprudencial, diante da ausência de cotejo analítico e de semelhança fática entre os acórdãos recorrido e paradigma.
6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido (REsp 1050058/SP, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.11.2008, *DJe* de 25.11.2008).

Especificamente sobre a cobrança de multa por descumprimento da legislação municipal, já se manifestou o TJMG, *verbis*:

Ementa: Execução fiscal. Multa. Exploração de veículos de propaganda e publicidade em logradouros públicos sem prévia licença. Exigência da juntada do PTA. Inadmissibilidade. Prescrição.
- É incabível a exigência de que a inicial da ação de execução fiscal venha instruída com o processo administrativo. A sua ausência não invalida nem retira a presunção de certeza e liquidez do débito regularmente inscrito.
- A prescrição de créditos decorrentes de multas pela inexistência de prévia licença para exploração, utilização e publicidade nos logradouros públicos, porque decorrentes do não pagamento de taxa obrigatória, é de cinco anos (art. 168, I, do Código Tributário).
- A prescrição da ação de cobrança de multas originárias de autos de apreensão de mercadorias expostas e impróprias ao consumo, também de cinco anos, é regida pelo art. 220 do Decreto nº 5.616/97 (Apelação Cível nº 000.291.525-4/00 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) JD da 4ª Vara da Fazenda Municipal da Comarca de Belo Horizonte, 2ª) Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Apelado: EPA Supermercados S.A. - Relator: Des. Wander Marotta).

Ademais, o que se vê dos autos é que o PTA nº 01.093646.06-09 foi a eles juntado com a impugnação (f. 45/58), donde exurge claro que a empresa embargante foi notificada dos autos de infração, podendo se

defender, o que não fez, pelo que não há que se falar em cerceamento de defesa.

Mediante tais considerações, nego provimento a ambos os recursos, para manter a douta decisão de primeiro grau.

Custas recursais, pelos apelantes, na forma da lei.

DES. ELIAS CAMILO - Acompanho a eminente Relatora, para também negar provimento aos recursos, ressalvando o meu entendimento de que, possuindo o crédito em debate natureza não tributária, uma vez que decorrente de penalidade de natureza administrativa, aplica-se à espécie a regra do art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80:

> A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

Desse entendimento não discrepam os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> Trata-se de execução de multa (penalidade administrativa), não se caracterizando como tributo, o que afasta a incidência do Código Tributário Nacional (REsp 429868/SC, Rel.ª Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 09.03.2006, *DJ* de 03.04.2006, p. 227).
>
> No tocante às dívidas de natureza não tributária, no entanto, é de reconhecer que obedecem ao disposto na Lei nº 6.830/80, especialmente no tocante aos prazos de suspensão e interrupção da prescrição. A esse respeito, preleciona Manoel Álvares que 'a suspensão prevista no § 3º deste art. 2º, assim como a interrupção do art. 8º, § 2º, todos da LEF, são ineficazes em relação às dívidas de natureza tributária, sujeitas às normas do art. 174 do CTN. Mas a suspensão e a interrupção têm eficácia em relação às dívidas de natureza não tributária' (cf. *Código Tributário Nacional comentado*. Coordenador: Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 713). (REsp 652482/PR, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 10.08.2004, *DJ* de 25.10.2004, p. 326.)

Com tais considerações, também nego provimento aos recursos, mantendo a sentença vergastada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

DES. FERNANDO BOTELHO - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Indenização - Dano material - Reclamatória trabalhista - Contratação de advogado e assistente técnico - Opção da parte - Acordo alheio à relação jurídica - *Jus postulandi* - Art. 791 da CLT - Dever de indenizar - Inexistência

Ementa: Ação de reparação. Contratação de advogado para ajuizamento de demanda trabalhista e assistente técnico. Opção da parte. *Jus postulandi*. Art. 791 da CLT. Inexistência do dever de indenizar.

- O fato de a postulante optar pela contratação de advogado e assistente técnico, mediante remuneração, para a defesa de seus interesses trabalhistas, não induz responsabilidade do ex-empregador, uma vez que este não participou da relação contratual, não praticou qualquer ilícito relacionado à contratação de advogado nem interferiu no valor dos honorários contratados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.997752-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Bradesco Saúde S.A. - Apelada: Carla Rejane Santana Lopes - Relator: 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, 30 de julho de 2009. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Bradesco Saúde S.A., qualificado nos autos, contra a sentença proferida em ação de indenização por dano material que lhe move Carla Rejane Santana Lopes.

A autora alegou, em síntese, na inicial, que ajuizou uma reclamatória trabalhista em face do banco réu, sendo compelida, diante das circunstâncias, a contratar um advogado, situação em que se criou uma nova relação jurídica, pois o reclamante passa a ser credor de um valor que foi obrigado a pagar por culpa e irresponsabilidade da empresa, ora devedora, uma vez que foi ela quem deu causa à ação trabalhista.

Asseverou que, para a defesa do seu direito, foram pagos R$14.100,15 de honorários advocatícios, bem como as despesas do assistente técnico em R$1.000,00 e imposto de renda, na quantia de R$12.791,67.

Requereu a condenação do banco réu a lhe ressarcir R$15.100,00 (quinze mil e cem reais) pelo prejuízo sofrido, devendo pagar os honorários advocatícios e despesas indispensáveis ao ajuizado da ação trabalhista e ainda o valor despendido a título de imposto de renda.

Pediu a concessão da assistência judiciária.

Concedida a gratuidade à f. 173, foi o banco réu citado, apresentando a defesa de f. 180/196, alegando que o recibo de f. 34 não tem nenhum lastro, inexistindo nos autos o contrato de honorários.

Asseverou que, ante a ausência de prestação de serviço e de prejuízo, não há que se falar em indenização, sendo, por outro lado, desnecessária a atuação do advogado em causa trabalhista, nos termos do art. 791, *caput*, da CLT. Pediu seja indeferido o pedido inicial.

Sobreveio a sentença de f. 207/213, que julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condenar o banco réu a pagar à autora a título de danos materiais a importância de R$15.100,15, corrigida monetariamente pelos índices da CGJ desde o desembolso, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Condenou ambas as partes ao pagamento das despesas processuais, na razão de 1/3 para a autora e 2/3 para a ré. Condenou ainda as partes ao pagamento dos honorários advocatícios, na mesma proporção, em 20% sobre o valor da condenação, podendo ser compensados nos termos da Súmula nº 306 do STJ, suspensa a exigibilidade em relação à autora por se encontrar sob o pálio da assistência judiciária.

A autora apresentou os embargos declaratórios de f. 214/215, que foram rejeitados pela decisão de f. 216.

Bradesco Saúde S.A. interpôs o recurso de apelação de f. 217/233, alegando que não houve ato ilícito a ensejar a reparação requerida pela autora na inicial, pois o contrato celebrado entre a apelada e seu patrono foi ato alheio e distinto do direito material, não podendo a apelante responder por um contrato do qual não participou e a que não deu causa.

Asseverou que não há necessidade de constituição de advogado para se ajuizar uma demanda trabalhista, nos termos do art. 791, *caput*, da CLT, podendo, ainda, ter sido utilizado o advogado do sindicato.

Lembrou também a ausência de demonstração de danos, pois a apelada deveria ter juntado aos autos, no mínimo, a cópia do contrato de honorários advocatícios.

Intimada a parte apelada, nada manifestou.

Recurso próprio, tempestivo e devidamente preparado, dele eu conheço.

Depreende-se das razões recursais que o banco apelante não se conforma com a sentença que o condenou a ressarcir a autora da quantia despendida com o pagamento de honorários advocatícios e assistente contábil em uma ação trabalhista contra ele ajuizada.

Sobre o tema em debate, já me manifestei em diversos casos semelhantes, tal como no Recurso de Apelação nº 1.0024.06.238926-7/001, julgado em 29.11.07, no sentido das razões aqui apresentadas, pois, a teor do que dispõe o art. 186 do CC/2002, para a configuração da responsabilidade civil, necessários os seguintes pressupostos: ato ilícito cometido pelo agente por sua culpa, dano para a vítima e nexo de causalidade entre uma e outro.

O acesso ao Judiciário é garantia fundamental constitucionalmente protegida (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), oportunizando a quem quer que seja o direito de procurar o Judiciário para ver solucionada controvérsia à luz do direito. Assim é lícito a qualquer das partes a propositura de ação judicial.

Do mesmo modo, não pode ser considerada ato ilícito a resistência da parte a um pedido proposto judicialmente, tendo em vista os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Na hipótese, deve ser dito que a autora, ora apelada, contratou advogado para postular direitos na Justiça do Trabalho, a qual dispensa a presença de procurador, nos termos do art. 791 da CLT. Contudo, se a parte opta pela contratação de advogado, apenas a ela incumbe o pagamento de seus honorários contratuais, tendo em vista o princípio do *jus postulandi* aplicável na seara trabalhista.

Ainda que a Justiça do Trabalho tenha reconhecido que o banco apelante, ora apelado, violou a legislação trabalhista, deixando de pagar algumas verbas a que a autora/apelada tinha direito, tal fato não constitui ato ilícito, uma vez que o empregador que descumpre a legislação trabalhista já está sujeito a multa e outras penalidades previstas na referida legislação, e assim indevida a indenização por danos materiais requerida pela autora.

A propósito:

> Ação de indenização por danos morais e materiais - Honorários contratuais do advogado - Acordo alheio à relação jurídica versada nos autos - Justiça do Trabalho - *Jus postulandi* - Inexistência do dever de indenizar.
> - No caso dos autos, os honorários contratuais decorrem de acordo celebrado livremente entre a apelante e seu patrono, totalmente alheio, portanto, à relação de direito material que deu ensejo à ação.
> - Não tendo o autor exercido o seu direito garantido no art. 791 da CLT nem se utilizado dos serviços oferecidos pelo sindicato para demandar na Justiça do Trabalho, preferindo contratar advogado particular, não pode agora pretender que a ré arque com os honorários advocatícios contratados para se fazer representar naquela Justiça especializada.
> - Não havendo prova de algum dos elementos essenciais à configuração da responsabilidade civil, não há que se falar em obrigação de indenizar. (TJMG, Apelação Cível nº 2.0000.00.509716-9/000, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Elpídio Donizetti, data do julgamento: 17.11.2005.)

Assim, o fato de a postulante ter que ajuizar a referida ação trabalhista para receber suas verbas labo-

rais não induz responsabilidade do ex-empregador ao pagamento dos honorários do advogado por ela contratado, uma vez que este não participou da relação contratual, não praticou qualquer ilícito relacionado à contratação de advogado e assistente técnico nem interferiu no valor dos honorários advocatícios contratados.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de apelação para julgar improcedentes todos os pedidos apontados na inicial. Deverá a autora arcar com as custas processuais, inclusive as recursais, e honorários advocatícios, que fixo em R$1.000,00, suspensa a exigibilidade por se encontrar sob o pálio da assistência judiciária (f. 173).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANGELINA CASTILHO DUARTE e ANTÔNIO DE PÁDUA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Embargos do devedor - Defensor dativo - Execução de honorários - Inicial instruída com certidão de escrivão - Preliminar de ofício - Ausência de título - Extinção sem julgamento do mérito - Cabimento

Ementa: Apelação cível. Embargos do devedor. Execução de honorários de advogado dativo. Inicial instruída com certidão de escrivão. Preliminar de ofício. Ausência de título. Extinção sem julgamento do mérito. Cabimento.

- Não obstante ser responsabilidade do ente estatal prover a assistência judiciária integral e gratuita aos hipossuficientes, mostra-se incabível o pagamento da verba honorária a defensor dativo, por via de execução, em virtude da ausência de título hábil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0472.08.021460-5/001 - Comarca de Paraguaçu - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Henrique Moterani Rocha - Relatora: DES.ª SANDRA FONSECA

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, EM, DE OFÍCIO, REFORMAR A SENTENÇA PARA JULGAR EXTINTA A EXECUÇÃO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 8 de setembro de 2009. - *Sandra Fonseca* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SANDRA FONSECA - Cuida-se de recurso de apelação, interposto pelo Estado de Minas Gerais, da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados em embargos à execução, condenando o apelante ao pagamento do valor consignado nas certidões de f. 07 e 08 dos autos da ação executiva, com incidência de juros de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da citação, e correção monetária, segundo a tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, considerando a data de expedição das certidões.

Os honorários advocatícios devidos ao patrono do apelado foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da execução, a ser apurado em liquidação de sentença, constando que a importância valeria para a execução e para os embargos.

Em relação ao pagamento das custas, isentou-se o apelante.

Nas razões recursais, o ente estatal apelante arguiu, em preliminar, a carência de ação, haja vista a ausência de requerimento administrativo para pagamento dos honorários.

No mérito, sustentou a desobediência aos ditames da Lei Estadual nº 13.166/99, que preconiza as providências para recebimento do crédito.

Disse que não foi comprovado que a atuação do apelado como advogado dativo se deu em defesa de réu pobre cível ou criminal, o que afasta a responsabilidade estatal pelo provimento da assistência judiciária.

Asseverou ser incabível a incidência de juros de mora e de correção monetária, considerando que a aplicação dos consectários não constou da certidão executada.

Aduziu que, se for mantida a condenação em juros de mora, que estes incidam à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ressaltando o cabimento da diminuição dos honorários sucumbenciais fixados.

Ao final, requereu o provimento do recurso para reformar a sentença, extinguindo a execução sem resolução do mérito. Sucessivamente, pugnou pela improcedência dos pedidos formulados no procedimento executivo ou a diminuição do valor da condenação, dos honorários fixados na sentença dos embargos e dos juros de mora arbitrados.

Contrarrazões, às f. 39/43, pugnando o apelado pela manutenção da decisão recorrida.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, levanto, de ofício, preliminar de ausência de título executivo.

Preliminar de ofício.

Ausência de título executivo.

Extrai-se dos autos que o apelado ajuizou execução de título em face do Estado de Minas Gerais,

instruindo a inicial com certidões expedidas pela escrivania judicial da Comarca de Paraguaçu, as quais se referem à fixação da verba honorária.

Como é sabido, cabe ao Estado prover a assistência judiciária integral e gratuita aos hipossuficientes, o que abarca os honorários do defensor dativo, conforme preconizam os arts. 5º, LXXIV, da Constituição da República e 3º, V, da Lei nº 1.060/50.

Da mesma forma, ao advogado dativo é conferido o direito de recebimento da verba honorária, segundo preconizam a Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), a Constituição do Estado de Minas Gerais e a Lei Estadual nº 13.166/99.

Entrementes, não se vislumbra o cabimento do recebimento pela via da execução, haja vista que não há título hábil contra o ente estatal.

Primeiro, porque não há nos autos qualquer decisão condenatória contra o Estado de Minas Gerais em que figure o apelado como credor, razão pela qual não há título judicial.

Ressalte-se que, para constituição do título judicial, é imperiosa a participação da parte na ação de conhecimento, observando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, com o escopo de discutir o valor da importância arbitrada, atribuindo-se a qualidade de certeza à dívida.

Segundo, considerando que, em se tratando de título extrajudicial, imperiosa é a participação do devedor, pessoalmente, na formação do título.

Registre-se que a certidão lavrada pelo escrivão, em que consta o valor arbitrado a título de honorários, não detém força executiva, uma vez que não figura no rol taxativo do art. 585 do Código de Processo Civil, que trata dos títulos extrajudiciais.

Nem se diga que cabível a utilização do disposto na Lei Estadual nº 13.166/99, que confere eficácia executiva à mencionada certidão, para fins de pagamento de advogados dativos, uma vez que é de competência privativa da União legislar sobre matéria processual, o que inclui a criação de novos títulos executivos extrajudiciais.

Nessa esteira, conclui-se que a execução proposta pelo apelado falece de requisito indispensável à utilização do procedimento executivo, qual seja o próprio título.

Assim vem se posicionando a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

> Ementa: Defensor dativo. Honorários advocatícios. Responsabilidade do Estado. Dependência de sentença judicial. Inexistência de título executivo. - Os títulos executivos têm definição legal, sendo taxativa sua enumeração, da competência legislativa exclusiva da União. (TJMG, Processo nº 1.0107.06.500001-3/001(1), Rel. Des. Ernane Fidélis, publ. em 11.8.2006.)

> Ementa: Execução. Embargos do devedor. Advogado nomeado como defensor dativo para atuar em processos judiciais. Certidões. Inexistência de título executivo. Embargos acolhidos. - Os títulos executivos têm definição legal, sendo taxativa sua enumeração, e somente a União tem competência legislativa para criá-los, razão pela qual a certidão expedida pela Secretaria do Juízo, comprobatória de que o advogado atuou como defensor dativo em feito do qual não participou o Estado de Minas Gerais, não constitui título executivo contra este. (TJMG, Processo nº 1.0472.06.010268-9/001(1), Rel. Des. Maurício Barros, publ. em 21.11.2006.)

Assim é que a via escolhida não se mostrou correta para o fim pretendido, motivo pelo qual a solução dada pelo Juízo *a quo* aos embargos não se mostrou adequada.

Nessa esteira, os embargos à execução deveriam ser acolhidos para extinguir a execução por falta de título.

Registre-se que a matéria atinente à ausência de título é reconhecível de ofício, em qualquer grau de jurisdição, a teor do art. 267, § 3º, do diploma processual civil.

Dessa forma, em preliminar de ofício, reformo a sentença para julgar extinta a execução promovida pelo apelado, por falta de pressuposto válido de constituição do processo, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

Honorários advocatícios. Custas.

Diante da inversão da sucumbência, fixo os honorários do procurador do Estado de Minas Gerais em R$ 800,00 (oitocentos reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, cujo pagamento fica com a exigibilidade suspensa, já que o apelado litiga sob o pálio da justiça gratuita.

Custas, pelo apelado, suspensas em razão da assistência judiciária.

Conclusão.

Com esses fundamentos, em preliminar de ofício, reformo a sentença para julgar extinta a execução promovida pelo apelado, por falta de pressuposto válido de constituição do processo, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

DES. ERNANE FIDÉLIS - De acordo com a Relatora.

DES. EDILSON FERNANDES - Os defensores dativos, como se sabe, exercem encargo público, atuando nas localidades do interior onde a Defensoria Pública estadual não se faz presente ou não está devidamente estruturada para atender à demanda dos necessitados da assistência judiciária, e assim o fazem consoante os termos da Constituição Estadual e da legislação estadual pertinente.

A certidão que instrui a inicial executória goza de fé pública (art. 19, II, da CF/88) e de presunção de legitimidade e veracidade própria dos atos administrativos. Constitui, por isso, prova inequívoca da nomeação do apelado como defensor dativo de pessoas carentes em

processos judiciais, cujas sentenças, que fixaram os honorários em seu favor, já transitaram em julgado.

A Lei nº 8.906/94 estabelece que, uma vez prestada a assistência judiciária gratuita por advogado nomeado pelo juiz, para patrocinar causa de juridicamente necessitado, o mesmo faz jus à percepção de honorários fixados pelo juiz, a serem pagos pelo Estado (art. 22, § 1º).

Tal norma é repetida no art. 272 da Constituição do Estado de Minas Gerais.

O art. 10 da Lei Estadual nº 13.166/99, que regulamenta esse preceito constitucional, prescreve que, "após o trânsito em julgado da sentença, será certificado à repartição fazendária competente o valor dos honorários arbitrados, a fim de que seja realizado o pagamento, no prazo de um mês, observada a ordem de apresentação das certidões", que possuem eficácia de título executivo, conforme dispõe o § 2º do aludido artigo.

De acordo com as normas federal (Estatuto da OAB) e estadual (CEMG e Lei nº 13.166/99), o advogado dativo é procurador da parte necessitada e faz jus aos honorários arbitrados ou fixados em seu favor, pois prestou serviço valioso e indispensável à Justiça, à sociedade e ao próprio apelante, que é quem não cumpriu com o dever de prestar a assistência judiciária ao necessitado, motivo pelo qual o Direito Positivo lhe impõe a responsabilidade pelo pagamento dos honorários.

A relação jurídica existente relativa ao direito material do apelado e ao dever de o apelante realizá-lo é decorrência legal imposta pelo art. 22, § 1º, da Lei nº 8.906/94, c/c o art. 272 da CEMG, e pela garantia de que todo trabalho será remunerado de forma justa.

A simples fixação de honorários em favor do advogado dativo que atuou como defensor dos interesses de parte pobre é fato gerador da obrigação de o Estado pagá-los, configurando o nexo de causalidade, razão pela qual é desnecessária a sua participação naquela relação processual.

A eficácia de título executivo à decisão judicial que fixa os honorários ao defensor dativo também é decorrência do Direito Positivado. O § 2º do art. 10 da lei estadual não cria um título executivo, apenas repete o art. 24 da LC nº 8.906/94, harmonizando-se com a norma federal.

Não se mostra razoável exigir que o advogado - no exercício de encargo próprio da Advocacia Pública e essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos dos arts. 133 e 134 da Constituição da República, aceitando a nomeação pelo Estado-juiz para receber os honorários que serão fixados na sentença - tenha que se valer do oneroso e demorado processo de conhecimento para, após o seu desfecho, obter um título executivo judicial.

Assim como os honorários de perito, de intérprete ou de tradutor, os honorários de defensor dativo aprovado por ato do juiz da causa em que atuou já se revestem, por si sós, das características do título executivo extrajudicial, previsto no art. 585, VI, do CPC, dispensando a participação do Estado, nos termos do art. 12, I, do CPC, seja no polo passivo, seja no ativo da relação processual.

A fixação e a distribuição dos encargos de sucumbência são feitas entre os litigantes, mas a estipulação dos honorários devidos pelo Estado negligente é ato de caráter administrativo, exigido no art. 585, VI, do CPC, ou seja, "quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial".

Embora o advogado não seja considerado auxiliar do Juízo, exerce função nobre e indispensável à administração da justiça, bastando a aprovação do juiz da causa para estipular a importância suficiente para remunerar o trabalho prestado no exercício do encargo próprio da advocacia pública, cuja liquidez e certeza decorre do disposto no art. 585, atual inciso VI, do CPC.

Nem se diga que ao Estado, negligente no cumprimento do seu dever de prestar assistência jurídica aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV), deveria ser assegurada a participação na formação do título judicial, cuja invalidade decorre de sua própria omissão, sob pena de não poder questionar o *quantum* fixado no processo de conhecimento.

Com a devida vênia, o *quantum* já é administrativamente aprovado pelo Estado-juiz, dentro dos limites previamente estabelecidos na Lei Estadual nº 13.166/99, que veda a fixação superior à remuneração básica do Defensor Público (art. 1º, § 3º).

Qualquer excesso poderá ser eventualmente questionado em sede de embargos (art. 741, V, do CPC), sendo forçoso admitir que o título é extrajudicial, porém aprovado pelo juiz da causa, na forma prevista no art. 585, antigo inciso V, atual inciso VI, do CPC, cabendo destacar a oportuna lição de Araken de Assis sobre o tema em discussão:

> Segundo a cláusula final do art. 585, V, tais créditos dependem de aprovação judicial. O sentido dessa aprovação se afigura duvidoso, mas, seguramente, não figurando os auxiliares do juízo como partes no processo, inexiste condenação, e, por tal motivo, a eficácia não é a do título judicial (art. 584, I). De ordinário, as custas devidas aos serventuários são cotadas nos autos, e seu valor se encontra previsto, ainda que na forma de escala móvel, no regimento respectivo; de seu lado, o juiz arbitra a remuneração do tradutor ou do perito, estipulando por lei a quem incumbe o ônus de suportá-la (art. 33). Em princípio, configura-se assim o crédito, e a aprovação é medida de caráter administrativo sobre sua regularidade.
>
> A escassa aplicação do art. 585, V, deriva do regime de pagamento das despesas processuais no estatuto em vigor. O art. 19, *caput*, 1ª parte, estabelece a responsabilidade da parte pelo adiantamento das custas e emolumentos, e, portanto, dificilmente o crédito do serventuário ficará insatisfeito. A sentença condenará o vencido (art. 20). Nesta contingência, o vencedor se sub-roga no crédito e o executará com fundamento no art. 567, III.

> Quando algum auxiliar não receber seu pagamento, a exemplo do perito que apresentou o laudo sem o prévio adiantamento dos seus honorários (art. 33, parágrafo único), então se valerá, após ratificação judicial do valor, do disposto no art. 585, V (in *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI. Forense, 1999, p. 171/172).

O colendo Superior Tribunal de Justiça, sistematicamente e de forma reiterada, já decidiu pela natureza de título executivo conferido à sentença que fixa ou arbitra honorários advocatícios a defensor dativo e pela responsabilidade do Estado pelo pagamento, em execução forçada (REsp nº 686.143/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, *DJ* de 28.11.2005).

> Processual civil. Honorários advocatícios. Processo crime. Defensor dativo. Sentença que fixa os honorários. Título executivo judicial.
> 1. A verba fixada em prol do defensor dativo em nada difere das mencionadas no dispositivo legal que a consagra em proveito dos denominados 'Serviços Auxiliares da Justiça' e que consubstanciam título executivo (art. 585, V, do CPC).
> 2. A fixação dos honorários do defensor dativo é consectário da garantia constitucional de que todo o trabalho deve ser remunerado, e aquele cuja contraprestação se encarta em decisão judicial retrata título executivo formado em juízo, tanto mais que a lista dos referidos documentos é lavrada em *numerus apertus*, porquanto o próprio Código admite 'outros títulos assim considerados por lei'.
> 3. O advogado dativo, por força da lei, da jurisprudência do STJ e da doutrina, tem o inalienável direito aos honorários, cuja essência se corporifica no título judicial que não é senão a decisão que os arbitra.
> 4. [...].
> 5. A indispensabilidade da atuação do profissional do Direito para representar a parte no processo gera ao defensor dativo o direito ao arbitramento de honorários pelos serviços prestados, cujo ônus deve ser suportado pelo Estado (Precedentes do STF - RE 222.373 e 221.486). (REsp 602005/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, *DJ* de 26.04.2004.)

Somente para argumentar, transcrevo ementa do AgRg no Ag nº 924663/MG, da relatoria do em. Min. José Delgado, solucionando caso idêntico ao que se examina e oriundo do Estado de Minas Gerais:

> Processual civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Atuação como defensor dativo. Inexistência de Defensoria Pública ou quadro insuficiente ao atendimento da população. Honorários advocatícios fixados por sentença. Título executivo judicial. Cabimento. Precedentes. Matéria de cunho constitucional examinada no Tribunal *a quo*. Impossibilidade de apreciação do apelo excepcional.
> 1. Agravo regimental interposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento, com base na jurisprudência do STJ.
> 2. [...]
> 3. A jurisprudência deste Sodalício é pacífica no sentido de que a sentença que fixa a verba honorária em processo no qual atuou o defensor dativo faz título executivo judicial certo, líquido e exigível.
> 4. Precedentes: REsp nº 893.342/ES, Primeira Turma, *DJ* de 2.4.2007; AgRg nos EDcl no REsp nº 840.935/SC, Primeira Turma, *DJ* de 15.2.2007; REsp nº 493.003/RS, Segunda Turma, *DJ* de 14.8.2006; REsp nº 686.143/RS, Segunda Turma, *DJ* de 28.11.2005; REsp nº 296.886/SE, Quarta Turma, *DJ* de 1º.2.2005; EDcl no Agn 502.054/RS, Primeira Turma, *DJ* de 10.5.2004; REsp nº 602.005/RS, Primeira Turma, *DJ* de 26.4.2004; AgRg no REsp nº 159.974/MG, Primeira Turma, *DJ* de 15.12.2003; REsp nº 540.965/RS, Primeira Turma, *DJ* de 24.11.2003; RMS nº 8.713/MS, Sexta Turma, *DJ* de 19.5.2003; REsp nº 297.876/SE, Sexta Turma, *DJ* de 5.8.2002. (J. em 8.4.2008.)

Forçoso concluir que o apelado atendeu aos requisitos legais que autorizam a execução forçada, tendo por base título executivo líquido, certo e exigível (arts. 583, 585, VI, e 586 do CPC). A liquidez pelo valor da verba honorária determinada na sentença; a certeza fundada no fato de que o apelado, atuando na qualidade de defensor dativo, faz jus à quantia, e a exigibilidade, ante o trânsito em julgado das sentenças, conforme constam das certidões em apenso.

Com a devida vênia da ilustre Des.ª Relatora, rejeito a preliminar de ausência de título executivo.

Súmula - DE OFÍCIO, REFORMARAM A SENTENÇA PARA JULGAR EXTINTA A EXECUÇÃO, VENCIDO O VOGAL.

...

Indenização - Perdas e danos - Defensivo agrícola - Utilização em lavoura - Relação de consumo - Caracterização - Produtos vendidos após o prazo de validade - Empresa revendedora - Culpa exclusiva - Produtor - Responsabilidade - Inexistência

Ementa: Apelação. Aquisição de defensivo agrícola utilizado em lavoura. Relação de consumo caracterizada. Produtos vendidos após o prazo de validade. Culpa exclusiva da empresa revendedora. Responsabilidade. Produtor. Inexistência de responsabilidade.

- A aquisição pelo produtor rural de defensivo agrícola, utilizado em sua lavoura, caracteriza relação de consumo, sobre a qual incidem as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

- A empresa revendedora que vende produto com o prazo de validade vencido responde pelos danos ocasionados ao consumidor.

- O produtor não pode ter responsabilidade pelos danos ocasionados ao consumidor, se a venda do produto após o vencimento de seu prazo de validade ocorrer por culpa exclusiva do revendedor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0040.04.024240-2/001 - Comarca de Araxá - Apelantes: 1ª) Nativa Agronegócios e Representações Ltda., 2ª) Du Pont do Brasil S.A. - Apelada: Neusa Aparecida Ferreira Mendonça - 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, EM REJEITAR A PRELIMINAR. NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AO PRIMEIRO RECURSO. DAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 2 de setembro de 2009. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela primeira apelante, o Dr. Bady Elias Neto, e assistiu ao julgamento, pela apelada, a Dr.ª Luiza Daniela D'Eluz.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Sr. Presidente, ouvi com atenção as judiciosas alegações feitas da tribuna.

Cuida-se de ação de reparação por perdas e danos materiais ajuizada por Neusa Aparecida Ferreira Mendonça contra Nativa Agronegócios e Representações Ltda. e Du Pont do Brasil S.A.

Após o regular processamento, foi prolatada sentença que, ao julgar procedente o pedido inicial, condenou

> [...] as requeridas no pagamento à requerente do valor de R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), corrigido monetariamente desde o ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Por consequência, foram as rés condenadas, ainda, "no pagamento de honorários advocatícios para a patrona da requerente no importe equivalente a 10% do valor da condenação devidamente corrigido".

Foram rejeitados os embargos de declaração ofertados pelas rés.

Inconformada, Nativa Agronegócios e Representações Ltda. interpôs recurso de apelação requerendo, inicialmente, a apreciação e julgamento do agravo retido por ela apresentado em face da decisão que, "nos termos do art. 6º, VIII, do CDC", deferiu a inversão do ônus da prova, "no que couber".

Em preliminar, sustenta ser nula a sentença por ausência de fundamentação, no que se refere "à aplicação da responsabilidade objetiva e solidária ao caso".

No mérito, pondera ser inaplicável à espécie o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o vínculo existente entre as partes "é relação de insumo e não de consumo", sendo, portanto, impossível "aplicar não só a inversão do ônus da prova, mas qualquer outra regra insculpida no CDC, ante a ausência do *status* de consumidora final da apelada".

Afirma que, ainda que aplicadas fossem as normas consumeristas, estariam ausentes

> [...] os requisitos do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90, uma vez que a inversão do ônus da prova, por ser exceção à regra, somente pode ser aplicada quando for verificada a real existência acerca da impossibilidade de realização da prova por parte do consumidor, o que definitivamente não é o caso vertente.

Afiança não existirem provas nos autos de que a apelada adquiriu dela o produto e de que "o mesmo estava vencido na ocasião da compra, para justificar a aplicação da responsabilidade objetiva e solidária".

Aduz, também, não haver comprovação

> [...] do plantio da lavoura; da quantidade de sacas produzidas; da incidência das doenças nos frutos; da ocorrência de baixa produtividade em decorrência dessas doenças; de que a causa determinante destes problemas tenha sido a ineficácia do produto vendido pela empresa apelada.

Atesta ainda que, à época da venda do defensivo agrícola à apelada, mantinha em seu estoque considerável quantidade do produto "em condições normais de uso".

Garante não estar demonstrado nos autos que o produto "foi aplicado na lavoura de batatas, que foi ineficaz e que ocasionou os prejuízos alegados na inicial".

Ressalta que, em razão do pleito inicial ser "em valor muito além do estipulado no art. 401 do CPC, o feito jamais poderia ter sido decidido com base em prova exclusivamente testemunhal".

Pondera, ainda, que a primeira testemunha é, "a bem da verdade", "parte no feito", tendo em vista que afirmou que recebia um salário mínimo "e ia ter comissão na lavoura" e que a segunda testemunha é suspeita, por trabalhar numa empresa concorrente.

Assevera que, assim, a sentença se baseou "em depoimentos de testemunhas impedidas, suspeitas e que nada sabiam a respeito da lide".

Ao final, pugna pelo provimento de seu recurso para "julgar improcedentes todos os pedidos constantes da inicial, ante a total ausência de provas".

Igualmente irresignada, Du Pont do Brasil S.A. também interpôs recurso de apelação alegando que não comercializou à Nativa "produtos com prazo de validade vencido", o que, a seu ver, retira "qualquer nexo de causalidade entre a conduta da fabricante e os eventuais prejuízos sofridos pela compradora final".

Assevera que "o defeito surgiu apenas em razão de atitudes da empresa Nativa, que negligenciou os próprios estoques, repassando à apelada produto com prazo de validade expirado".

Declara, ainda, que

> [...] o produto não possui defeito, pelo que eventuais danos sofridos pela apelada são decorrentes tão somente da sua utilização fora das especificações contidas na embalagem, ou seja, fora do prazo de validade.

Afiança que

> [...] o risco assumido diretamente pela compradora, agricultora experiente no manuseio de defensivos agrícolas, que, de forma negligente, não teve o cuidado de verificar os dados e informações contidas nas embalagens, deveria ter sido observado como critério de minoração do valor a ser indenizado.

Acrescenta que "a negligência do comerciante ao manter a venda do produto já vencido" induziria a uma menor responsabilidade pelos danos causados.

Aduz que

> [...] não se pode admitir que a apelada, que negligentemente (culposamente) não verificou o prazo de validade do produto aplicado em sua própria lavoura, venha a se beneficiar da integralidade indenizatória fixada para o evento lesivo que veio a ocorrer.

Afirma que "não houve correta utilização dos produtos adquiridos (menos quantidade que o necessário), o que caracterizaria a culpa exclusiva da consumidora e afastaria a sua responsabilidade".

Esclarece que "as sementes utilizadas para formação da lavoura vieram contaminadas diretamente do produtor", com a doença denominada "murchadeira", mal que realmente causou a baixa produtividade na plantação da apelada.

Pondera que o valor indenizatório concedido pela sentença recorrida está desproporcional à área efetivamente afetada, uma vez que houve "prejuízos somente em 18,75 hectares".

Alega que a verba sucumbencial deve ser alterada, tendo em vista a ocorrência de sucumbência recíproca.

Em contrarrazões, Neusa Aparecida Ferreira Mendonça bate-se pelo não provimento dos recursos ofertados.

Conheço dos recursos, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade.

Por envolver questão prejudicial, examino, em primeiro lugar, a preliminar levantada na primeira apelação, ofertada por Nativa Agronegócios e Representações Ltda., em que tacha de nula a sentença por ausência de fundamentação, no que se refere "à aplicação da responsabilidade objetiva e solidária ao caso".

Nenhuma razão, todavia, possui a apelante, pois o culto Juiz sentenciante entendeu que a responsabilidade objetiva e solidária das rés pelos prejuízos causados à autora encontraria respaldo nos arts. 14 e 19 do Código de Defesa do Consumidor (cf. f. 252/253).

Portanto, ainda que de forma sucinta, o ilustre Sentenciante fundamentou o seu entendimento, o que afasta a preliminar arguida.

Por consequência, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, por ausência de fundamentação, levantada pela primeira apelante.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - De acordo.

DES. TIAGO PINTO - De acordo.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Passo a examinar o agravo retido interposto por Nativa Agronegócios e Representações Ltda. contra a decisão que deferiu o pedido de inversão do ônus da prova, "no que couber, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC" (cf. termo de audiência, às f. 179/180).

Sustenta a recorrente, neste tema, que "a autora na aquisição de insumo não é destinatária final do mesmo", não se aplicando ao caso o Código de Defesa do Consumidor e, consequentemente, a inversão do ônus da prova.

Esta questão deve ser examinada com base no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, que transcrevo: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Discorrendo sobre o conceito de "destinatário final", Toshio Mukai observa que "a definição é ampla" e ressalta, com bastante propriedade, que

> [...] a definição não se limita à tutela do consumidor às situações contratuais, posto que, ao contrário de outros conceitos doutrinários, não se utilizou da expressão 'que contrate para consumo final [...]' (*Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, coordenado por Juarez de Oliveira, Editora Saraiva, 1991, p. 7).

No caso em exame, busca a autora ser reparada pelos danos materiais que teria sofrido em virtude da utilização, em sua propriedade rural, de defensivo agrícola, fabricado pela ré Du Pont do Brasil S.A. e vendido pela corré Nativa Agronegócios e Representações Ltda., e que supostamente estaria com "o prazo de validade vencido".

Há, portanto, no caso, aquisição de produto, utilizado pela autora em sua propriedade rural, como destinatária final, o que enseja a aplicação, na espécie, das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Corroborando esse entendimento, trago à colação os seguintes julgados:

> A expressão 'destinatário final', constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento (STJ -

> REsp 208793/MT - Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Terceira Turma - julgado em 18.11.1999 - *DJ* de 1º.08.2000, p. 264).
>
> O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva deve ser considerado destinatário final, para os fins do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor (STJ - REsp 445.854/MS - Rel. Ministro Castro Filho - Terceira Turma - julgado em 02.12.2003 - *DJ* de 19.12.2003, p. 453).
>
> Estando o autor a pretender indenização pelos danos que lhe foram causados em razão da utilização de insumo agrícola, encontra-se o mesmo amparado pelo Código de Defesa do Consumidor (Ac. un. da Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado na Apelação Cível nº 1.0003.02.003955-2/001 da Comarca de Abre-Campo - Rel. o Des. Otávio Portes - publ. no *DJMG* em 17.6.2006).
>
> A expressão 'destinatário final', constante da última parte do art. 2º do CDC, alcança o produtor agrícola que compra insumos para o preparo do plantio, na medida em que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva (Ac. un. da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado na Apelação Cível nº 1.0451.04.001994-0/001, da Comarca de Nova Resende - Rel. o Des. Alvimar de Ávila - publ. no *DJMG* em 11.3.2006).

Estipula o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor ser direito básico 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.

Analisando esse dispositivo legal, Nelson Nery Júnior leciona que

> [...] a inversão pode ocorrer em duas situações distintas: a) quando o consumidor for hipossuficiente; b) quando for verossímil sua alegação. As hipóteses são alternativas, como claramente indica a conjunção ou expressa na norma comentada (*Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 914).

Afirma ainda o eminente jurista que "a hipossuficiência respeita tanto à dificuldade econômica quanto à técnica do consumidor em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito" (ob. e loc. cits.).

Na espécie, a verossimilhança das alegações da autora restou suficientemente demonstrada pela prova documental que acompanha a inicial, como, por exemplo, a receita agronômica (cf. f. 18), a comprovação da posterior aquisição do produto "Midas BR" junto às rés no mês de janeiro de 2004 (cf. notas fiscais às f. 14/17), bem como a embalagem do produto (cf. f. 20).

Além disso, é notória a vulnerabilidade e hipossuficiência econômica e técnica da autora em face das empresas rés.

Presentes os requisitos exigidos na norma legal mencionada, deve ser mantida a decisão agravada, que inverteu, em favor da autora, o ônus da prova.

Nego, pois, provimento ao agravo retido interposto por Nativa Agronegócios e Representações Ltda.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - De acordo.

DES. TIAGO PINTO - De acordo.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - No mérito, por envolver questões comuns, analiso conjuntamente as duas apelações, salientando, como já ressaltado, serem aplicáveis à espécie as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Restou induvidoso nos autos que, nos dias 6 e 15 de janeiro de 2004 e observando determinação contida na receita agronômica acostada à f. 18, Neusa Aparecida Ferreira Mendonça adquiriu da Nativa Agronegócios e Representações Ltda. pacotes do defensivo agrícola "Midas BR", fabricado pela Du Pont do Brasil S.A., para ser utilizado no tratamento preventivo de doença (vulgarmente conhecida como pinta preta) que poderia assolar a sua plantação de batata, afetando a produtividade e a qualidade do produto (cf. notas fiscais, às f. 14/17).

Embora tenha sido o referido defensivo aplicado, a lavoura de batatas foi atingida pela referida doença (pinta preta), o que ocasionou queda em sua produção, o que demonstra a ineficácia do produto adquirido.

A prova oral colhida comprova tais assertivas:

> [...] que trabalhou na lavoura preparando a terra e acompanhou a mesma até o final; que foi adquirido pela requerente o produto 'Midas' da empresa Nativa; que foram feitas pulverizações corretamente; que as batatas tiveram problemas de 'pinta preta' e 'requeima'; que, em razão disso, a colheita foi pequena e as batatas miúdas [...]; que foram pouquíssimos caminhões de batata que foram colhidos [...]; que acompanhou Neusa na compra do produto 'Midas' junto à primeira requerida; que a aplicação do defensivo 'Midas' foi de acordo com o receituário (Ilso Maciel Reis, à f. 184).
>
> [...] que pôde verificar a pulverização da plantação de batatas da requerente [...]; que a requerente adquiriu o produto 'Midas' da Nativa; que a produção da lavoura de batatas foi ruim (Adilson Fernandes Santos, à f. 188).
>
> [...] que trabalha como mecânico e presta assistência a vários plantadores de batata; que o depoente entregou o produto mencionado na inicial, ou seja, defensivo agrícola, salvo engano, Midas, o qual sobrou após a utilização na lavoura da requerente; que a lavoura pertencia à requerente; que levou a sobra em questão e outros produtos; que, no entanto, o produto da requerente foi recusado, sob a ale-

> gação de que estava vencido [...]; que ouviu dizer por parte de Dona Neusa que o rendimento da colheita foi ruim e houve muita doença nas batatas [...]; que teve muita doença denominada 'pinta preta' e 'requeima' pelo que ouviu falar (Carlos Donizetti de Souza, à f. 189).
>
> [...] que o depoente pode afirmar que os defensivos adquiridos da primeira requerida não estavam surtindo efeito, tendo alertado a requerente nesse sentido; que o número de doenças estava aumentando na plantação de batatas; que isso se deu no ano de 2004 [...]; que as batatas foram atacadas pela 'pinta' e 'requeima', e isso se deu provavelmente pela ineficácia do defensivo (Pedro Rogério Chadu, à f. 186).

Embora não tenha contraditado as testemunhas Ilso Mizael Reis e Pedro Rogério Chadu, a ré Nativa Agronegócios e Representações Ltda., em suas razões recursais, coloca em dúvida os seus depoimentos, por entender que a primeira testemunha é, "a bem da verdade", "parte no feito", tendo em vista que afirmou que recebia um salário-mínimo "e ia ter comissão na lavoura", e que a outra testemunha é suspeita, por trabalhar numa empresa concorrente.

O recebimento de "comissão na lavoura" não torna suspeito o depoimento de Ilso Maciel Reis, pois não demonstra, isoladamente, seu interesse na solução desta demanda.

A testemunha Pedro Rogério Chadu, por sua vez, esclarece que "na época só a Nativa vendia o defensivo Midas", o que mostra o seu desinteresse no deslinde da causa.

Ademais, esses depoimentos, mesmo que examinados com reservas, não poderiam ser desprezados, uma vez que se afinam com as afirmações feitas por outras testemunhas.

A evidente ineficácia do defensivo aplicado decorreu do fato de estar ele, à época de sua aquisição, com o prazo de validade vencido.

Essa conclusão decorre do exame da embalagem anexada à peça inaugural (cf. f. 20), referente ao lote 141-01-896 do produto "Midas BR", onde consta expressamente o mês de março de 2003 como data do vencimento do produto.

Dessa forma, ao ser adquirido pela autora, em janeiro de 2004, o produto já estava com o prazo de validade vencido, o que acarretou a sua já apontada ineficácia.

Esse fato foi, inclusive, confirmado pela testemunha Carlos Donizetti de Souza, ao declarar "que levou a sobra (do defensivo Midas) em questão e outros produtos", sendo que "o produto da requerente foi recusado, sob a alegação de que estava vencido" (cf. f. 189).

Observo que as rés, ora apelantes, não demonstraram, de forma segura e inequívoca, a ocorrência dos fatos impeditivos do direito da autora, o que lhes incumbia em decorrência da inversão do ônus probatório e da regra prevista no inciso II do art. 333 do Código de Processo Civil.

Concluo, assim, que a autora, como consumidora, adquiriu produtos impróprios para o uso, o que lhe acarretou prejuízos materiais, a serem indenizados.

Ao dispor sobre a "responsabilidade pelo fato do produto e do serviço", o Código de Defesa do Consumidor preceitua, no *caput* do art. 12, que

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Esclarece o mesmo Código que "o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração", entre outras coisas, "a época em que foi colocado em circulação" (§ 1° e seu inciso III do referido art. 12).

Determina, ainda, o mesmo diploma legal que "os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam", assim considerados aqueles "cujos prazos de validade estejam vencidos" (art. 18, *caput* e inciso I de seu § 6°).

Aplicando-se essas normas ao caso em exame, é de se concluir que a responsabilidade da Du Pont do Brasil S.A., produtora do defensivo agrícola, só se configuraria em caso de defeito na produção do defensivo agrícola ou de sua comercialização, pela produtora, após o decurso de seu prazo de validade.

A primeira hipótese nem sequer foi aventada nos autos, e a segunda hipótese se encontra afastada pelas provas colhidas.

A autora anexou aos autos apenas uma embalagem do defensivo que adquiriu e nela constam as seguintes informações: "Lote 141-01-896"; data de fabricação: "Mar./2001"; e data de vencimento: "Mar./2003" (f. 20).

O referido lote foi vendido pela Du Pont do Brasil S.A. à Nativa Agronegócios e Representações Ltda. em fevereiro de 2003 (f. 229), dentro, portanto, do prazo de validade do produto.

Assim, *in casu*, não há como imputar qualquer responsabilidade à produtora do defensivo agrícola, pois a venda do mesmo após o prazo de validade ocorreu por culpa única e exclusiva da revendedora Nativa Agronegócios e Representações Ltda.

Entender de forma diversa seria praticar uma injustiça e criar uma obrigação impossível de ser satisfeita pela produtora: a de fiscalizar, em todo o País, os inúmeros estabelecimentos que vendem os seus produtos.

Por consequência, apenas a ré Nativa Agronegócios e Representações Ltda. deve responder pelos danos causados à consumidora.

Passo, pois, ao exame da extensão dos danos que a autora suportou.

Na peça vestibular, a autora afirmou que "os bataticultores que empreenderam cultura na época e na mesma região" obtiveram rendimento "em média, R$ 21.000,00 (vinte e um mil reais) por hectare de cultura".

Asseverou, ainda, que a lavoura por ela cultivada, "em razão dos efeitos patogênicos da requeima e da pinta preta, rendeu uma média de R$ 7.000,00 (sete mil reais) por hectare de cultura.

Tais dados não foram impugnados de forma específica pela Nativa Agronegócios e Representações Ltda. e, por isso, devem ser considerados verdadeiros, por força da regra estabelecida *caput* do art. 302 do Código de Processo Civil.

Desse modo, deve a referida ré ser condenada ao pagamento dos prejuízos que a autora suportou, na ordem R$ 14.000,00 (quatorze mil reais) por hectare plantado.

A testemunha Ilso Mizael Reis informa que "em torno de 25 a 27 hectares deu problema de pinta preta e requeima" (f. 184), o que, embora com mais precisão ("25 hectares"), foi confirmado no depoimento prestado por Aurélio Dias Mendonça (f. 185).

Tais informações não foram desacreditadas por quaisquer outras provas e devem, pois, ser levadas em consideração na fixação do valor da indenização.

Assim, andou bem o culto Juiz sentenciante ao fixar o valor da indenização em R$ 350.000,00 (= R$ 14.000,00 x 25).

Saliento que, no caso em exame, não há que se falar em violação do art. 401 do Código de Processo Civil, tendo em vista que a decisão não está fundamentada exclusivamente na prova testemunhal, mas também na apreciação de documentos que instruem os autos.

Por consequência, deve a autora ser condenada a pagar metade das custas do processo, as custas do recurso apresentado pela ré Du Pont do Brasil S.A., bem como os honorários dos advogados desta, que arbitro em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), na forma determinada pelo § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

A ré Nativa Agronegócios e Representações Ltda. deve responder pelo pagamento do restante das custas do processo, as custas do recurso que interpôs, bem como os honorários da advogada da autora, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Esse percentual atende fielmente aos critérios delineados no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Com tais considerações: 1º) nego provimento à primeira apelação, apresentada por Nativa Agronegócios e Representações Ltda.; e 2º) dou provimento à segunda apelação, interposta por Du Pont do Brasil S.A., para julgar improcedentes os pedidos contra ela formulados na petição inicial.

Por consequência, condeno Neusa Aparecida Ferreira Mendonça a pagar metade das custas do processo, as custas do recurso apresentado pela ré Du Pont do Brasil S.A., bem como os honorários dos advogados desta, que arbitro em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), na forma determinada pelo § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Fica, entretanto, suspensa a exigibilidade destes ônus, por estar Neusa Aparecida Ferreira Mendonça litigando sob o pálio da justiça gratuita.

Condeno ré Nativa Agronegócios e Representações Ltda. a pagar a outra metade das custas do processo, as custas do recurso que interpôs, bem como os honorários da advogada da autora, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - Também estou a negar provimento, porque acredito que foram abordados todos os pontos aqui colocados da tribuna pelo ilustre advogado.

DES. TIAGO PINTO - Não se fazem reparos ao voto do eminente Relator, quanto aos fundamentos e conclusão a que chegou, relativamente à ré e também à apelante Nativa Agronegócios e Representações Ltda.

Relativamente, pois, à apelação de Nativa Agronegócios e Representações Ltda., de acordo.

De acordo, também, com a conclusão a que chegou o em. Relator, quanto à apelação de Du Pont do Brasil S.A., acrescento meu voto convergente.

A condenação imposta à fabricante do defensivo agrícola, exposto no mercado e vendido com prazo de validade vencido, pelo comerciante, fundamentalmente se assenta nas asserções dispostas na sentença (f. 253), relativa à responsabilidade objetiva do fornecedor (independentemente de culpa) pelos danos causados aos consumidores por defeitos da prestação de serviços, bem como informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Na sequência de seu raciocínio, o MM. Juiz sentenciante diz estar caracterizado o vício do produto, nos termos do art. 18 do CDC, em razão de o produto ter sido vendido com prazo de validade expirado ou vencido, e conclui, então, estar caracterizada a responsabilidade solidária e objetiva dos réus.

Essa conclusão é apressada (no sentido da lógica de raciocínio, evidentemente), vale dizer, estende a condenação ao fabricante, sendo que ele não está incluído nas premissas teóricas lançadas como razão de decidir, vale dizer, no rol daqueles fornecedores a quem se pode imputar a responsabilidade solidária e objetiva.

A conduta da fabricante não foi objeto de análise da sentença, sendo que o vício do produto consistiu na falta de eficácia sua por ter sido vendido com prazo de validade vencido. A esse propósito, o art. 7º, parágrafo único, do CDC é peremptório em que, tendo mais de um

autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Não existe na sentença qualquer menção a ato ou fato da fabricante que pudesse criar um liame da conduta com o evento danoso, como bem revelado por ela nas suas razões de apelação. Diga-se, os danos provieram da venda do produto com prazo de validade vencido.

Não há vício ou defeito na substância do produto. A expiração do prazo é acidente do produto em relação à sua essência. E está consignada na embalagem do produto a data de sua validade, informação esta do fabricante e que inclusive possibilitou o descobrimento da causa dos danos.

Todos os que participam da cadeia de fornecimento, *ad instar* do art. 3º do CDC, são considerados fornecedores. Fornecedor, nessa acepção é gênero. Então, pode-se deduzir que assim o sistema do CDC, para qualificação do fornecedor, considera-os a partir do fabricante, mas, naturalmente, pensando na cadeia de fornecimento.

Quando o legislador do CDC menciona ou utiliza expressões como fabricante, concessionários *et al*. (MARQUES, Cláudia Lima. Comentários, *apud Manual do direito do consumidor*) é para imputação de deveres especiais.

Assim, tecnicamente, na sua amplitude, as responsabilidades atribuídas genericamente aos fornecedores, desde a fabricação do produto, produção, fornecimento, não ressaem, por si, incondicionalmente, sempre, em toda essa extensão quando existente o vício no produto. *Est modus in rebus*. E a medida é a do parágrafo único do art. 7º do CDC, vale dizer, "[...] tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente [...]", de onde se pode concluir que, para afirmação da solidariedade, a autoria da ofensa deve repontar inconcussa dos autos, o que não é o caso do presente.

A empresa fabricante informou o prazo de validade do produto, na forma e modo devidos, e não há fato, nos autos, que faça relevar, ainda que indiretamente, a autoria dos danos pela venda do defensivo com prazo de validade vencido.

Com essas razões, acompanho o voto do em. Relator, para julgar improcedente o pedido, relativamente à apelante Du Pont Brasil S.A.

Com tais considerações, nego provimento à primeira apelação, apresentada por Nativa Agronegócios e Representações Ltda., e dou provimento à segunda apelação, interposta por Du Pont Brasil S.A., para julgar improcedentes os pedidos contra ela formulados na petição inicial.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AO PRIMEIRO RECURSO. DERAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

...

Indenização - Dano moral - Cheques clonados - Direito do autor - Fato constitutivo relacionado ao primeiro cheque - Ausência de prova - Assinatura - Divergência - Devolução do segundo cheque - Banco - Ato ilícito - Não ocorrência - Indenização indevida

Ementa: Apelação cível. Danos morais. Cheques clonados. Ausência de prova quanto ao fato constitutivo do direito do autor com relação ao primeiro cheque. Devolução do segundo com base na divergência de assinatura. Ausência de ato ilícito por parte do banco. Indenização indevida.

- Inexistindo comprovação da clonagem do cheque, não há que se falar em danos morais.

- A responsabilização da instituição financeira não pode emergir de meras alegações, especialmente quando a prova do fato constitutivo do direito do autor estava ao seu alcance.

- Não há conduta antijurídica por parte da instituição financeira, quando a mesma procede de forma diligente, negando o pagamento de cheque por divergência de assinatura. Dano moral indevido. Sentença mantida.

- V.v. - Havendo o reconhecimento da compensação indevida de cheques, devido ao estorno do valor na conta bancária do correntista e a clonagem do mesmo, configura-se o dano moral puro.

- Nas ações de indenização por dano moral, para a fixação da quantia indenizatória, devem ser levados em consideração a capacidade econômica do agente, seu grau de culpa ou dolo, a posição social ou política do ofendido e a intensidade da dor sofrida por este.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0287.06.025910-1/001 - Comarca de Guaxupé - Apelante: Reinaldo Aparecido da Silva - Apelado: Banco do Brasil S.A. - Relator: DES. TIAGO PINTO

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 NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 2 de setembro de 2009. - *Tiago Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - Trata-se de recurso de apelação interposto da r. sentença de f. 102/104 que, nos autos da ação de indenização por danos morais movida por Reinaldo Aparecido da Silva em face de Banco do Brasil S.A., julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da causa. As respectivas execuções foram suspensas em virtude da concessão da gratuidade de justiça.

Irresignado com a decisão, o autor interpôs recurso de apelação (f. 105/118).

Em suas razões recursais, o apelante relata que é correntista do banco apelado desde o ano de 2001 e que sempre procedeu com muito zelo na movimentação de sua conta corrente. Diz que a clonagem de seu talão de cheques lhe ocasionou grandes prejuízos e que o dano moral restou devidamente caracterizado, em virtude da provas documentais e testemunhais produzidas nos autos. Destaca, ainda, que chegou a ter seu veículo penhorado em virtude de execução proposta com base no título clonado.

Ao fim, pede o provimento do recurso para a reforma de decisão monocrática.

Em contrarrazões (f. 123/126), o apelado bate-se pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

O apelante fundamenta sua pretensão indenizatória no fato de ter ocorrido a clonagem de seus cheques em duas oportunidades distintas.

Na primeira, o apelante afirma que foi obrigado a realizar o pagamento do cheque e que, em virtude disso, "teve que arcar com a irresponsabilidade do banco ao efetuar o pagamento sem o devido cuidado e com o ato ilícito cometido por algum bandido" (f. 04), emergindo daí os alegados danos morais.

A respeito de tal passagem, não é possível se imputar qualquer responsabilidade ao banco-apelado. Isso porque não existe comprovação da clonagem do cheque ou de seu respectivo pagamento por parte do banco. Não há nem mesmo prova da existência do referido título. Com efeito, a responsabilização da instituição financeira não pode emergir de meras alegações e, diante do que dispõe o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, não há que se falar em danos morais.

Já no que se refere à segunda ocasião em que o apelante afirma que o seu cheque foi clonado, o próprio banco admite em suas contrarrazões a falsificação do título por terceiros, reputando-se incontroverso tal fato. Contudo, isenta-se de qualquer responsabilidade e diz que agiu dentro daquilo que a lei estabelece, recusando o pagamento do cheque por divergência de assinatura.

De fato, o cheque não foi pago por divergência de assinatura. A cópia reprográfica de f. 15/16 e as manifestações das partes não deixam dúvidas quanto a esse aspecto, reputando-se incontroversa também a recusa de seu pagamento. Dentro desse contexto, é de se relevar que o banco agiu com a devida cautela e cuidado, uma vez que conferiu a autenticidade da assinatura do cheque que lhe foi apresentado e recusou a sua respectiva liquidação.

Assim, não há qualquer conduta ilícita ou antijurídica por sua parte e, sem ela, a responsabilização civil não se configura.

A execução promovida por terceiro beneficiário do cheque não altera as conclusões anteriormente firmadas. A circulação do título falsificado refoge ao âmbito de controle do banco, que, na parte que lhe cabia, procedeu de forma acertada, negando o pagamento do cheque. Vale transcrever a seguinte passagem contida na sentença (f. 103):

> Pelas palavras do próprio requerente, a cártula de cheque foi clonada por ação de algum bandido, isentando, neste ponto, o requerido de qualquer responsabilidade. Após colocado em cobrança, o cheque foi devolvido, pois a assinatura não conferia com a do requerente, o que denota que o requerido, com esta conduta, agiu com a devida prudência e acuidade [...].

Por fim, a alegação do apelante no sentido de que,"em seu local de trabalho, todos ficaram sabendo das ligações de cobrança, na presença de colegas de trabalho e clientes [...]" (f. 108), também não enseja a responsabilização do banco. Tal fato não foi objeto de prova, inexistindo qualquer consideração nesse sentido nos depoimentos de f. 85/86. Além do mais, é razoável presumir que a cobrança do valor contido no cheque não foi procedida pelo apelado, mas sim por terceiro credor, beneficiário do cheque, que desejava realizar seu direito de crédito.

Por conseguinte, inocorrendo os requisitos ensejadores do dever de indenizar, impõe-se a manutenção da sentença negando-se provimento ao recurso interposto.

DES. ANTÔNIO BISPO - Reinaldo Aparecido da Silva interpôs o presente recurso de apelação contra a r. sentença proferida às f. 102/104, que julgou improcedente os pedidos na ação de indenização por danos morais em face do Banco do Brasil S.A.

Cinge-se a questão em averiguar a ocorrência de dano moral, diante da compensação indevida na conta bancária do apelante do cheque nº 850846, no valor de R$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais), que teria sido clonado.

Observa-se dos autos que realmente em 06.06.2007 foram compensados dois cheques de nº 010167, um no valor supramencionado e o outro no valor de R$ 175,00 (cento e setenta e cinco reais).

No que tange ao título rechaçado, vejamos que houve o estorno do mesmo, sendo tal fato confessado pelo próprio apelado em sua defesa.

Por outro lado, no que tange aos danos materiais, o apelante não demonstrou nenhum efetivo prejuízo além do constrangimento de ordem moral.

Razão não assiste ao apelado, ao aduzir que há ausência dos pressupostos do dever de indenizar, pelo fato de que o estorno fora realizado, não havendo qualquer prova, nem mesmo demonstração da existência do dano alegado.

Em casos como esse, entendo que o dano moral se configura simplesmente pela compensação indevida dos valores, o que causou sérios transtornos ao apelado.

É a jurisprudência:

> É devida indenização por danos morais pela instituição bancária ao seu cliente em virtude de lançamento indevido de valores em conta corrente, mesmo que não tivesse sido o seu nome inserido em cadastros negativadores, em virtude de exercer o banco atividade altamente especializada, devendo assumir os riscos dela decorrentes (TJMG, Ap. Cív. 2.0000.00.327445-9, 11ª Câm. Cív., Rel. Des. Duarte de Paula, j. em 23.05.2001).

E, ainda:

> [...] A reparação de danos morais deve agasalhar conteúdo pedagógico, levando-se em consideração o grau de culpa do agente e os efeitos na pessoa do ofendido. Tendo em vista o caráter compensatório que se almeja e também a finalidade de fazer como que o agente se conduza com maiores cuidados, o *quantum* indenizatório há de assentar-se em critérios objetivos de forma a alcançar os fins reparatórios e preventivos visados, sem constituir enriquecimento sem causa (TJDF, Apelação Cível nº 5150599-DF, Rel. Desª Ana Maria Duarte Amarante, j. em 16.08.1999).

Quanto ao dano moral, César Fiúza discorre: "trata-se de subtração de um bem jurídico ou a lesão de um interesse, relacionado, normalmente, à prática de um ato ilícito" (*Curso completo de direito civil*, 2008, p. 423).

Questão bastante penosa consiste na fixação do *quantum* indenizatório. A jurisprudência tem estabelecido que a indenização seja tal que não estimule a prática de novos atos ilícitos, nem mesmo favoreça o enriquecimento indevido.

Entende-se que, para a fixação do valor da indenização por danos morais, devem ser levados em consideração a capacidade econômica do agente, seu grau de culpa ou dolo, a posição social ou política do ofendido e a intensidade da dor sofrida por este.

Ante o exposto, dou provimento ao presente apelo, para reformar a decisão primeva e, nos termos do inciso I do art. 269 do Código de Processo Civil, julgar procedente o pedido e condenar o apelado ao pagamento de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de danos morais.

Condeno a parte suplicada ainda no pagamento das custas e despesas do processo e honorários advocatícios que fixo em 15% (quinze por cento) do total atualizado da condenação, sopesadas as circunstâncias do art. 20 do Código de Processo Civil.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Acompanho o eminente Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

...

Indenização - Representação comercial - Contrato - Rescisão - Comissão - Aviso-prévio e indenização - Litigância de má-fé - Não ocorrência

Ementa: Indenização. Preliminares rejeitadas. Trato de representação comercial. Rescisão. comissões, aviso-prévio e indenização. Litigância de má-fé afastada.

- Tendo o requerente apontado a causa de pedir e o pedido da demanda, que se mostra juridicamente possível, havendo congruência lógica entre os fatos e os fundamentos jurídicos propostos, tanto que o Magistrado singular compreendeu claramente os contornos da lide, aplicando a lei que entendeu cabível à espécie, não há que se falar em inépcia da exordial.

- A denúncia unilateral do contrato de representação comercial de prazo indeterminado obriga a parte representada ao pagamento de indenização no equivalente a 1/12 (um doze avos) das comissões auferidas, salvo no caso de verificação das hipóteses previstas no art. 35 da Lei 4.886/65.

- Nos termos do art. 34 da Lei 4.886/65, "A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores".

- O representante comercial somente tem direito à comissão caso efetivada a venda, vale dizer, com a realização e execução do contrato entre o representante e o terceiro, mediante pagamento do respectivo preço.

- A cobrança indevida, ou, em linguagem processual, o *plus petitionibus* só enseja a pena correspondente a duas

vezes o valor do pedido, prevista nos arts. 1.531 do Código Civil de 1916 e 940 do NCC, se evidenciada lide maliciosa, devendo ser afastada caso inocorra prova inconcussa e irrefragável de dolo.

- Não se pode reputar litigante de má-fé a parte que ingressa em juízo com pedido de recebimento de comissões baseado em contrato de representação comercial se, embora rescindido, ainda entendia devidas as verbas pactuadas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0699.04.041242-0/001 - Comarca de Ubá - Apelantes: 1º) Indusmóveis Indústria e Comércio de Móveis Ltda., 2º) TRL Tegedor Representações Ltda. - Apelados: Indusmóveis Indústria e Comércio de Móveis Ltda., TRL Tegedor Representações Ltda. - Relator: DES. OTÁVIO PORTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PARCIAL PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 16 de setembro de 2009. - *Otávio Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO PORTES - Reunidos os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade, conhece-se dos recursos.

Trata-se de ação indenizatória de rescisão de contrato de representação comercial proposta por TRL Tegedor Representações Ltda. em face de Indusmóveis Indústria e Comércio de Móveis Ltda., alegando que celebraram as partes contrato de representação comercial pelo qual a autora procedia à venda de bens produzidos pela ré, aduzindo a suplicante que a suplicada rescindiu o pacto e não efetuou o pagamento das quantias que lhe eram devidas, pugnando pelo recebimento da quantia de R$ 18.500,00, somada aos encargos da sucumbência.

A MM. Juíza (f. 352/356) julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a requerida ao pagamento da comissão referente às vendas não concluídas, com apuração em liquidação de sentença, arcando a autora com 70% e a ré com 30% das custas processuais, suspensa a sua exigibilidade em relação à suplicante, que litiga sob assistência judiciária gratuita, compensados os honorários advocatícios.

Inconformada, apela Indusmóveis Indústria e Comércio de Móveis Ltda. (f. 371/383), alegando preliminares de ausência de documentos necessários à propositura da ação e inépcia da petição inicial. No mérito, aduz que não houve realização dos negócios elencados pela autora, em sua planilha, como pedidos não entregues pela ré, donde se infere não serem devidas comissões. Afirma que a autora deverá restituir em dobro a quantia de R$ 2.208,55 e ser condenada nas penas por litigância de má-fé.

Também inconformada, apela TRL Tegedor Representações Ltda. (f. 385/397), afirmando ser devida a indenização de 1/12 sobre as comissões relativas, bem como o aviso-prévio pelo rompimento do contrato. Requer o pagamento em dobro dos valores que lhe foram cobrados e a comissão sobre os pedidos encaminhados à ré sobre os quais não houve comunicação de suspensão das vendas.

Contrarrazões pela ré às f. 420/432 e pela autora às f. 439/443.

Preliminares.

Às alegações de inépcia da inicial e falta de documentos indispensáveis à propositura da ação, salienta-se que não haverão de prosperar.

Sobre o tema, ensina Joel Dias Figueira Júnior que:

> Diz que a petição inicial é inepta quando maculada por vício insanável, capaz de impossibilitar a consecução dos fins a que se destina a exordial. Sem aptidão alguma, portanto, será a peça inaugural, porquanto inçada de vícios essenciais ou de fundo, nos moldes definidos pelo próprio art. 295 em seu parágrafo único, que a considera inepta quando: a) faltar-lhe o pedido ou a causa de pedir; b) da narrativa dos fatos não decorrer logicamente o pedido; c) o pedido for juridicamente impossível; d) contiver pedidos incompatíveis entre si (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, v. 4, tomo II, p. 163).

Nesse sentido, as decisões dos tribunais pátrios:

> Petição inicial. Inépcia. Ausência de lógica entre a narração dos fatos e a conclusão. Art. 295, I, e seu parágrafo único, II, do CPC. Extinção do feito sem apreciação do mérito. - Uma vez que os fatos não são narrados de forma que disso decorra logicamente um pedido juridicamente possível, a petição inicial é de ser considerada inepta, a teor do art. 295, I, e seu parágrafo único, II, do CPC, extinguindo-se o feito sem apreciação do mérito (Apelação Cível nº 2000.04.01.101329-1 - TRF - 4ª Turma - 4ª Região - Rel. Juiz Edgard A. Lippmann Júnior - pub. no *DJU* de 02.05.01, p. 452).

In casu, extrai-se facilmente dos autos os fatos que ensejaram a propositura da demanda, consistentes na pretensão da autora em receber as comissões relativas aos serviços prestados para a ré, bem como indenizações pelo rompimento do contrato por esta parte, previstas no referido ajuste e na legislação específica aplicável à espécie.

Com a exordial, que se faz inteligível, tanto que possibilitou ampla defesa e julgamento detalhado em primeiro grau, apesar de não primar pela sua perfeição,

foram colacionados os documentos necessários e indispensáveis à composição da lide, como o contrato firmado entre as partes, comprovação de sua vigência e interrupção, o que se revela suficiente para a satisfação das exigências do art. 282 do Código de Processo Civil, mormente por ter protestado a parte, na exordial, pela juntada posterior de documentos (f. 04).

Os demais documentos que a ré entende por indispensáveis, portanto, na verdade, tratam de provas sobre os pedidos de recebimento de comissões, que se referem à demonstração do direito alegado, situação concernente apenas à decisão do mérito da ação, guardando provimento ou não de acordo com o que restar efetivamente comprovado de forma documental.

Dessa forma, entende-se que o requerente trouxe a causa de pedir e o pedido da ação, que se mostra juridicamente possível, havendo congruência lógica entre os fatos e fundamentos jurídicos propostos, tanto que o MM. Juiz de primeiro grau entendeu perfeitamente a pretensão ajuizada, aplicando da forma que entendeu cabível a lei à espécie narrada nos autos, pelo que não há que se falar em inépcia da inicial ou ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação, motivos pelos quais se rejeitam as preliminares e se passa ao exame do mérito.

Mérito.

No mérito, os recursos serão analisados através de uma única fundamentação, tendo em vista versarem as afirmações das apelantes apenas sobre a responsabilidade da ré pelo pagamento das verbas declinadas na exordial, com seus consectários legais.

A próposito, destaca-se que são aplicáveis à espécie as regras constantes dos arts. 27, j, 34, 35 e 43 da Lei 4.886/65, a saber:

> Art. 27. Do contrato [...] constarão obrigatoriamente [...]:
> [...]
> j) indenização devida ao representante, pela rescisão do contrato [...] cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.
> [...]
> Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.
> Art. 35. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado:
> a) a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato;
> b) a prática de atos que importem em descrédito comercial do representado;
> c) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial;
> d) a condenação definitiva por crime considerado infamante;
> e) força maior.
> [...]
> Art. 43. É vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusulas *del credere*. (Art. acrescentado pela Lei nº 8.420/92).

Dessa forma, à análise das pretensões das partes, insta registrar que o aviso-prévio será devido no caso de rompimento do contrato sem o cumprimento de sua cláusula 12ª (f. 20), que determina obrigatoriedade de comunicação antecipada da intenção de rescisão em 30 (trinta) dias.

Assim, verificando-se a documentação juntada aos autos, nota-se que houve troca de correspondências entre as partes com esse objetivo, sendo certo que, em 5 de janeiro de 2004, a representada comunicou à representante que, pelo seu não cumprimento de metas anteriormente estipuladas, a rescisão seria levada a efeito.

Em 9 de fevereiro de 2004, vale dizer, pouco mais de um mês após a primeira comunicação, confirmando a representante o recebimento da carta relativa à rescisão do pacto (f. 12), apenas pretendeu o acerto das contas de forma o mais abreviada possível.

Portanto, com a devida vênia das alegações apresentadas no recurso da autora, foi devidamente levada a efeito a comunicação prévia de rescisão contratual, o que afasta a possibilidade de aplicação do parágrafo primeiro da referida cláusula 12ª do contrato, bem como do art. 34 retromencionado.

No que se refere à indenização de 1/12, relativa às comissões auferidas pela autora, tem-se que tal somente não seria devida no caso de uma das hipóteses do art. 35 da Lei 4.886/65, haja vista a expressa previsão contratual de aplicação desta norma no caso de falta de sua estipulação pelas partes (cláusula 14ª - f. 20).

Nesse sentido, tem-se que a rescisão do pacto se operou, segundo a ré, por não ter a autora cumprido com suas metas de vendas, conforme ajustado entre as partes posteriormente à efetivação do contrato em objeto.

Todavia, não há provas no feito de que realmente tenha a parte autora descumprido metas de vendas previamente acertadas, o que, a princípio, afasta a aplicação da referida norma.

Lado outro, a cláusula 3ª, § 3º, do contrato estabelece que o não cumprimento de cotas de vendas mensal não resultará na rescisão do contrato, mas, apenas, na extinção da exclusividade da autora sobre as regiões declinadas no pacto.

No mesmo sentido, as correspondências de f. 113 e seguintes, que estabelecem, posteriormente à celebração do contrato, cotas mensais mínimas a serem cumpridas pela autora, não preveem a rescisão do pacto, o que também afasta a aplicação ao caso da regra do art. 35 da Lei 4.886/65.

O descumprimento das referidas metas, portanto, ainda que demonstrado cabalmente nos autos, o que

não se verifica, não poderia implicar resolução do pacto de acordo com o art. 35 das referida lei, restando clara, dessa forma, a necessidade de pagamento pela ré da verba determinada pelo art. 27, *j*, da Lei 4.886/65.

Não há que se falar, ainda, em desídia da autora no cumprimento do contrato, mormente porque a prova dos autos (f. 339) demonstrou que a falta de vendas resultou às vezes da baixa qualidade do produto oferecido pela ré, falta de assistência ou apenas simples queda no volume das vendas (f. 341), sem especificação de sua razão.

Com relação aos pedidos não concretizados, deve-se dizer que de fato não deve haver seu pagamento, tendo em vista não ter ocorrido a efetivação do negócio com a geração de receita para a empresa representada.

Portanto, no que se refere aos pedidos não concretizados por existência de cadastros negativos contra os clientes, falta de pedidos suficientes na região a ser entregue para formar carga, cliente sem histórico comercial e prazo exíguo para entrega de produtos, não deve haver cálculo de comissões, merecendo reforma a sentença também nesse aspecto.

No mesmo sentido:

> Ementa: Comercial. Representação comercial. Contrato verbal. Rescisão. Cláusula *del credere*. Ausência. Comissão. Inadimplência dos compradores. Inteligência do art. 32 da Lei 4886/65. - O art. 43 da Lei 4.886/65 veda a inclusão de cláusula *del credere* nos contratos de representação comercial, devendo aquele que exerce atividade de representante comercial, ainda que informalmente, ser ressarcido por valores não pagos por clientes da representada, se debitados por esta. O direito do representante comercial à comissão só se efetiva, mesmo em se tratando de contrato verbal, com a conclusão do negócio agenciado, isto é, com a realização e execução do contrato entre o representante e o terceiro, com o pagamento do respectivo preço. Se o cliente não cumpre a obrigação de pagamento, tornando-se insolvente, o representante comercial não tem direito ao recebimento de sua comissão, pois não ocorreu o resultado útil, econômico, de sua mediação - inteligência do art. 32 da Lei 4.886/65 (Apelação Cível 1.0024.05.822400-7/001, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, pub. em 30.05.08).

Quanto aos ônus dos arts. 1.531 do Código Civil de 1916 e 940 do NCC, tem-se hoje solidamente estabelecido, tanto na doutrina como em volumosa jurisprudência, que a aplicação dessa penalidade exige a caracterização de um comportamento antijurídico da parte do atingido, melhor dizendo, que, ao exercitá-lo, em juízo, o faça com deliberada intenção de causar dano ao acionado.

Como observa Clóvis Beviláqua, trata-se de outra pena civil imposta ao que tenta extorquir o alheio, sob color de cobrar dívidas (*Comentários ao Código Civil*, 05/240).

Ressalta o eminente Washington de Barros Monteiro que,

> [...] sem prova de má-fé da parte do credor, que faz a cobrança excessiva, não se comina referida penalidade. A pena é tão grande e tão desproporcionada que só mesmo diante de prova inconcussa e irrefragável de dolo deve ela ser aplicada (*Direito das obrigações,* 2ª parte, p. 404).

O colendo Supremo Tribunal Federal pacificou essa matéria, ao enunciar a Súmula 159, que prescreve que a "cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil".

A jurisprudência dos demais pretórios do País não discrepa dessa orientação:

> Sem prova de má-fé de parte do credor que faz cobrança excessiva, não se comina a pena do art. 1.531 do Código Civil (*Revista dos Tribunais*, 481/78).

> A condenação a que se refere o art. 1.531 do Código Civil só é de ser imposta se a parte agiu de má-fé (*Revista dos Tribunais*, 520/213).

Para vergastar a lide maliciosa, onde o credor cobra mais do que tem direito, impõe a lei a pena correspondente a duas vezes o valor do pedido, que pode ser aplicada somente diante de prova inconcussa e irrefragável do dolo, ou seja, de um comportamento malicioso do autor da ação, que tenha agido com manifesto abuso de direito no exercício da demanda.

No caso dos autos, o certo é que não configura dolo ou má-fé a cobrança, pela parte requerida da autora, de valores que foram objeto de contratação entre as partes (parágrafo quinto, cláusula terceira), não tratando o caso, insta salientar, de aplicação de cláusula *del credere*, vedada pelo art. 43 da Lei 4.886/65, acrescentado pela Lei 8.420/92, bem como pela jurisprudência já consolidada sobre o assunto.

A cláusula *del credere* consiste na cobrança, pela representada da representante, dos valores de títulos não pagos pelos seus clientes, o que não se verifica na cláusula terceira, parágrafo quinto, do contrato em objeto, que apenas prevê a devolução de comissões pagas por vendas que não foram concretizadas em virtude de inadimplemento dos compradores.

Tal situação, de devolução das comissões, não encontra vedação no ordenamento jurídico. Ao contrário, há assento sobre tal tema na doutrina mais abalizada, salientando a respeito Rubens Requião que:

> [...] a comissão não constitui retribuição pelo trabalho prestado, mas contraprestação resultante da utilidade que decorre da mediação efetuada [...]. O direito do representante comercial à comissão só se efetiva, a não ser que haja cláusula contratual expressa em outro sentido, com a conclusão do negócio agenciado, isto é, com a realização e execução do contrato entre representante e o terceiro, com o pagamento do respectivo preço. Se o cliente não cumpre a obrigação de pagamento, tornado-se insolvente, o representante comercial não tem direito ao recebimento de sua comissão, pois não ocorreu o resultado útil, econômico, de sua mediação (*Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1989, v.1, p. 163).

Finalmente, no que tange à condenação da autora em penalidade por litigância de má-fé, anota-se que o art. 17 do Código de Processo Civil prescreve:

> Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
> I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
> II - alterar a verdade dos fatos;
> III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
> IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
> V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; [...].

A propósito, Celso Agrícola Barbi ensina que

> [...] a idéia comum de conduta de má-fé supõe um elemento subjetivo, a intenção malévola. Essa idéia é, em princípio, adotada pelo direito processual, de modo que só se pune a conduta lesiva quando inspirada na intenção de prejudicar (*Comentários ao Código de Processo Civil*, I/83).

Sobre o mesmo tema, Humberto Theodoro Júnior assinala que, "para os fins do art. 17, é preciso que o litigante adote intencionalmente conduta maliciosa e desleal" (*Código de Processo Civil anotado*, p. 13).

Verifica-se que tal orientação é seguida pelos tribunais do País, ao assentarem que, "para que o litígio seja de má-fé, é indispensável a prova, estreme de dúvida de qualquer das hipóteses do art. 17 do CPC" (Adcoas, 1987, nº 115.339).

> Não se pode reputar de má-fé, mesmo porque a presunção é em sentido contrário, quanto àquele que procura resolver em juízo uma controvérsia, ou quem exerce o direito subjetivo de defesa. Presume-se que os litigantes estejam sempre de boa-fé, não obstante erros palmares, segundo o entendimento de quem julga. Incide a regra quando ocorre na dedução de pretensão manifesta e dolosa intenção de prejudicar, ou causar dano e por igual na defesa. A falsa ou errônea interpretação do fato ou do direito é da contingência humana. Se assim não fosse, num mundo de perfeição, desnecessária a função estatal de aplicar a lei aos casos concretos (Apelação Cível nº 2138444 - 1º TACivSP - Rel. Juiz Bandeira de Mello - *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CD-ROM nº 15).

> Só há litigância de má-fé quando comprovado dolo processual, resistência completamente injustificada, intenção malévola. Alegações e resistência, mesmo desarrazoadas, mas dentro do princípio do contraditório, não constituem litigância de má-fé (Agravo de Instrumento nº 10297 - TASC - Rel. Des. Amaral e Silva - *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CD-ROM nº 15).

O douto Juiz Fernando Bráulio, componente da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada deste Estado, no julgamento da Apelação Cível nº 227.961-6, julgada em 19.12.96, orientou que

> [...] o exercício do direito constitucional de ampla defesa, ainda que com a invocação de justificativa inverossímil não provada nos autos, não caracteriza litigância de má-fé, à falta de sua comprovação por outros meios.

Portanto, no caso em análise, não se vislumbra dolo processual, sendo que os atos praticados pela autora se enquadram no regular exercício do direito de defesa de seus interesses, que considerava legítimos, fazendo interpretação do real vínculo jurídico criado com a requerida e de sua rescisão, não estando evidenciado, portanto, como já fundamentado, qualquer propósito de prejudicar a parte contrária, não se atingindo a dignidade da Justiça.

Assim, não há que se falar em litigância de má-fé quando a parte apenas se utiliza de argumentos que acredita ser jurídicos e fundamentados para o resguardo de suas pretensões, como ocorrido *in casu*, não havendo, portanto, possibilidade legal de se aplicar qualquer penalidade que se sustente em tal circunstância.

Mediante tais considerações, dá-se parcial provimento aos recursos, para que seja afastada da condenação a verba relativa às vendas não concluídas, determinando-se seja paga pela ré à autora a quantia correspondente a 1/12 sobre o total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação, mantida a sentença quanto a todo o demais e por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, quanto ao primeiro recurso, pela ré, nos termos do art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil e, quanto ao segundo apelo, pelas partes, à proporção de 30% pela ré e 70% pela autora, observada a regra do art. 12 da Lei 1.060/50 quanto a esta parte.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WAGNER WILSON e JOSÉ MARCOS VIEIRA.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PARCIAL PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

...

Indenização - Dano moral - Dano material - Responsabilidade civil - Autarquia municipal - Teoria objetiva - Risco administrativo - Art. 37, § 6º, da Constituição Federal - Prova do dano moral - Valor - Fixação

Ementa: Indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade civil. Autarquia municipal. Teoria objetiva. Risco administrativo. Art. 37, § 6º, da CF. Prova do dano moral. Valor.

- A autarquia estadual responde objetivamente pelos danos causados aos administrados, conforme preceito da CF, art. 37, § 6º, autorizando o novo ordenamento jurídico o reconhecimento da responsabilidade sem culpa das pessoas jurídicas de direito público. Consagrou-se, pois, a responsabilidade objetiva do Estado por ato de seus prepostos, fundada na causalidade, e não mais na culpabilidade. Provado o nexo causal, o pedido de indenização deve prosperar.

- A paciente que perde a visão do olho esquerdo por negligência no atendimento tem direito a indenização por danos morais.

- Age com negligência a autarquia que, apesar da indicação de cirurgia urgentíssima constante no relatório médico, não providencia o tratamento de forma adequada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0056.04.077079-6/001 - Comarca de Barbacena - Apelantes: 1º) Maria do Carmo Leite Amorim, 2º) Demasp - Departamento Municipal de Saúde Pública Dr. Antônio Benedito Araújo - Apelados: Maria do Carmo Leite Amorim, Demasp - Departamento Municipal de Saúde Pública Dr. Antônio Benedito Araújo - Relator: DES. WANDER MAROTTA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 29 de setembro de 2009. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDER MAROTTA - Conheço dos recursos.

Maria do Carmo Leite Amorim ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra Demasp - Departamento Municipal de Saúde Pública e o Município de Barbacena, alegando, em síntese, ter sido vítima de negligência dos servidores do primeiro réu, autarquia municipal, que retardaram seu encaminhamento urgente para Belo Horizonte, a fim de que fosse submetida a cirurgia, o que lhe causou a perda quase total da visão do olho esquerdo, reduzida a menos de 5.0%, cujo quadro evoluiu para a perda total conforme atestados médicos. Ressalta que o encaminhamento médico com a recomendação de necessidade urgentíssima da cirurgia foi recebido pelo Demasp em 16.12.2003 e autorizado somente em 10.02.2004, evidenciando-se a negligência hábil a gerar indenização. Por tais motivos, pugna pela procedência do pedido para condenar os réus ao pagamento de um salário-mínimo mensal e da importância equivalente a 240 salários-mínimos pela perda da visão do olho esquerdo, com a possibilidade clínica de comprometê-la em relação ao olho direito. Requer os benefícios da assistência judiciária - deferidos.

Contestação do Município de Barbacena arguindo, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva, ao fundamento de que o Demasp é autarquia municipal com autonomia administrativa e financeira, requerendo a sua exclusão da lide.

Contestação do Departamento Municipal de Saúde Pública - Demasp, arguindo, em preliminar, a inépcia da inicial. No mérito, assinala que a autora foi encaminhada para o atendimento pelo TFD por médico responsável pelo diagnóstico e que os funcionários não poderiam detectar que o procedimento era urgente, pois, se assim fosse, outro seria o procedimento. Enfatiza que a necessidade de urgência da cirurgia não foi citada pelo médico que encaminhou a paciente, não lhe podendo ser debitada a responsabilidade pelos danos. Acrescenta que os pacientes necessitados de tratamento em Belo Horizonte estão sujeitos, como o Município de origem, subordinados à agenda do primeiro.

À f. 94, despacho saneador rejeitando a preliminar de inépcia da inicial.

Procedida a instrução processual com a produção de prova pericial e testemunhal, as partes apresentaram memoriais.

A sentença julgou extinto o processo sem julgamento de mérito em relação ao Município de Barbacena e parcialmente procedente contra o Demasp, para condenar a autarquia a indenizar a autora pelos prejuízos morais no importe de R$ 15.000,00, corrigidos monetariamente e acrescidos dos juros legais de 1% ao mês desde a citação. Diante da procedência parcial do pedido, condenou a autora ao pagamento das custas processuais, isenta a autarquia nos termos da Lei nº 14.939/2003. Condenou a autora, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, e o réu ao pagamento de 15%, suspensa a exigibilidade em relação à autora nos termos dos arts. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50.

Inconformada, recorre a autora (f. 208/211), entendendo irrisório o valor da indenização arbitrado, ao fundamento de que a perda de um olho se constitui em dano permanente, irreversível e estético, contra a qual nem sequer é possível a cirurgia plástica capaz de ocultá-lo.

Recorre o réu (f. 212/219), sustentando que, apesar de não ser de sua competência, nos termos da legislação específica, fez todos os esforços para atender aos anseios da apelada, tendo solicitado à Secretaria de

Estado da Saúde, por intermédio de sua Superintendência de Regulação, a disponibilização de recursos para a solução do problema, não se vislumbrando da prova produzida qualquer negligência hábil a ensejar a indenização à qual foi condenada. Caso assim não se entenda, pugna pela redução do valor indenizatório, com compensação dos honorários.

Em decorrência das razões expendidas pelas partes em sede recursal, analiso as apelações em conjunto.

Primeiramente, impende destacar que se está diante de um caso em que se aplica a norma insculpida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo descabido examinar se houve ou não culpa do réu, que responde objetivamente pelos danos causados por seus servidores a terceiros, conforme determina o referido dispositivo.

Só a existência de culpa exclusiva da vítima poderia afastar ou mitigar-lhe a responsabilidade, pois, ao adotar a responsabilidade objetiva, tal admissão não implica a aceitação da teoria do risco integral, mas a do chamado "risco administrativo", que admite temperamentos, tal como expõe, com maestria, o Ministro Carlos Mário da Silva Veloso (confira-se em *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 463/469).

Tal entendimento foi esposado no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 68.107-SP, Rel. Min. Thompson Flores.

Na lição de Hely Lopes Meireles (*Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 555):

> O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.

No mesmo sentido, leciona Rui Stoco (*Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial em vigor.* 4. ed., São Paulo: RT, p. 502/503):

> [...] a doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública evoluiu do conceito de irresponsabilidade para o da responsabilidade sem culpa. Passou-se da fase da irresponsabilidade da Administração para a fase da responsabilidade civilística e desta para a fase da responsabilidade pública.
> Na tentativa de resolver a questão da responsabilidade do Estado insurgiram três teses: a) da culpa administrativa; b) do risco administrativo; c) do risco integral, todas elas descendentes do tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública, mas com variações de fundamento e aplicação.
> A teoria da culpa administrativa representou o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a 'falta do serviço' para dela inferir a responsabilidade da Administração.
> É, segundo Hely Lopes Meirelles, o estabelecimento do binômio falta do serviço/culpa da Administração.
> Por ela não se indaga da culpa do agente administrativo, mas apenas da falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro.
> Enfim, a teoria exige uma culpa especial da Administração, que se convencionou chamar 'culpa administrativa'. Exige, ainda, do terceiro prejudicado que, além do fato material, comprove a falta do serviço para obter a indenização.
> Essa falta do serviço, segundo ensinança de Paul Duez, apresenta-se nas modalidades de inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço (*La responsabilité de la puissance publique*, 1927, p. 15).
> Qualquer delas ocorrendo, presume-se a culpa administrativa e surge a obrigação de indenizar.
> A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar da só ocorrência de lesão causada ao particular por ato da Administração.
> Não se lhe exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes.
> Basta o dano, sem o concurso do lesado.
> Na precisa lição do sempre lembrado e saudoso Hely Lopes Meirelles, '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'. (*Direito administrativo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 1975, p. 590.)
> Essa teoria baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administradores e na possibilidade de lhes causar danos, impondo a alguns membros da comunidade um sacrifício ou ônus não suportados pelos demais.
> Para compensar essa desigualdade criada pelo próprio Estado, todos os demais componentes da comunidade devem acorrer para a reparação do dano individual. O risco e a solidariedade social são, pois, segundo anotou Onofre Mendes Júnior (*Natureza da responsabilidade da Administração Pública*, 1951, p. 142), os suportes dessa doutrina que, por sua objetividade e partilha de encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos estados modernos, inclusive no Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da Constituição Federal de 1.946.
> O artigo 107 da Constituição Federal de 1969 e o art. 37, § 6º, da atual Carta Magna seguiram a linha traçada na Constituição Federal de 1946, orientando-se pela doutrina do Direito Público e mantendo a responsabilidade civil objetiva da Administração sob a modalidade do risco administrativo.
> Adverte Hely Lopes Meirelles que a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova de culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deve indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa apenas e tão somente que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização (ob. cit., p. 590).

Tem-se, pois, que, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos - como as autarquias -,

têm a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão.

Dessa forma, resta analisar o nexo de causalidade entre a conduta do réu (omissiva ou comissiva) e o evento danoso, bem como apurar se houve ou não culpa da vítima, de forma a excluir ou mitigar a responsabilidade objetiva do Demasp.

Porém, antes de começar a unir os elos da cadeia probatória presente nos autos, cumpre destacar que o serviço público é regido pelo princípio da eficiência, que, dentre outras garantias, assegura aos usuários a segurança em sua prestação.

A prova demonstra que, segundo consta do laudo médico emitido pelo Departamento Municipal de Saúde Pública - Demasp em 16.12.2003, a autora foi acometida de deslocamento de retina, com "necessidade urgentíssima de cirurgia" (f. 11), estando comprovada nos autos a total falta de condições financeiras de arcar com o tratamento, sendo inverídicas as alegações de que os funcionários do réu não tinham conhecimento da urgência do tratamento. Entretanto, somente em 10.02.2004 é que foi autorizada a consulta, quase dois meses após a recomendação médica, da qual se constatou que a visão do olho esquerdo estava totalmente perdida, como ali consta.

Não pode o Estado-Administração erguer barreiras burocráticas, ensejando obstaculizar ou mesmo impedir o tratamento adequado ao cidadão carente, até mesmo porque o direito à saúde é assegurado pela Constituição Federal.

O laudo pericial não deixa dúvidas quanto às alegações iniciais, ao afirmar que a autora apresenta

> cegueira funcional do olho esquerdo, pois tem somente visão de percepção de luzes (claro/escuro), aparentemente de forma irreversível, e provavelmente por lesão de retina. A capacidade laborativa está prejudicada pela perda da visão funcional do olho esquerdo de forma definitiva, porém, a visão monocular (olho direito) é compatível com o trabalho (evidentemente com algumas restrições).
> O deslocamento da retina é doença oftalmológica grave, de difícil tratamento, e na maioria quase absoluta dos casos deve ser tratado com cirurgia oftalmológica de urgência (retinopexia) no menor tempo possível após o diagnóstico (f. 118).

Como se vê, salta aos olhos o nexo que liga a omissão do réu e o evento danoso.

Ora, a paciente que perde a visão do olho esquerdo por negligência no atendimento tem direito à indenização por danos morais. E age com negligência a autarquia que, apesar da indicação de cirurgia urgentíssima constante no relatório médico, não providencia o tratamento de forma adequada.

Com respeito aos danos estéticos, a autora não produziu qualquer prova hábil a ensejar o seu reconhecimento.

Quanto aos danos morais, estão caracterizados, já que, segundo a definição do insigne mestre Wilson Mello da Silva (in *O dano moral e sua reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 13), autor de um dos melhores trabalhos sobre o assunto na literatura jurídica brasileira:

> [...] são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.

E continua:

> [...] o patrimônio moral decorre dos bens da alma e os danos que dele se originam seriam, singelamente, danos da alma, para usar da expressão do evangelista São Mateus, lembrada por Fischer e reproduzida por Aguiar Dias.

Não há dúvidas, portanto, de que a perda da visão no olho esquerdo é parcialmente prejudicial ao pleno exercício de suas atividades, o que representa dano irreparável ao seu patrimônio ideal.

Posto isto, cabe agora analisar os patamares em que foi estabelecida a indenização por danos morais.

Relativamente ao *quantum* da indenização, em se tratando de dano moral, o conceito de ressarcimento abrange duas forças: uma de caráter punitivo, visando castigar o causador do dano, pela ofensa que praticou; outra de caráter compensatório, que proporcionará à vítima algum bem em contrapartida ao mal sofrido.

Oportuno lembrar a lição de Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, Responsabilidade civil, p. 78/79):

> A fixação do *quantum* competirá ao prudente arbítrio do magistrado de acordo com o estabelecido em lei, e, nos casos de dano moral não contemplado legalmente, a reparação correspondente será fixada por arbitramento (CC, art. 1.553, *RTJ* 69: 276, 67: 277). Arbitramento é o exame pericial tendo em vista determinar o valor do bem, ou da obrigação, a ele ligado, muito comum na indenização dos danos. É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender, culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Na avaliação do dano moral o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral o juiz determina, por eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.

O dano moral está patenteado, pela aflição e angústia decorrentes da debilidade permanente da autora quanto à limitação de seu campo visual, o que, certamente, trará dificuldades para o exercício de suas ativi-

dades laborativas. Entretanto, como constou do laudo pericial, a limitação é apenas parcial.

Assim, quanto ao que se liga ao *quantum* fixado a título de danos morais, tenho como plausível e adequado o valor de R$ 15.000,00.

Com relação à verba honorária arbitrada, as partes contra ela não se insurgiram, pugnando o apelante apenas para que se reconheça a possibilidade de compensação.

Diante do exposto, nos termos acima delineados, dou parcial provimento ao recurso do réu apenas para admitir a compensação dos honorários e nego provimento ao da autora, confirmando a sentença combatida em suas demais disposições.

Custas, pelas partes, isento o Demasp e suspensas em relação à autora, por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO.

...

Ação declaratória - Teoria da asserção - Legitimidade passiva *ad causam* - Endossatário-mandatário - Nulidade - Valor - Duplicata - Protesto - Quitação do título - Voto vencido

Ementa: Apelação. Ação declaratória. Teoria da asserção. Legitimidade passiva *ad causam*. Endossatário-mandatário. Nulidade. Valor. Duplicata. Protesto. Quitação do título.

- A teoria da asserção ou *in status assertionis* dispõe que as condições da ação devem ser apreciadas de acordo com os fatos narrados na exordial. Assim, pelo exame das alegações trazidas na petição inicial, percebe-se que a duplicata foi adquirida por endosso-mandato.

- Não sendo apontado qualquer equívoco exclusivo do endossatário-mandatário, este não tem legitimidade passiva *ad causam*.

- A Lei de Duplicatas exige formalidade de que a duplicata seja emitida no mesmo valor da fatura. Não se pode permitir o protesto de título que não tenha formalidade exigida em lei, o qual se demonstra, em face do vício, nulo de direito, por vício formal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.04.166538-5/001 em conexão com a APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1.0079.04.170252-7/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Santa Terezinha Distribuidora de Produtos Industrializados Ltda. - Apelados: Cooperativa Agrícola Cachoeirense Ltda., Banco Itaú S.A. - Relator: DES. TIBÚRCIO MARQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR A PRELIMINAR. DAR PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 23 de julho de 2009. - *Tibúrcio Marques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIBÚRCIO MARQUES - Relatório.

Trata-se de apelação interposta à sentença que, nos autos da ação declaratória, movida por Santa Terezinha Distribuidora de Produtos Industrializados Ltda. em face de Cooperativa Agrícola Cachoeirense Ltda. e Banco Itaú S.A., acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do segundo réu (Banco Itaú S.A.) para excluí-lo do polo passivo da lide e julgou improcedentes os pedidos contidos na cautelar e principal, em relação à primeira ré (Cooperativa Agrícola Cachoeirense Ltda.), revogando a liminar de sustação de protesto outrora deferida.

Na sentença (f. 66/70), a Juíza de primeiro grau concluiu que o segundo réu levou o título a protesto como mandatário da primeira ré, motivo pelo qual não é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

Afirmou que a parte autora não se desincumbiu do ônus probatório, ao passo que a primeira ré demonstrou a origem da duplicata em questão, a qual, embora sem aceite, diz respeito a relações jurídicas de compra e venda mercantil entabulada entre as partes.

Considerou válida a exigibilidade do título de crédito em questão.

Inconformada, a autora Santa Terezinha Distribuidora de Produtos Industrializados Ltda. interpôs apelação (f. 72/78), alegando que deve ser aplicada à primeira ré pena de confissão, com fulcro no § 2º do art. 343 do CPC, tendo em vista o não comparecimento do seu representante legal para a audiência de instrução e julgamento.

Sustenta ser indevido o protesto do título, por inexistir dívida.

Aduz que, consoante decisão de f. 60, o segundo réu não apresentou contestação e que, desse modo, patente é a revelia.

Salienta que

> [...] a segunda ré foi negligente ao encaminhar a duplicata nº 136.845-01 para protesto, sem verificar a ausência do aceite, sem comunicar devidamente a empresa apontada como devedora e sem a necessária aceitação de cessão por parte da autora, razão pela qual não há falar em carência de ação (f. 77).

Ao final, pleiteia o provimento do recurso para inclusão e condenação da segunda ré e para que o protesto da duplicata seja definitivamente sustado.

No mesmo sentido é a apelação do processo cautelar.

Nas contrarrazões (f. 90/94), a primeira ré sustenta que o débito oriundo do título é devido e que os documentos apresentados pela apelante não foram capazes de ilidir a nulidade do crédito em questão.

Nas contrarrazões (f. 100/104), o segundo réu sustenta que agiu como mandatário da primeira ré, visto que não era o titular do crédito estampado no título levado a protesto e que, dessa forma, não pode figurar no polo passivo da demanda, já que a origem do título cobrado é estranha ao mandatário.

Voto do Relator.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação interposta.

I - Preliminar: ilegitimidade passiva.

A sentença acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do Banco Itaú S.A., ao argumento de que ele agiu como mero mandatário da primeira ré.

Inconformada, a autora também recorreu, sustentando que o segundo réu (Banco Itaú S.A.) não poderia ter sido excluído da lide, pois foi ele que apontou o título a protesto.

A legitimidade *ad causam*, por sua vez, constitui a aptidão específica para ser autor ou réu de uma demanda, tendo em vista a relação jurídica material. Com efeito, determinada pessoa somente poderá litigar em juízo quando possuir relação jurídica material com a parte adversária.

Relativamente ao momento da verificação das condições da ação, adota-se a teoria da asserção, cujo postulado determina que a pertinência subjetiva seja apreciada segundo os fatos trazidos na inicial.

Na peça exordial, a apelante afirma que a apelada sacou a duplicata, sem o devido aceite e repassou-a ao Banco Itaú S.A.

O endosso-mandato, espécie de endosso impróprio, é aquele que não provoca a alienação do crédito, mas transfere tão somente a posse da cambial.

Trata-se de contrato de mandato *sui generis*, no qual o mandante/endossante outorga poderes ao mandatário/endossatário para cobrar o crédito representado no título de crédito.

Dessarte, não havendo pagamento do título na data aprazada, pode o endossatário protestar o título, constituindo tal conduta simples cumprimento do mandato outorgado.

Situação diversa é aquela em que o título é apontado para protesto por equívoco do próprio endossatário. Nessa hipótese, como houve culpa exclusiva do endossatário, cabe somente a ele responder por sua conduta, já que ultrapassou os limites do mandato.

Nesse sentido, eis o entendimento do STJ:

> No endosso-mandato, só responde o endossatário pelo protesto indevido de duplicata sem aceite quando manteve ou procedeu ao apontamento após advertido de sua irregularidade, seja pela falta de higidez da cártula, seja pelo seu devido pagamento (REsp 549.733/RJ, Rel. Ministro César Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 09.03.2004, *DJ* de 13.09.2004, p. 249).

No caso sob julgamento, a apelante não apontou qualquer equívoco exclusivo do endossatário-mandatário, razão pela qual não tem ele legitimidade para responder por esta ação declaratória de cancelamento de protesto, pois atuou apenas como representante do credor da duplicata.

Portanto, rejeito a preliminar.

II - Mérito.

2.1 - Nulidade do título.

Insta ressaltar que será analisado o vício formal que consta do título anexado aos autos.

Primeiramente, cumpre observar que foi pactuado entre as partes termo de acordo de parceria comercial, que prevê um acordo para incrementos dos negócios, baseado em 3% (três por cento) em verba sobre faturamento total da fornecedora, apurado nas unidades da cliente (f. 16).

Trata-se de um acordo em que a apelante compra produtos da apelada, havendo abatimento mensal no valor total das compras realizadas, no percentual de 3%.

A Lei nº 5.474/68, Lei das Duplicatas, dispõe em seu art. 3º:

> Art. 3º A duplicata indicará sempre o valor total da fatura, ainda que o comprador tenha direito a qualquer rebate, mencionando o vendedor o valor líquido que o comprador deverá reconhecer como obrigação de pagar.

Dessa forma, constata-se que a Lei de Duplicatas exige formalidade de que a duplicata seja emitida no mesmo valor da fatura.

Assim, na duplicata, deverá constar sempre o valor total da fatura, ainda que o comprador tenha direito a qualquer "rebate". Realizado o pagamento a menor (pagamento parcial), o portador do título deverá fornecer quitação no verso do próprio título ou em documento apartado com referência expressa à duplicata (art. 9º, § 1º, da Lei das Duplicatas).

No presente caso, verifica-se que consta do título levado a protesto pela apelada, representado à f. 21, o

valor que entende ser devido, qual seja R$ 3.411,40 (três mil quatrocentos e onze reais e quarenta centavos), que consiste no percentual a que entende fazer jus (3% das bonificações) ao fundamento de que tal valor não era mais devido à apelante, uma vez que já quitado.

Desse modo, se realmente houve a compra e venda de mercadorias constantes dos autos, deveria a apelada trazer na duplicata o valor da fatura, e não dispor aleatoriamente o valor que entende ser devido, pois a lei exige, como já se disse, que conste o valor líquido que o comprador, *in casu*, a apelante, deverá reconhecer como obrigação de pagar.

Não se pode permitir o protesto de título que não tenha a formalidade exigida em lei, o qual se demonstra, em face do vício, nulo de direito, por vício formal.

2.2. Análise da relação fundamental.

Além da nulidade do título, constata-se, a partir da análise da relação fundamental, que já houve quitação do valor objeto do litígio, sendo que a obrigação foi extinta pelo pagamento, pelos motivos a seguir expostos.

A cláusula 5.1 do termo celebrado entre as partes (f. 16, da ação cautelar) dispõe que entre elas haverá "Acordo de fidelidade para incrementos dos negócios baseado em 3% em verba sobre faturamento total da fornecedora, apurado nas unidades da cliente".

Está expresso, portanto, que haverá abatimento de 3% do total do faturamento da apelante.

Esse abatimento de 3% estava devidamente expresso na nota fiscal de f. 33 (da ação declaratória), tendo sido assinado pela parte apelada.

Dessa forma, verifica-se que o crédito pleiteado pela ré é ilegítimo, já que a cláusula do termo é expressa no sentido de que o percentual incidirá sobre o faturamento total da fornecedora, e não especificamente em dação com o mesmo produto, conforme alega a ré.

Registre-se que a Lei das Duplicatas, em seu art. 10, autoriza a deduzir do valor da duplicata a importância decorrente de ajuste livremente ajustado entre as partes, *in verbis*:

> Art. 10. No pagamento da duplicata poderão ser deduzidos quaisquer créditos a favor do devedor resultantes de devolução de mercadorias, diferenças de preço, enganos, verificados, pagamentos por conta e outros motivos assemelhados, desde que devidamente autorizados.

Dessa forma, ante a patente nulidade do título e o adimplemento da obrigação, julgo procedente a ação cautelar, para cancelar o protesto da duplicata.

III - Dispositivo.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva e dou provimento às apelações principal e cautelar, para cancelar o protesto da duplicata nº 136.854-01 e declarar nulo o referido título de crédito.

Tendo em vista a ilegitimidade do Banco Itaú S.A., mantenho a condenação da autora ao pagamento de honorários advocatícios ao segundo réu, fixados na sentença no valor de R$ 800,00 (oitocentos reais).

Condeno a primeira ré ao pagamento de custas (inclusive as recursais) e honorários advocatícios à autora, arbitradas na sentença em R$ 1.300,00 (mil e trezentos reais).

DES. TIAGO PINTO - Preliminar de ilegitimidade passiva.

De acordo.

Mérito.

A autora, ora apelante, em sua petição inicial sustenta que a duplicata sacada pela ré, ora apelada, em seu desfavor, é inexigível, em virtude das mercadorias objeto do negócio jurídico entabulado não lhe terem sido entregues. É o que se apanha da seguinte passagem de f. 04:

> É de extrema relevância ressaltar que mercadoria alguma foi entregue à requerente por parte da 1ª requerida. Neste aspecto, a cobrança postulada e a ameaça de protesto são indevidas, pois não se configurou a transação comercial (f. 04 - autos principais).

Mas não é o que se vê.

Do contexto probatório dos autos, vê-se que a ré, ora apelada, emitiu nota fiscal que foi devidamente subscrita em seu canhoto (f. 53 - autos principais). Disso decorre presunção de que as mercadorias contratadas, de fato, foram entregues, inexistindo qualquer prova em sentido contrário capaz de infirmá-la.

Nisso o d. Julgador de primeira instância bem fundamentou sua decisão ao dispor que

> [...] a prova documental trazida pela ré demonstra, de forma cabal, que a duplicata levada a protesto tem lastro, visto que oriunda da nota fiscal de f. 33, cujas mercadorias foram devidamente entregues (f. 69 - autos principais).

Há que se analisar ainda uma outra questão.

A apelante também informa em sua petição inicial que "a 1ª requerida sacou duplicata contra a requerente, sem o devido aceite e repassou-a à 2ª requerida Banco Itaú S.A., Agência Contagem, antes mesmo de realizarem negociação para a bonificação de mercadorias" (f. 04), o que também não encontra respaldo nos autos.

Isso porque há outra nota fiscal nos autos (f. 32 - autos principais) que indica que foram entregues mais 21 fardos de arroz ao apelante, o que corresponde exatamente ao percentual de 3% de bonificação contratado, relativo ao total de 679 fardos constantes da nota fiscal de f. 35. Logo, tendo havido o cumprimento integral da obrigação por parte do apelado, com a entrega da mercadoria objeto do negócio e ainda a respectiva bonificação, não há razão para se reputar ilegítima a cobrança efetuada.

A cláusula 5.1 do termo celebrado entre as parte (f. 16 - ação cautelar) indica o percentual de 3%, mas sem que se vincule tal percentual a abatimento ou desconto. Não se estabeleceu expressamente o alcance de tal disposição contratual, sendo perfeitamente possível que a bonificação se dê por meio de dação do mesmo produto. O que foi feito. Vale dizer, mais uma vez, que foram entregues mais 21 fardos de arroz ao apelante, o que corresponde exatamente ao percentual de 3% de bonificação contratado, relativo ao total de 679 fardos constantes da nota fiscal de f. 35, que também foram entregues.

Por fim, o eminente Relator em seu voto assenta que o título em questão é nulo visto que "a lei de duplicatas exige que a duplicata seja emitida no mesmo valor da fatura". Na verdade, referida lei exige que a duplicata mencione o valor total da fatura, mas sem que isso implique a necessidade de correspondência do valor do título com o valor da nota fiscal. É o caso do art. 2º, § 3º, que possibilita a emissão de mais de uma duplicata referente a uma mesma fatura.

Não há, então, ausência de formalidade exigida pela lei.

Isso posto, nego provimento ao recurso para manter *in totum* a decisão de primeira instância.

DES. ANTÔNIO BISPO - De acordo com o eminente Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR. DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

...

Contrato bancário - Revisão - Juros remuneratórios - Tarifa de manutenção de crediário

Ementa: Revisão de contrato bancário. Juros remuneratórios. Tarifa de manutenção de crediário.

- Juros remuneratórios contrários à função social do contrato de mútuo devem ser adequados.

- A exigência de tarifa de manutenção de crediário é nula de pleno direito, pois o consumidor não pode ser obrigado a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.473402-7/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Banco Itaú S.A., 2º) Hierania Batista Avelino Peito - Apelados: Hierania Batista Avelino Peito, Banco Itaú S.A. - Relator: DES. SALDANHA DA FONSECA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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, À UNANIMIDADE; NA SEGUNDA APELAÇÃO, REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2009. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SALDANHA DA FONSECA - Conheço dos recursos, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Primeira apelação (f. 295/315).

A análise dos autos revela que o primeiro apelante concedeu empréstimo à apelada no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais), para quitação em 48 (quarenta e oito) parcelas (f. 260), a partir de operação realizada por meio de caixa eletrônico, e que a apelada sustenta abusivos e capitalizados os juros remuneratórios, ilegal a cobrança de comissão de permanência, não limitada pelo INPC ou IGPM, e cumulada com juros moratórios, remuneratórios e multa contratual, e de valor sob o título de taxa de manutenção de crediário.

Pedido julgado parcialmente procedente, para determinar o recálculo da dívida com comissão de permanência nos períodos de inadimplência, não cumulada com multa contratual, calculada à taxa média dos juros de mercado limitada, entretanto, à taxa pactuada no contrato, decotando-se, ainda, a cobrança de juros capitalizados; honorários advocatícios de 10% sobre o valor atribuído à causa (f. 268/281).

O primeiro apelante sustenta que concedeu à apelada um empréstimo a partir de operação realizada por meio de caixa automático, dando ciência de seus termos, por isso juros e prestação ajustados são devidos. A capitalização de juros afirma possível e declara dela não ter feito uso no empréstimo concedido à apelada, já que os valores das parcelas foram estabelecidos previamente, pelo que autônomos e independentes, de modo que o pagamento de uma prestação liquida os juros do respectivo período e assim sucessivamente. A cobrança de comissão de permanência assevera possível, sobretudo porque não cobrada juntamente com correção monetária, e nesse sentido revelam os Enunciados 294 e 296 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça.

A capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano é possível nos contratos celebrados com instituições bancárias, desde 31.03.2000, pelo teor do art. 5º

da Medida Provisória nº 2.170-36/2001 (anterior MP 1.963-17; REsp 890460 e REsp 821357), cuja eficácia não foi suspensa, pois ainda em curso o julgamento de liminar na ADI nº 2316-1.

Com efeito, vedada a capitalização de juros pela sentença recorrida e tendo o primeiro apelante confessado que não cobra juros capitalizados da apelada, a boa lógica determina a prevalência da sentença recorrida, já que pretensão recursal em sentido contrário não foi formulada.

A cobrança de comissão de permanência é possível e de outra forma a sentença recorrida não decidiu. Tanto é verdade que determina o recálculo da dívida com comissão de permanência nos períodos de inadimplência, não cumulada com multa contratual, calculada à taxa média dos juros de mercado limitada, entretanto, à taxa pactuada no contrato, conferindo, assim, eficácia plena ao Enunciado 294 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça.

Importante ressaltar que

> Nos contratos de mútuos celebrados com as instituições financeiras, admite-se a incidência da comissão de permanência após o vencimento da dívida, desde que não cumulada com juros remuneratórios, moratórios, correção monetária e multa contratual. Na hipótese de haver cumulação, esses encargos devem ser afastados e para manter-se tão-somente a incidência da comissão de permanência (AgRg no REsp 400921/RS).

Dessa forma, a sentença recorrida, por não se revelar incongruente com as razões de recurso do primeiro apelante, não carece de ajuste.

DES. DOMINGOS COELHO - De acordo.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - *Data venia*, quanto aos juros remuneratórios, objeto da segunda apelação, voto no sentido de manter os juros contratuais, que, não havendo prova em contrário, estão de acordo com média de mercado para a modalidade de contrato em discussão. Por isso, não podem ser considerados abusivos.

Para ilustrar, trago à colação trecho de decisão proferida no julgamento do Recurso Especial nº 1.092.839 - MG (2008/0216035-4), publicada no dia 11.09.2009:

> [...]
> II. Juros remuneratórios.
> O acórdão estadual limitou os juros remuneratórios em 5% ao mês com fundamento na abusividade.
> A jurisprudência do STJ é uníssona em proclamar que, com o advento da Lei nº 4.595/64, restou afastada a incidência do Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura) nas operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, cabendo ao CMN, órgão normativo máximo do SFN, o poder para limitar taxas e eventuais encargos bancários. Corrobora tal orientação a Súmula nº 596/STF: 'As disposições do Decreto 22.626 de 1933 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'.
> Tal premissa não foi alterada pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), cujos preceitos, não obstante se apliquem aos contratos firmados por instituições bancárias, devem ser interpretados em harmonia com a legislação retro. Nessa perspectiva, a Segunda Seção do STJ consagrou a juridicidade dos juros no percentual avençado pelas partes, desde que não caracterizada a exorbitância do encargo (Nesse sentido: AgRg no REsp nº 590.573/SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *DJ* de 25.5.2004).
> Por outro lado, a abusividade da taxa de juros, cuja constatação teria o efeito de induzir sua ilegalidade, não pode ser aferida com base em critério de caráter subjetivo, conforme se verifica no caso em exame, sendo certo que o fato, tão-só, de os juros terem excedido o limite de 12% ao ano não implica abusividade. Sobre o tema, é entendimento assente na Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça que a alteração da taxa de juros pactuada depende da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado. Nesse sentido, os seguintes julgados da Corte: AgRg no REsp nº 647.326/MG, Relator Ministro Hélio Quaglia, *DJ* de 10.12.2007; AgRg no REsp nº 935.231/RJ, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, *DJ* de 29.10.2007; e AgRg no REsp nº 682.638/MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, *DJ* de 19.12.2005.
> Dessa forma, afasta-se a limitação dos juros remuneratórios em 5% ao mês.
> III. Conclusão.
> Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para, nos termos da fundamentação retro, autorizar a cobrança dos juros remuneratórios contratados.
> Condeno a parte recorrida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, ora fixados no valor de R$ 1.000,00 (mil reais). Ônus suspensos na hipótese de assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.
> Publique-se. Brasília, 18 de agosto de 2009. - Ministro João Otávio de Noronha, Relator.

DES. SALDANHA DA FONSECA - Segunda apelação (f. 340/384).

Preliminar.

Da irregularidade de representação.

A segunda apelante sustenta irregular a representação do apelado, porquanto juntados cópia de procuração e substabelecimento sem autenticação notarial (f. 210/211), por isso requer a decretação da revelia.

A jurisprudência de há muito tem assentado que

> O art. 12, VI, do CPC não exige que se prove desde logo a regularidade da representação da pessoa jurídica, circunstância que somente deverá ser buscada pelo magistrado se surgir dúvida razoável (*Rev. Jurisp. TJ-RS*, v. 140, p. 214).

> As pessoas jurídicas serão representadas em juízo pelas pessoas designadas nos respectivos estatutos. Não há necessidade de juntada de cópias dos estatutos aos autos. Compete à parte que impugnar a qualidade do representante a prova da inidoneidade (*Jurisp. Catarinense,* v. 62, p. 110).

Nesse contexto, não ensejando os documentos de f. 210/214 dúvida razoável sobre a representação do apelado, não cabe falar em revelia. Aliás, a não autenticação notarial dos mesmos não autoriza concluir pela falta de representação do apelado, visto que a lealdade processual não restou mitigada.

Rejeita-se a preliminar.

Mérito.

A segunda apelante sustenta abusivos os juros remuneratórios cobrados e requer sejam equivalentes ao CDB + 1/5, ilegal a cobrança de comissão de permanência à taxa do mercado do dia do pagamento, possível a repetição de indébito quanto aos valores pagos indevidamente, e que abusiva é a cobrança mensal de tarifa de manutenção.

Os juros remuneratórios cobrados são de 5,95% ao mês (f. 260). A respeito dos juros remuneratórios mantenho entendimento no sentido de que devem corresponder ao percentual máximo de 5% ao mês e, quando capitalizados, ao de 60% ao ano. Isso porque juros de 5% ao mês conferem adequados frutos civis para a instituição financeira atuante e se mostram compatíveis com a média praticada pelo mercado financeiro. Aliás, a oscilação para mais é especulação danosa e não se justifica. Basta observar a oferta de capital corrente em suas variadas linhas de crédito para perceber que os juros remuneratórios não se apresentam para o consumidor com a transparência devida. Logo, adequá-los ao cenário econômico-financeiro é missão do Poder Judiciário que não afronta a legislação de regência e os enunciados das súmulas da jurisprudência predominante dos tribunais superiores.

Na linha de razão acima, a fixação dos juros remuneratórios com base no CDB + 1/5 não pode acontecer. É que concretas são as taxas de juros praticadas pelo mercado financeiro (cenário externo, oferta de crédito ao consumidor, inclusive para insumo), enquanto abstrata é a pretensão de fixação de juros a partir da regra que movimenta o mercado financeiro no cenário interno de sustentação do sistema (captação de recursos a partir de títulos públicos).

A cobrança de comissão de permanência à taxa do mercado do dia do pagamento não é possível (Enunciado 294 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça), e assim reza a sentença recorrida (f. 281). Portanto, a comissão de permanência, conforme autoriza a sentença recorrida, mantém-se devida.

A exigência mensal de tarifa de manutenção de crediário é nula de pleno direito, nos termos do inciso XII do art. 51 da Lei nº 8.078/90, já que o "consumidor não pode ser obrigado a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor". Note-se que o apelado se valeu do maior poder econômico para não arcar com o custo do negócio (f. 66/70).

Por isso, o valor cobrado da segunda apelante a título de tarifa de manutenção deve ser restituído com correção monetária calculada pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça e juros de mora de 1% ao mês, contados dos respectivos desembolsos (f. 66/70). A repetição de indébito não cabe em relação aos encargos financeiros revistos. É que, até então, legítimos.

Com tais razões, nego provimento à primeira apelação e dou parcial provimento à segunda apelação, para determinar o recálculo da dívida com juros remuneratórios de 5% ao mês, livre de capitalização, e a restituição da importância cobrada sob a rubrica contábil de tarifa de manutenção crediário com correção monetária calculada pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça e juros de mora de 1% ao mês, contados dos respectivos desembolsos (f. 66/70). Fica autorizada a compensação legal do CC 368-380.

Custas, pelo apelado.

DES. DOMINGOS COELHO - De acordo.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Assim, com renovada vênia, aderindo aos seguros fundamentos do voto do eminente Desembargador Relator para decidir as demais questões devolvidas com as apelações, com renovada vênia, nego provimento a ambos os recursos.

Custas recursais, pelos apelantes, suspensa a exigibilidade em relação à segunda apelante nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO À UNANIMIDADE; NA SEGUNDA APELAÇÃO, REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

...

Tutela - Antecipação dos efeitos - *Website* de provedor - Determinação de não disponibilização de vídeo - Impossibilidade - Vídeos previamente indicados - Dever de excluir

Ementa: Agravo de instrumento. Antecipação dos efeitos da tutela. Determinação de não disponibilização de vídeo em *website* de provedor. Impossibilidade. Dever de excluir os vídeos previamente indicados.

- Em ação de obrigação de fazer destinada a fazer cessar lesão a direito da personalidade causada por conteúdos disponibilizados por usuários em *sites* mantidos pelo provedor, preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC, deve ser deferida a antecipação dos efeitos da

tutela, determinando-se a exclusão dos conteúdos ofensivos previamente indicados pela parte ofendida.

- A determinação de impedir a inclusão, por usuários, de conteúdos ofensivos à moral de um indivíduo, é medida grave, que não deve ser deferida se a identificação do conteúdo ofensivo depender de critérios subjetivos do ofendido, cuja exata predeterminação não é possível a ponto de garantir que a lesão não continuará a se repetir.

Recurso parcialmente provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.09.579146-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Google Brasil Internet Ltda. - Agravado: Júlio César Monteiro de Castro - Relator: DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de setembro de 2009. - *Gutemberg da Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - Google Brasil Internet Ltda. interpôs agravo de instrumento pleiteando a reforma da decisão do MM. Juiz da 25ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que deferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela nos autos da ação cominatória c.c. indenização por danos morais que lhe move o agravado, Júlio César Monteiro de Castro, determinando que se abstenha de colocar à disposição dos internautas no *website* de hospedagem e compartilhamento de vídeos *You Tube* (www.youtube.com) qualquer vídeo que contenha menção ao nome dele ou à função pública que ocupa, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00.

Sustentou que é tecnicamente impossível, conforme prova pericial emprestada que junta, controlar a inserção de vídeos no *website* que mantém, pois a todo momento são inseridos milhares de novos vídeos, vídeos estes que são de responsabilidade dos internautas, conforme "termos de uso", ao qual assentem seus usuários. Alegou que não pode realizar censura prévia ao material colocado à disposição por terceiros, sob pena de violar a Constituição da República, mas que, tão logo identificados os vídeos e reclamada a sua exclusão, tem agido para evitar a ocorrência de mais danos à moral do agravado, conforme certificado pelo próprio Juiz.

Alegou mais que o usuário que insere conteúdo que viole as condições estipuladas assume integral responsabilidade pelos danos que causar, inexistindo qualquer legislação que obrigue os provedores a exercerem o controle do conteúdo inserido na internet por terceiros, razão pela qual é imprescindível o apontamento prévio do endereço eletrônico em que se encontra o conteúdo ofensivo.

Por fim, pugnou pelo afastamento da multa diária arbitrada, pois se desvirtuaria o instituto das *astreintes*, já que a multa não poderia tornar possível o que é impossível.

O pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso foi deferido às f. 228 a 230.

O agravado apresentou contrarrazões, alegando que a prova pericial juntada pelo agravante não se ajusta à situação dos autos, além de ser desprovida do necessário rigor técnico. Alegou mais que é inverossímil a alegação de que não possui capacidade técnica para implementar um sistema de controle dos vídeos veiculados em seu *website*, o que deveria ser feito ainda que implicasse aumento de seus custos, o que não pode servir de escusa.

Afirmou que o agravante já sofreu condenação semelhante, sendo a multa muito superior à fixada na decisão, e que a decisão foi perfeitamente cumprida, de modo que é tecnicamente possível o seu cumprimento; e que, ainda que não fosse, a técnica não pode se sobrepor ao direito, tornando inócuos dispositivos constitucionais e legais.

Por fim, ressaltou que "pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade" (art. 12 do Código Civil); que o agravante é excessivamente permissivo com a criação de contas de usuário, dando guarida a criminosos; que o agravante é responsável pelos danos, pois se sujeita aos riscos de sua atividade e que não se pode invocar a liberdade de expressão para defender o direito de ofender a moral de alguém (f. 236 a 247).

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, pois tempestivo e preparado.

O MM. Juiz deferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela de obrigação de fazer, a fim de impedir a disponibilização, no *site* do You Tube, de vídeos que contenham menção ao nome ou ao cargo do agravado, estipulando multa diária de R$ 5.000,00.

O mérito do recurso se restringe à análise da presença dos requisitos do art. 273 do CPC, quais sejam a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Quanto ao receio de dano, inexiste dúvida de que o prosseguimento da disponibilização de conteúdos considerados ofensivos à moral do agravado pode ampliar os danos que alega ter sofrido, havendo o agravante

também atestado a ocorrência de ofensa à moral do agravado, pois já excluiu vários vídeos indicados.

Já o requisito da prova inequívoca da verossimilhança das alegações deve ser analisado de modo mais particularizado, em razão das especificidades da tutela pretendida pela parte. Devem ser verossímeis, para fins de deferimento da antecipação, as alegações que, comprovadas, levariam à procedência final do pedido de "condenação do réu a se abster de lançar no *site* You Tube quaisquer outros vídeos que façam menção ao autor, pelo nome ou pelo cargo que o mesmo ocupa" (f. 38-TJ).

Aparentemente, o pedido trata de obrigação de não fazer; contudo, sabe-se que não é o Google quem lança vídeos no You Tube, de modo que, caso procedente o pedido, a condenação terá conteúdo de obrigação de fazer, qual seja a de impedir a inserção de vídeos dessa natureza.

O principal argumento em favor do deferimento do pedido de antecipação de tutela é o art. 12 do Código Civil, segundo o qual "pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade". Tal alegação não demanda a existência de qualquer prova, pois a questão é de direito e, a princípio, inexiste obstáculo à determinação de fazer cessar a lesão.

Entretanto, as particularidades do caso impedem o deferimento da medida nos moldes em que foi deferida. Como bem salientou o agravante, eventual impedimento a vídeos que contenham o nome do agravante ou o cargo que ocupa poderão levar à exclusão de vídeos outros, que não os vídeos ofensivos à moral do agravado, o que resultaria em violação de direitos de terceiros e até mesmo em prejuízo à circulação de informações. Do mesmo modo, não seria suficiente para fazer cessar a lesão o impedimento à inclusão de tais vídeos, pois os usuários que os estão incluindo poderão prosseguir em sua conduta ofensiva por meio de imagens, sem fazer qualquer menção a nomes ou cargos, tornando inócua a grave medida.

Sobre a impossibilidade de se deferir medida como a presente, já se manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais em caso semelhante, relativo ao Orkut, no qual são também os usuários que incluem o conteúdo:

> Agravo de instrumento. Exclusão do nome da agravada em todas as páginas do *site* de relacionamento Orkut. Impossibilidade. Indicação das URLs. Multa. Valor proporcional e razoável.
> - Com a aquiescência da Google, são criados, por seus usuários, os mais diversos tipos de comunidades e páginas, no *site* de relacionamento Orkut.
> - Sabe-se que é impossível fiscalizar todas as páginas criadas, e ainda, observando a garantia fundamental do livre pensamento, se torna impossível a exclusão do nome da agravada, sem que esta identifique a ofensa nas respectivas URLs.
> - A ação que tenha por objeto obrigação de fazer, o magistrado pode conceder a tutela específica da obrigação, determinando providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, como a fixação de multa, no valor proporcional e razoável com o porte da empresa (TJMG nº 1.0145.08.495306-9/001 - Rel. Des. Nicolau Masseli, j. em 04.06.2009).

O que justifica deixar de compelir o provedor de armazenamento a fazê-lo não é a impossibilidade técnica de promover o monitoramento prévio do conteúdo inserido pelos usuários de seu serviço, pois, como se sabe, outros serviços disponibilizados pelo próprio agravante, como a ferramenta "Google Earth", apenas permitem a inclusão de conteúdos, como fotografias, por exemplo, após a verificação de sua adequação. Também não é a violação do art. 220 da Constituição da República, pela restrição à livre manifestação do pensamento, que impediria o provedor de promover o controle prévio do conteúdo, pois nada diferencia a censura prévia da censura *a posteriori*, e esta última o agravante já realiza sem qualquer impedimento, quando, por exemplo, identifica conteúdos em desacordo com suas normas de uso, retirando-os da rede imediatamente.

Entretanto, a impossibilidade de delimitação exata do conteúdo ofensivo, como, por exemplo, a descrição do vídeo que atenta contra a moral do agravado, impede a manutenção da decisão nos termos em que foi proferida. Como ficou demonstrado, vários vídeos já foram inseridos e excluídos, havendo sido armazenados sob diferentes títulos e diferentes endereços eletrônicos, de modo que não é possível determinar a censura prévia do conteúdo ofensivo ao agravado, o que demandaria a análise detalhada a partir de critérios subjetivos, o que somente pode ser feito pelo ofendido.

A medida que melhor atende ao objetivo do agravado, sem, contudo, levar a exageros que não teriam a repercussão desejada, é a determinação de que o agravante continue a excluir os vídeos devidamente identificados pelo agravado como ofensivos à sua moral, o que permitirá a cessação da lesão tão logo seja identificada, mantendo-se a penalidade de multa no valor arbitrado, pois não é exagerado, desde que limitado, conforme a decisão.

O Poder Judiciário deve ter redobrada atenção em casos como o presente, em que, a despeito de fazer cessar alegadas ofensas a direitos subjetivos, pode tratar igualmente situações diferentes, dando margem ao locupletamento por parte de pessoas inescrupulosas, que não teriam nenhuma dificuldade em, elas próprias, incluir conteúdos supostamente ofensivos à sua moral, e posteriormente demandar do provedor de armazenagem indenizações por atos que elas próprias tenham cometido. Daí a importância do desenvolvimento, pelo próprio provedor, de ferramentas de controle sobre a identidade de seus usuários, de modo a se precaver contra ações judiciais desta natureza e contribuir para a redução da má-utilização dos serviços prestados.

É certo que, se, por um lado, os provedores de armazenamento de conteúdo desempenham um importante papel na democratização da mídia, assim como na viabilização de novas ferramentas, que incrementam o potencial produtivo da humanidade, por outro, não estão isentos de se valer de todos os meios possíveis para que sua atividade não provoque danos a terceiros e para que, caso ocorram, sejam os ofensores identificados.

Enquanto os provedores de armazenamento não promoverem controle efetivo sobre a identidade dos usuários de seus serviços, de modo a possibilitar a responsabilização destes pelos danos que causarem, são eles solidariamente responsáveis por tais danos, em razão da teoria do risco, prevista expressamente no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, segundo o qual "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Diante disso, dou parcial provimento ao recurso para reformar a decisão de f. 70-TJ, deferindo a antecipação dos efeitos da tutela apenas para determinar ao agravante que retire de seu provedor os vídeos que contenham alguma das imagens ofensivas à moral do agravado, no prazo de 24 horas da notificação realizada aos procuradores do agravante, indicando o endereço eletrônico do conteúdo, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00.

Custas recursais, pelo agravado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE e PEREIRA DA SILVA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...

Repetição de indébito - Construção - Administração a preço de custo - Despesas de construção - Condômino - Responsabilidade

Ementa: Repetição de indébito. Construção. Administração a preço de custo. Despesas de construção. Responsabilidade do condômino.

- Nos contratos de construção pelo regime de administração a preço de custo, os condôminos assumem a execução integral da obra, com o proveito de recebimento das frações ideais do terreno de propriedade dos autores, sendo de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento das despesas com a construção.

- Restando demonstrado que o valor cobrado a título de taxa extra compôs o custo da obra, o condômino não tem direito à sua repetição.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.627999-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Sônia Efigênia de Carvalho - Apelada: Elo Engenharia e Empreendimentos Ltda. - Relatora: DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE

Acórdão

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

Belo Horizonte, 9 de julho de 2009. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de repetição de indébito, ao argumento de terem as partes firmado contrato para aquisição de fração ideal e construção por administração a preço de custo, tendo a apelada praticado inúmeras irregularidades ao longo da relação, entre elas a convocação de assembleia para o aporte de novos recursos, sem a observância dos preceitos legais aplicáveis.

A apelante alegou, ainda, que, em decorrência da realização da assembleia, que foi declarada nula pelo Poder Judiciário por decisão transitada em julgado, foi compelida a arcar com uma "taxa extra", no valor histórico de R$ 14.528,94, o que onerou o contrato, com o acréscimo de 80% em relação ao preço inicial.

Concluiu ser credora da importância de R$ 47.760,50, pugnando pela repetição do referido valor.

Citada, a apelada apresentou contestação, alegando que, na modalidade do contrato entabulado entre as partes, o condômino é o dono da obra, sendo obrigado a arcar com o custo integral da construção, ressaltando que o preço inicial é meramente estimativo.

Aduziu que, ao receber sua unidade, a apelante deu quitação à apelada, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do valor total do financiamento contraído junto ao Banco Real S.A.

Acrescentou que a apelante não foi parte no processo em que foi declarada a nulidade da assembleia que instituiu a taxa extra, não podendo, assim, ser beneficiada pela decisão proferida naqueles autos.

Ressaltou, ainda, que a referida decisão não torna inexigível o pagamento da taxa, já que nela consta que a restituição dos valores pagos apenas poderia ocorrer após a efetiva prestação de contas ou com a perícia técnica demonstrando a ilegalidade dos valores cobrados.

A r. sentença recorrida julgou improcedente o pedido, considerando estar demonstrada a legalidade dos valores cobrados a título de taxa extra, que foram utilizados para o término da obra, bem como a inexistência de coisa julgada em relação à apelante, condenando-a ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios ao patrono da parte contrária, arbitrados em R$ 3.000,00.

A apelante pretende a reforma da decisão recorrida, reiterando os termos da exordial e ressaltando que o valor cobrado a título de taxa extra é inexigível, uma vez que instituído por assembleia eivada de nulidade.

Pretende a inversão dos ônus de sucumbência.

A decisão recorrida, f. 1606/1610, foi publicada em 4 de novembro de 2008, vindo a apelação em 19 de novembro de 2008, no prazo recursal, acompanhada do devido preparo.

Estão presentes os requisitos para conhecimento do recurso.

Pretende a apelante a reforma da decisão objurgada, ao argumento de ser indevida a cobrança da taxa extra, que foi estipulada em assembleia declarada nula pelo Poder Judiciário, por decisão transitada em julgado.

Embora a apelante não tenha sido parte naquela ação judicial, não fica impedida de pleitear a restituição dos valores pagos a título de taxa extra, fundamentando seu pedido na nulidade das deliberações realizadas na referida assembleia considerada nula.

No caso dos autos, é patente que houve nulidade das deliberações da assembleia realizada em 5 de maio de 1995.

Nesse sentido, colhe-se trecho do voto proferido pelo ilustre Revisor, Juiz Dárcio Lopardi Mendes, por ocasião do julgamento do Recurso de Apelação nº 2.0000.00.306745-4/000(1), em que se discutiu a legitimidade das deliberações realizadas na assembleia que instituiu a taxa extra em questão:

> No mérito, a realidade fática evidenciada no quadro probatório demonstra, de forma clara e precisa, que a reunião com a comissão de representantes ocorreu em confronto com o art. 50 da Lei nº 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, tendo em vista que o aludido dispositivo legal determina expressamente que a comissão de representantes deve ser composta de três membros, pelo menos.
> Ora, se a lei traz determinação expressa, mesmo que um dos componentes tenha renunciado ao 'cargo', incumbia à construtora aguardar a recomposição do *quorum* exigido pela lei quanto aos condôminos, não tendo validade as decisões, como o estabelecimento de novos valores das parcelas a serem pagas à construtora, sem a devida qualificação da comissão de representantes.

Ora, a nulidade da assembleia e das respectivas deliberações decorreu da inobservância do *quorum* para a instalação da reunião, já que naquela ocasião a comissão de representantes dos condôminos era composta de apenas dois membros, sendo necessários ao menos três, de acordo com a exigência do art. 50 da Lei nº 4.591/64.

Reconhecida a nulidade da assembleia em que se instituiu a taxa extra, impõe-se verificar se o referido vício é apto a tornar inexigível a cobrança perpetrada.

As partes firmaram contrato de construção por administração a preço de custo, f. 243/249, a ser empreendido pelos adquirentes das unidades autônomas que seriam construídas, cabendo aos condôminos e/ou contratantes pagar à contratada a importância relativa à sua cota de contribuição, conforme cláusula quarta do ajuste.

De conformidade com o disposto no art. 48 da Lei nº 4.591/64, são diversas as espécies de incorporação:

> Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei, poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração, conforme adiante definidos, e poderá estar incluída no contrato com o incorporador, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.
> § 1º O Projeto e o memorial descritivo das edificações farão parte integrante e complementar do contrato.
> § 2º Do contrato deverá constar a prazo da entrega das obras e as condições e formas de sua eventual prorrogação.

A construção em regime de administração, ou a preço de custo, está regulamentada pelo art. 58 e seguintes da Lei nº 4.591/64:

> Art. 58. Nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado 'a preço de custo', será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral da obra, observadas as seguintes disposições:
> I - todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para construção serão emitidos em nome do condomínio dos contratantes da construção;
> II - todas as contribuições dos condôminos para qualquer fim relacionado com a construção serão depositadas em contas abertas em nome do condomínio dos contratantes, em estabelecimentos bancários, as quais serão movimentadas pela forma que for fixada no contrato.
> Art. 59. No regime de construção por administração, será obrigatório constar do respectivo contrato o montante do orçamento do custo da obra, elaborado com estrita observância dos critérios e normas referidos no inciso II do art. 53, e a data em que se iniciará efetivamente a obra.

No caso dos autos, é patente que o regime de construção era por administração, existindo cláusula específica acerca dos proveitos da apelada na administração, que correspondiam a 15% do custo integral da obra, conforme cláusula quinta do contrato, f. 245.

A natureza do contrato deflui, ainda, das cláusulas contratuais que estipulam e delimitam as obrigações da empresa, demonstrando que figurou como mera administradora da obra e do investimento dos condôminos.

Conforme dispositivo legal, nos contratos de construção pelo regime de administração a preço de custo, os condôminos assumem a execução integral da obra, com o proveito de recebimento das frações ideais do terreno de propriedade dos autores, sendo de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento das despesas com a construção.

As questões relativas aos custos da obra devem ser deliberadas em assembleia, por maioria de votos.

In casu, embora a assembleia em que se deliberou a instituição da taxa extra tenha sido declarada nula por decisão judicial transitada em julgado, restou demonstrado que o valor cobrado compôs o custo da obra, conforme esclarecimentos prestados pelo perito judicial, f. 1.590, quesito 1.4:

> 1.4 - Ao considerarmos que o efetivamente desembolsado pelos condôminos (R$ 4.785.709,02) é inferior ao exigível a longo prazo, aprovado através de balancetes anexados aos autos e não impugnados, não seria correto afirmar então que a taxa extra compôs o custo total da obra:
> Resposta: Afirmativo. Este perito acrescenta, em complementação à resposta ofertada ao quesito 07 - f. 307 - que a diferença no importe de R$ 515.184,65 (quinhentos e quinze mil cento e oitenta e quatro reais e sessenta e cinco centavos) representa a taxa extra instituída pela Assembleia para a composição do custo da obra, tudo conforme demonstra os documentos acostados ao Parecer Pericial (*sic*).

Pretendendo a apelante a restituição dos valores pagos a título de taxa extra, deveria ter comprovado que a referida importância foi cobrada indevidamente, não compondo o custo total da obra e não sendo aplicada para o término da construção, não bastando a comprovação do vício de sua origem.

O ônus da prova incumbe a quem alega, nos termos do art. 333, CPC, sendo certo que meras alegações, despidas de conteúdo probatório seguro, não são aptas a amparar o direito que se perquire.

Nesse sentido leciona Humberto Theodoro Júnior, em sua obra *Curso de direito processual civil*, 41. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, v. I, 2004:

> Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretende seja aplicado pelo juiz na solução do litígio (p. 387/388).

E prossegue:

> Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretenso direito. *Actore non probante, absolvitur reus* (p. 387/388).

Embora a assembleia que instituiu a taxa extra seja nula de pleno direito, por não terem sido obedecidas as disposições legais aplicáveis, a apelada afirmou que os valores cobrados foram integralmente utilizados para o término da obra, ressaltando que, no contrato de administração a preço de custo, a responsabilidade pelo pagamento das despesas de construção é dos proprietários e/ou adquirentes.

A apelada apresentou, portanto, defesa indireta, alegando fato impeditivo do direito da apelante, atraindo para si o ônus da prova, nos termos do art. 333, II, CPC.

Nesse sentido é a lição de Humberto Theodoro Júnior, na obra acima citada:

> Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação.
> O fato constitutivo do direito do autor tornou-se, destarte, incontroverso, dispensando, por si mesmo, a respectiva prova (art. 334, III).
> A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela resposta do réu. A este, pois, tocará o ônus de prová-lo (p. 387/388).

Ora, a apelada desconstituiu as alegações da apelante, provando fato impeditivo do seu direito, qual seja a aplicação integral dos recursos cobrados na obra contratada, impondo-se, pois, a improcedência do pedido inicial, sob pena de enriquecimento sem causa da apelante.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso apresentado por Sônia Efigênia de Carvalho, mantendo íntegra a r. decisão recorrida.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ANTÔNIO DE PÁDUA e HILDA TEIXEIRA DA COSTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação declaratória de nulidade de negócio jurídico - Hipoteca - Subscritor - Incapacidade - Comprovação - Perícia - Art. 104, inciso I, do Código Civil - Honorários advocatícios - Fixação na norma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil

Ementa: Apelação. Negócio jurídico nulo. Hipoteca. Incapacidade do subscritor vitimado por AVC. Comprovação. Perícia. Art. 104, inciso I, do Código

Civil. Verba honorária. Fixação na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

- Conforme dispõe o art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico requer agente capaz.

- Demonstrando a prova técnica a incapacidade de uma das partes no momento da assinatura de escritura de hipoteca, é de ser declarada a sua nulidade, pois, por medida de segurança jurídica e também para a própria proteção dos incapazes, o ordenamento brasileiro não adotou a teoria dos lúcidos intervalos. Logo, mesmo em momentos de lucidez, o negócio jurídico celebrado por pessoa incapaz será nulo.

- Quando a demanda não possui condenação, afigura-se mais justa a fixação dos honorários advocatícios nos moldes do disposto no art. 20, § 4º, do CPC e com base no interesse econômico do processo, para se evitar o aviltamento do valor do trabalho dos profissionais que acompanharam a causa, inclusive em segunda instância.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.748901-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Maria das Dores de Faria e outros - Apelados: Petrobrás Distribuidora S.A., Posto Calango Tango Ltda. e outro - 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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 2 de setembro de 2009. - *Nilo Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento o Dr. Marcos Chaves Viana, pelos segundos apelados.

DES. NILO LACERDA - Trata-se de recursos de apelação interpostos por Maria das Dores de Faria e outros e pela Petrobrás Distribuidora S.A., em face da r. sentença de f. 235/239, proferida nos autos da ação declaratória de nulidade de negócio jurídico ajuizada pela primeira contra a segunda.

A r. sentença de primeiro grau constatou, com base na perícia realizada nos autos, que o acidente vascular cerebral sofrido pelo segundo autor o levou à condição de incapaz, uma vez que alienado mentalmente. Ademais, a perícia descartou a possibilidade de o segundo autor ter realizado qualquer ato durante intervalos de lucidez. Desse modo, declarou a invalidade da escritura de hipoteca lavrada. Salientou que não é possível a declaração de eficácia do negócio jurídico relativa à determinada pessoa, devendo a escritura de hipoteca ser anulada em sua inteireza, pois a hipoteca é instituto de garantia com contornos legais próprios e gerando efeitos definidos, tendo sua validade definida nas normas legais.

Ressaltou que os réus Evandro Lúcio de Faria e sua mulher, condôminos dos imóveis dados na garantia hipotecária anulada na sentença, poderão responder pelo débito com esse patrimônio, porém por meio de medidas processuais próprias.

Finalmente, declarou a nulidade das hipotecas feitas, em virtude da incapacidade do seu instituidor, Geraldo de Faria, por estar acometido de sequelas condicionantes de seu entendimento e autodeterminação de acordo com os fatos do mundo circundante. Determinou a expedição de ofícios aos cartórios do conteúdo da sentença.

Em virtude da sucumbência, condenou os réus ao pagamento solidário das custas e de honorários advocatícios de R$ 3.000,00 (três mil reais) para ambos os processos.

Inconformados, em suas razões recursais, sustentam os primeiros apelantes que a sentença deve ser reformada no que se refere à fixação dos honorários advocatícios, uma vez que fixados em valor incompatível com a excepcionalidade da causa e de seu valor econômico. Salienta que a quantia arbitrada a título de honorários representa 0,3% do real conteúdo econômico discutido à data do ajuizamento da ação, ofendendo a árdua profissão da advocacia. Argumenta que o referido valor é irrisório, diante dos trabalhos desempenhados pelos causídicos.

A seu turno, a segunda apelante volta-se contra a r. sentença proferida ao fundamento de que o Sr. Geraldo de Faria estava apenas impossibilitado de escrever na época dos fatos, não sendo plenamente incapaz. Por essa razão, a sua filha teria assinado a escritura a seu rogo, tendo sido os referidos imóveis oferecidos por sua livre e espontânea vontade. Assevera que o Tabelião do Cartório de Registro de Imóveis relatou e registrou, de forma inquestionável, que o Sr. Geraldo de Faria estava impossibilitado de assinar, apesar de ter manifestado expressamente o seu consentimento, representado pela impressão datiloscópica e pela assinatura da sua filha. Afirma que devem ser aplicadas as normas contidas no art. 364 do CPC e no art. 215 do Código Civil. Argumenta, ainda, que o art. 105 do Código Civil veda, expressamente, a atitude da parte contrária, não podendo se valer da própria incapacidade em seu benefício.

Contrarrazões às f. 275/280 e 294/301.

Parecer da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça às f. 312/323, opinando pelo provimento da primeira apelação e pela negativa de provimento à segunda.

Conheço de ambos os recursos, visto que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Passo à análise da segunda apelação, pois, caso provida, importará no não conhecimento da primeira apelação.

Segunda apelação.

Alega a segunda apelante que o Sr. Geraldo de Faria não era absolutamente incapaz no momento da assinatura da escritura de hipoteca de imóveis de f. 15/18.

Argumenta que o tabelião salientou na referida escritura que o mencionado signatário estava impossibilitado de assinar, tendo sido o referido ato realizado a seu rogo, na forma do art. 215 do Código Civil.

Como cediço, a validade dos negócios jurídicos está condicionada à presença dos requisitos constantes do art. 104 do Código Civil, cuja redação é a seguinte:

> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
> I - agente capaz;
> II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
> III - forma prescrita ou não defesa em lei.

O laudo pericial forense de f. 121/132 teve as seguintes conclusões sobre o periciando:

> Periciando padece de enfermidade neuromental que determina, atualmente, incapacidade absoluta para exercer, pessoalmente, atos da vida civil. A enfermidade que ora acomete o periciando tem caráter progressivo sobre as funções do psiquismo, levando a um inexorável deteriorar das funções mentais sem qualquer perspectiva de uma recuperação plena. Baseado nos elementos levantados pela perícia, é possível inferir que na data de 27.12.2001 o periciando se encontrava em estado de incapacidade para autogerenciamento, entendimento e tomada de decisões.

Por mais que o tabelião possua fé pública e seus atos sejam revestidos de formalidades a fim de convalidá-los, a prova técnica revela que o autor era, na época da assinatura do negócio jurídico, absolutamente incapaz, enquadrando-se no disposto no art. 3º, inciso II, do Código Civil.

Os autores, com a prova pericial realizada, cumpriram com seu ônus processual de provar os fatos constitutivos de seu direito, não tendo a ré, a seu turno, comprovado qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo dos direitos dos autores.

As alegações da segunda apelante não podem ser acolhidas, já que, por medida de segurança jurídica e também para a própria proteção dos incapazes, o ordenamento brasileiro não adotou a teoria dos lúcidos intervalos. Logo, mesmo em momentos de lucidez, o negócio jurídico celebrado por pessoa incapaz será nulo.

Nesse sentido:

> Ementa: Insanidade mental. Incapacidade. Lúcidos intervalos. - Provada a insanidade mental que acarreta a incapacidade absoluta do indivíduo, não se há reconhecer validade aos atos praticados, ainda que a demência seja interrompida por intervalos de lucidez (TJMG, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 000.195.175-5/00, Relator Des. Almeida Melo, julgamento em 1º.03.2001).

Portanto, há de ser decretada a nulidade da escritura assinada pelo Sr. Geraldo de Faria, visto que absolutamente incapaz para a realização daquele ato, conforme atestado nos autos.

Pelo exposto, nego provimento à segunda apelação.

Primeira apelação.

A primeira apelação tem como objeto a fixação dos honorários advocatícios, por entenderem os apelantes que o valor arbitrado seria bastante inferior à complexidade do trabalho que demanda o presente feito, bem como proporcionalmente seria ínfimo em relação ao interesse econômico envolvido na demanda.

Realmente, entendo que está a merecer reforma a r. sentença de primeiro grau. Com efeito, o douto Juiz *a quo* condenou o embargante ao pagamento de honorários advocatícios de R$ 3.000,00 (três mil reais) no presente caso.

Ocorre que o valor dado à causa no Processo nº 1.0024.05.685392-2/001 foi de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e o dado à causa no Processo nº 1.0024.05.748901-5/001 foi de R$ 1.424.908,80 (um milhão e quatrocentos e vinte e quatro mil novecentos e oito reais e oitenta centavos), o que revela ser a verba honorária arbitrada inexpressiva em face do valor dos imóveis cuja hipoteca se pretendia a declaração de nulidade.

Dessa forma, afigura-se mais justa a fixação dos honorários advocatícios nos moldes do disposto no art. 20, § 4º, do CPC, para se evitar o aviltamento do valor do trabalho dos profissionais que acompanharam a causa, inclusive em segunda instância. O posicionamento do colendo Superior Tribunal de Justiça corrobora este entendimento:

> Processual civil. Execução. Verba honorária fixada, *initio litis*, para os casos de pronto pagamento ou não oferecimento de embargos. Possibilidade. Fixação definitiva, se perdurarem as circunstâncias previstas. Valor irrisório não configurado.
> I. Pode o STJ intervir na fixação da verba honorária sucumbencial, se detectado *quantum* abusivo ou ínfimo.
> II. Ao juiz processante da execução é dado, de logo, arbitrar determinado valor, para os casos de pronto pagamento pelo executado ou de não oferecimento de embargos, decisão que se torna definitiva se mantida em grau recursal e inalteradas as aludidas circunstâncias com base nas quais foi proferida.
> III. O conceito de verba ínfima não está necessariamente atrelado ao montante da causa, havendo que se considerar a expressão econômica da soma arbitrada, individualmente, ainda que represente pequeno percentual se comparado ao da causa.
> IV. Caso em que se considera a remuneração sucumbencial razoável.

V. Recurso especial não conhecido (REsp 450163/MT, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. para o acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 09.04.2003, *DJ* de 23.08.2004, p. 117).

Com essas considerações, arbitro a verba honorária em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), com espeque nas disposições do art. 20, § 4º, do CPC, bem como de acordo com o parecer da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça.

Ante o exposto, nos Autos de nº 1.0024.05.685392-2/001, nego provimento à segunda apelação e dou provimento à primeira, para reformar a r. sentença de primeiro grau tão somente com relação à fixação da verba honorária, a qual fixo em R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Mantenho, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios fundamentos.

Custas, pela segunda apelante.

Nos Autos de nº 1.0024.05.748901-5/001, dou provimento ao recurso.

Custas, pelos apelados.

Nos Autos de nº 1.0024.05.781472-5/001, dou provimento ao recurso.

Custas, pelos apelados.

Reproduzir cópia desta decisão nos autos dos Processos nºs 1.0024.05.748901-5/001 e 1.0024.05.781472-5/001.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - De acordo.

DES. SALDANHA DA FONSECA - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Calendário escolar - Secretaria Municipal de Educação - Portaria 111/2007 - Carga horária - Ilegalidade - Ausência

Ementa: Administrativo. Calendário escolar. Portaria 111/2007. Secretaria Municipal de Educação. Carga horária. Ilegalidade. Ausência.

- As disposições previstas na Portaria SMED nº 111/2007 encontram-se em consonância com a prescrição contida na Lei Federal nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, sendo que esta apenas estabeleceu uma carga horária mínima e um número mínimo de dias de efetivo trabalho, não havendo qualquer óbice à previsão dos cinco dias escolares contra os quais se insurge o autor.

Negaram provimento ao recurso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.758093-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Joaquim Barbosa dos Santos - Apelado: Município de Belo Horizonte - Autoridade coatora: Secretário de Educação do Município de Belo Horizonte - Relator: DES. ERNANE FIDÉLIS

Acórdão

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

Belo Horizonte, 28 de julho de 2009. - *Ernane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ERNANE FIDÉLIS - Cuida-se de apelação interposta por Joaquim Barbosa dos Santos visando ao enfrentamento da r. sentença de f. 66/71, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal desta Capital, que denegou a ordem, nos autos do mandado de segurança que impetrou contra ato do Secretário de Educação do Município de Belo Horizonte.

Nas razões recursais de f. 83/89, o apelante sustenta, em síntese, que não pode ser responsabilizado pela prática de atos que não estão inseridos na sua esfera de competência, visto que apenas cumpre as determinações do Colegiado e das Assembléias Escolares.

Aduz, ainda, que as normas previstas na Portaria SMED nº 111/2007 afrontam o ordenamento federal, notadamente a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), ao estabelecer que, no mínimo de 200 dias letivos, não está incluído o período destinado aos estudos, planejamento e avaliação dos professores.

Contrarrazões apresentadas pelo Município de Belo Horizonte, às f. 91/103.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 110/113, opina pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, porque atendidos os seus pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Joaquim Barbosa dos Santos, Diretor da Escola Municipal Edeimar Massote, contra ato do Secretário de Educação do Município de Belo Horizonte, com o fito de impedir que o mesmo lhe exija o cumprimento das determinações previstas na Portaria SMED 111/2007, editada em 16.05.2007, pela Secretária Municipal de Educação, referente ao calendário escolar do ano de 2007, diante da inconstitucionalidade e ilegalidade de alguns de seus dispositivos.

No entanto, compulsando os autos, não vislumbro a ocorrência dos alegados vícios em relação à retromencionada portaria.

De início, insta salientar que a Lei nº 9.394/96, a qual estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, prevê em seu art. 24, inciso I, que:

> Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:
> I - a carga horária mínima anual será de oitocentas horas, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver.

Nesse rumo, a Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte editou a Portaria SMED nº 111/2007, dispondo, em seu art. 2º, que "o calendário escolar de 2007 deverá prever o mínimo de 200 (duzentos) dias letivos e 5 (cinco) dias escolares para a Educação Infantil, o Ensino Fundamental e Médio", sendo que no parágrafo primeiro consta que "a carga horária anual será de, no mínimo 800 (oitocentas) horas de efetivo trabalho escolar, com jornada diária de, no mínimo, 4 (quatro) horas, excluído o tempo destinado ao recreio".

Compete à Secretaria Municipal de Educação a regulamentação das atividades escolares, dentre as quais a elaboração do calendário escolar, de acordo com o disposto no art. 64, incisos I e II, da Lei nº 9.011/05.

Portanto, vê-se que as disposições previstas na Portaria SMED nº 111/2007 se encontram em consonância com a prescrição contida na Lei Federal nº 9.394/96, sendo que esta apenas estabeleceu uma carga horária mínima e um número mínimo de dias de efetivo trabalho, não havendo qualquer óbice à previsão dos cinco dias escolares contra os quais se insurge o apelante.

A propósito do tema ora discutido, ainda se destaca que a Portaria SMED 111/2007 também se mostra condizente com o art. 4º, § 1º, da Lei Municipal nº 7.577/98, que assim dispõe:

> Art. 4º Fica estabelecida para os servidores da área de Educação a seguinte jornada de trabalho:
> [...]
> § 1º Observados o interesse público, a conveniência e a necessidade do serviço, poderá ser atribuída ao Professor Municipal extensão de jornada, até o limite de 22:30 (vinte e duas e meia) horas semanais, a que corresponderá o mesmo valor-hora previsto para a jornada normal.

Ademais, tem-se que a Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte se preocupou com o aperfeiçoamento profissional dos professores em atendimento às normas prescritas nos arts. 13, inciso V, e 67, inciso V, da Lei nº 9.394/96, os quais estabelecem que:

> Art. 13. Os docentes incumbir-se-ão de:
> [...]
> V - ministrar os dias letivos e horas-aula estabelecidos, além de participar integralmente dos períodos dedicados ao planejamento à avaliação e ao desenvolvimento profissional.
> [...]
> Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:
> [...]
> V - período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho.

Nesse mesmo sentido, já se pronunciou este egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, senão vejamos:

> Apelação cível. Ação cominatória. Ensino público municipal. Calendário escolar. Portaria nº 111/2007, da Secretaria Municipal de Educação. Distinção entre dias letivos e escolares. Regularidade. Recurso não provido. 1. A Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, por isso não pode criar distinções onde a lei não o faz. 2. Consideram-se dias letivos aqueles destinados à atuação do professor em sala de aula ou equivalente, com os alunos, na relação ensino-aprendizagem. 3. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei nº 9.394, de 1996 - determina o cumprimento de, no mínimo, duzentos dias letivos por ano. E prevê o exercício de atividades, pelo professor, além daquelas destinadas ao ensino e aprendizagem. 4. Assim, é regular a Portaria nº 111/2007, da Secretaria Municipal de Educação, que, ao aprovar o Calendário Escolar para 2007, exige o cumprimento de cinco dias escolares, além dos duzentos dias letivos. 5. Apelação cível conhecida, e não provida, mantida a sentença que rejeitou a pretensão inicial. (Apelação Cível nº 1.0024.07.672937-5/001, Relator Des. Caetano Levi Lopes, *DJ* de 09.09.08.)

> Ação ordinária - Ensino público municipal - Calendário escolar - Portaria nº 111/2007 - Carga horária e período de férias. - Não comprovado o aumento de carga horária semanal, nem a redução das férias regulamentares dos docentes, e se o calendário escolar obedece aos critérios estabelecidos em leis federal e municipal, não há a ser declarada qualquer inconstitucionalidade ou nulidade da portaria que estabeleceu tais parâmetros. (Apelação Cível nº 1.0024.759730-0/001, Relator Des. Wander Marotta, *DJ* de 29.08.08.)

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação ordinária de preferência - Direito hereditário - Cessão - Escritura pública - Imprescindibilidade - Direito de preferência - Inobservância - Decadência - Inocorrência

Ementa: Direito civil. Cessão de direitos hereditários. Direito de preferência. Inobservância. Demais herdeiros. Prazo decadencial para o exercício.

- A cessão de direitos hereditários, sem a observância do direito de preferência dos demais herdeiros encontra óbice no art. 1.795 do Código Civil/2002, que prescreve que "o co-herdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, poderá, depositado o preço, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até 180 (cento e oitenta) dias após a transmissão".

- O prazo decadencial imposto ao coerdeiro prejudicado conta-se a partir da transmissão, contudo, será contado apenas da sua ciência acerca do negócio jurídico quando não é seguida a formalidade legal imposta pelo art. 1.793 do CC e a transmissão não se dá por escritura pública.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0251.07.021397-9/001 - Comarca de Extrema - Apelante: Renato Pereira dos Passos - Apelado: Leonardo Gonçalves de Souza - Litisconsortes: Vanilda José de Oliveira Passos e outros - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 8 de julho de 2009. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Trata o recurso interposto de apelação contra a r. sentença de f. 95/99 dos autos da ação de usucapião e ação ordinária de preferência, ambas propostas por Leonardo Gonçalves de Souza, sendo o segundo feito ajuizado em face de Renato Pereira dos Passos, Vanilda José de Oliveira Passos, Olívia Gonçalves de Oliveira, espólio de Alice Gonçalves de Souza, Maria Prudência de Souza Silveira, Jurandir da Silveira, Maria Guilhermina de Souza Barreto e Matilde Conceição de Souza, perante o Juízo da Vara Única da Comarca de Extrema.

Através da ação ordinária de preferência, o autor Leonardo Gonçalves de Souza afirmou que é irmão de Durvalina Gonçalves de Souza, falecida em 23.06.2005, solteira e sem deixar ascendentes e descendentes, restando apenas os irmãos Antônio Gabriel de Souza (solteiro e já falecido), Olívia Gonçalves de Oliveira, Alice Gonçalves de Souza, já falecida e representada por suas filhas: Maria Prudência de Souza Silveira, Maria Guilhermina de Souza Barreto e Matilde Conceição de Souza.

Narrou que a falecida Durvalina era proprietária de um imóvel situado no Bairro dos Pires, na cidade de Extrema/MG, adquirido como herança quando do falecimento de seus pais.

Explicou que, em 23 de abril de 2007, tomou conhecimento de que os sucessores de Durvalina Gonçalves de Souza haviam alienado suas cotas hereditárias a Renato Pereira dos Passos, terceiro estranho à sucessão hereditária.

O autor alegou que jamais foi notificado acerca da intenção de seus irmãos de alienar as cotas hereditárias e só tomou conhecimento quando promovia a ação de usucapião em apenso, justamente quando da contestação no dia 23.04.2007.

Com isso, apontou ofensa ao art. 1.794 do Código Civil, visto que a alienação de quota em herança a terceiro se deu sem a oferta aos demais coerdeiros.

Defendendo seu direito de preferência, requereu autorização judicial para depositar o valor total do negócio realizado com o réu, sendo o montante de R$ 7.202,58, requerendo ao final a procedência do pedido com a adjudicação do imóvel objeto do feito.

A sentença julgou procedentes os pedidos formulados em ambas as ações e, em relação à ação de preferência, declarou o direito de preferência do autor sobre a cessão dos direitos hereditários de suas irmãs Olívia Gonçalves de Oliveira e Alice Gonçalves de Souza, esta última nas pessoas das herdeiras por estirpe, Maria Prudência de Souza Silveira, Maria Guilhermina de Souza Barreto e Matilde Conceição de Souza, e, assim, adjudicar àquele a referida cessão de direitos hereditários pelo preço de R$ 7.202,58, valor já depositado e que deverá ser revertido ao corréu Renato Pereira dos Passos e sua esposa.

Em relação à ação de usucapião, declarou a aquisição do domínio sobre o imóvel descrito às f. 03 e 09/10 por Leonardo Gonçalves de Souza, determinando que a sentença fosse registrada, mediante mandado, no SRI da Comarca após satisfeitas as obrigações fiscais. Em razão do deferimento da assistência judiciária gratuita, determinou-se que o mandado fosse registrado no SRI sem o pagamento de custas e emolumentos.

O réu Renato Pereira Passos foi condenado ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado arbitrados em R$ 3.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, já considerada a sucumbência em ambas as ações.

Apresentou recurso o requerido Renato Pereira Passos, trazendo suas razões às f. 103/108. Narra o ocorrido, afirmando que era impossível celebrar o negócio através de escritura pública, tanto que o requerente se utilizou de ação de usucapião para formalizar seu direito, por isso o prazo decadencial deve ser contado da data na qual o requerente tomou conhecimento da venda. Afirma que a sentença não levou em consideração os depoimentos das testemunhas que foram categóricas em afirmar que o autor sempre soube do referido negócio.

Prossegue acusando o autor de tentar usucapir inclusive as áreas de Durvalina Gonçalves de Souza. Alega que o autor não poderia exercer sua preferência, visto que teve conhecimento há mais de três anos acerca do fato de que o apelante adquirira as terras objeto da ação ordinária de preferência. Com isso, pede o provimento do recurso para que seja reformada a decisão e aplicada a pena de decadência ao apelado.

Preparo à f. 116, recebido o recurso à f. 254.

Contrarrazões à f. 256, requerendo a manutenção da sentença.

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

Através do recurso interposto, o apelante pleiteia a reforma da sentença, em suma, para que seja reconhecida a decadência do direito de preferência.

Durvalina Gonçalves de Souza recebeu por herança uma área total de 3,63ha, com uma casa de tijolos, coberta com telhas, situada no Bairro dos Pires, no Município de Extrema, conforme documento de f. 09. Ao falecer, sem deixar ascendentes e descendentes (f. 08), cabia a propriedade de referido imóvel aos irmãos ainda vivos, bem como aos sobrinhos da Sr.ª Durvalina.

O que ocorre nos autos é que o autor, qualificando-se como um dos herdeiros de sua irmã Durvalina Gonçalves de Souza, defende seu direito de preferência para a aquisição das cotas hereditárias alienadas pelos outros coerdeiros a terceiro estranho à sucessão.

A questão é regulada pelo Código Civil em vigor, vindo a seguir transcritos os artigos a respeito:

> Art. 1.794. O co-herdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro co-herdeiro a quiser, tanto por tanto.
> Art. 1.795. O co-herdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, poderá, depositado o preço, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até 180 (cento e oitenta) dias após a transmissão.

Exsurge dos dispositivos legais supracitados o direito de preferência dos herdeiros quanto aos direitos da herança.

No caso que aqui se analisa, é fato que o autor Leonardo Gonçalves de Souza é herdeiro do bem descrito alhures em face da herança deixada por sua irmã, bem como é fato que o réu Renato Pereira dos Passos é terceiro estranho à sucessão.

Extrai-se também dos autos que o apelante Renato Pereira dos Passos adquiriu, através de contrato particular de compromisso de compra e venda, o referido imóvel, figurando como promitentes vendedoras Olívia Gonçalves de Oliveira, irmã viva de Durvalina Gonçalves de Souza, bem como Maria Prudência de Souza, Maria Guilhermina de Souza Barreto e Matilde Conceição de Souza, estas sucessoras de Alice Gonçalves de Souza, irmã falecida da Sr.ª Durvalina (f. 48/50).

Portanto, as coerdeiras alienaram a terceiro seus direitos sucessórios e, ao que consta dos autos, o requerente não foi notificado para que exercesse seu direito de preferência.

Conforme o art. 1.795 do CC transcrito alhures, o prazo para o coerdeiro que não teve conhecimento da cessão haver para si a quota cedida é de 180 dias após a transmissão.

Compulsando os autos, tenho que, no caso em exame, não se operou a decadência.

De acordo com o que dispõe o art. 1.793 do CC, o quinhão de que disponha o coerdeiro pode ser objeto de cessão por escritura pública e, como pode ser conferido nos autos, tal formalidade não foi observada pelas partes que firmaram o negócio às f. 11/13.

A imprescindibilidade de que a questão seja tratada através de escritura pública se justifica pelo fato de o direito à sucessão aberta ser tido, por lei, como coisa imóvel, sendo por isso formalidade essencial inclusive à validade do negócio.

A respeito do tema, trago o comentário da autora Maria Helena Diniz:

> Requisito formal da cessão. Como o direito à sucessão aberta é tido, por lei, como coisa imóvel (CC, art. 80, II), a cessão da herança só poderá ser feita, sob pena de nulidade (CC, art. 166, IV), por meio de escritura pública, mesmo que a herança contenha apenas direitos pessoais ou bens móveis (*Código Civil anotado*. 9. ed., rev. aumentada e atual., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.233).

Ao que consta dos autos, a alienação dos direitos hereditários se deu através de contrato particular e não foi registrada em momento algum no cartório competente, inexistindo no feito escritura pública que demonstre o contrário.

Dessa maneira, não há se cogitar de decadência do direito do autor, visto que no máximo pode ser considerado o momento em que foi apresentada a contestação nos autos da usucapião, ou seja, dia 23.04.2007 (f. 91), como aquele no qual o requerente tomou ciência do negócio efetuado pelo réu com as coerdeiras.

Frise-se que o depoimento apontado pelo apelante trata de prova isolada nos autos, não sendo capaz de afastar as demais questões acima expostas.

Firme em tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença no que concerne à ação ordinária de direito de preferência.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCELO RODRIGUES e MARCOS LINCOLN.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação revocatória - Doação - Manifestação da vontade - Ingratidão - Pessoa física - Procedência

Ementa: Apelação cível. Revocatória. Doação. Manifestação de vontade. Ingratidão. Ofensa física. Procedência.

- Conforme orienta o art. 112 do Código Civil de 2002, nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

- A doação pode ser revogada por ingratidão quando o donatário cometer ofensa física contra o doador.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.054251-7/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: João Fernandes de Melo e outra - Apelado: Alex Fernandes Modesto - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 19 de agosto de 2009. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Trata-se de apelação cível interposta por João Fernandes de Melo e Luiza Modesto Miranda de Melo em face da r. sentença de f. 80/83, pela qual o Juiz singular julgou improcedente o pedido inicial na ação revocatória que movem contra Alex Fernandes Modesto e condenou-os ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em R$ 14% sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade porquanto deferida a assistência judiciária.

Em suas razões de recurso, os apelantes pugnam pela reforma da sentença alegando que comprovaram que o imóvel objeto dos autos foi doado ao réu, em razão de ser seu único filho, e que à época não tinha condições de adquirir qualquer bem por depender dos pais. Sustentam que a ação tem por objeto revogar, por ingratidão, a doação do imóvel, visto que o apelado agrediu fisicamente a apelante Luiza Modesto Miranda de Melo, dando ensejo ao pedido. Pugnam pela revogação da doação, cancelamento do registro em nome do apelado e transferência da propriedade do imóvel para o nome dos apelantes.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Pretendem os apelantes a revogação de um ato de doação ao apelado, que no caso é seu filho único, em razão de ingratidão cometida com a genitora, conforme boletim de ocorrência e procedimento criminal por eles apresentados.

Inicialmente, importa relatar que, às f. 08/09-TJ, encontra-se a cópia de uma escritura pública de compra e venda, figurando como outorgante vendedora Maria Tereza Alvarenga Rodrigues, antiga proprietária do imóvel, e como outorgados compradores, Alex Fernandes Modesto, da nua-propriedade, e João Fernandes de Melo e Luiza Modesto Miranda de Melo, do usufruto, respectivamente, réu e autores da ação.

O objeto do negócio jurídico é o imóvel descrito na matrícula nº 45.224, do 3º Serviço de Registro de Imóveis desta Capital, com respectiva fração ideal, na qual foi realizado o registro do ato sob os nºs R.04 e R.05, f. 12/13.

Segundo dispõe o art. 541 e seu parágrafo único, do Código Civil de 2002, aplicável à espécie, a doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular, admitindo-se a doação verbal quando se referir a bens móveis de pequeno valor.

Com efeito, em que pese o nome dado à pública forma de f. 08/09-TJ, tem-se que, em verdade, tal negócio jurídico retratou autêntica doação inoficiosa. Essa, a real manifestação volitiva das partes, não pode ser suplantada pelo título jurídico estampado no respectivo instrumento, ainda que por notário, dado que o nome não altera, por si só, a natureza jurídica do negócio.

Conforme orienta o art. 112 do Código Civil de 2002, nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Oportuna a citação da atual e renomada doutrina a respeito da matéria, para elucidar o meu convencimento no julgamento deste caso particular.

Fabrício Zamprogna Matiello anota sobre a referida norma legal que:

> [...] guardadas as devidas proporções, porque sempre que houver necessidade de interpretar certa manifestação volitiva (porque nela presente ponto controvertido ou aspecto duvidoso), será imprescindível tomá-la no contexto em que estiver inserida. A análise da construção literal é de suma relevância, mas isoladamente pode levar a conclusões equivocadas e mesmo destoantes do sentido correto que o agente pretendeu dar. À literalidade deve-se somar a logicidade da manifestação (integração entre o literal e a impressão deixada pelo conjunto) e a confrontação do conteúdo volitivo com os demais componentes exógenos que porventura o circundem (*Código Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 95, nota 3).

O ilustre jurista Caio Mário da Silva Pereira, com majestosa lição, pondera que:

> O hermeneuta não pode desprezar a declaração de vontade sob o pretexto de aclarar uma intenção interior do agente. Deve partir, então, da declaração da vontade e procurar seus efeitos jurídicos, sem se vincular ao teor gramatical do ato, porém indagando da verdadeira intenção. Esta pesquisa não pode situar-se no desejo subjetivo do agente, eis que este nem sempre coincide com a produção das conseqüências jurídicas do negócio. Os circunstantes que envolvem a realização do ato, os elementos econômicos e sociais que circundam a emissão de vontade são outros tantos fatores úteis (*Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 502).

Notadamente, é possível se extrair da declaração aposta nos dois instrumentos públicos que a intenção dos apelantes era promover uma doação ao apelado, e, assim, realizaram esse ato, na medida em que houve a reserva de usufruto para eles.

Vale dizer, de acordo com as regras de experiência comum, é habitual na sociedade brasileira a manobra efetuada pelos apelantes para a concretização do objetivo de repassar aos filhos os bens que lhe seriam destinados na herança, sem a realização do negócio formal da doação do numerário para a aquisição do bem, evitando-se o pagamento do tributo correpondente.

Ora, conclui-se que a realização de uma compra e venda em nome do único herdeiro, com reserva de usufruto para si, a título gratuito, reveste-se das mesmas características da doação, em que pese o nome dado ao título.

Logo, interpretando-se o negócio jurídico lavrado no título visto em cópia de f. 10, tem-se que o ato jurídico perfeito e acabado que ficou consignado no instrumento público reflete a vontade das partes de adquirirem a propriedade e, por conseguinte, transferir o imóvel ao único filho, reservando-lhes o usufruto.

Há que se ter em voga que as condições das partes e sua relação de parentesco, bem como a boa-fé que emana da declaração dos apelantes, amparada pelos substratos probatórios jungidos aos autos, reforçam os elementos quanto ao fato de que o ato se teria consumado para fazer valer essa intenção dos apelantes.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

> O conceito de boa-fé, embora flexível, pode ser dominado por uma regulamentação pragmática, a dizer que o espírito da declaração deve preponderar sobre a letra da cláusula; a vontade efetiva predominar sobre o formalismo; o direito repousar antes na realidade do que nas palavras (obra citada, p. 36).

Pois bem.

Revestindo-se o negócio jurídico com as vestes da doação do imóvel, cumpre analisar a ocorrência de ingratidão para fins de revogação do ato e alteração da propriedade do imóvel para o nome dos apelantes.

Conforme se observa pelo boletim de ocorrência de f. 15, o apelado realizou atos de agressão contra sua genitora, a apelante Luiza Modesto Miranda de Melo, e impediu seus genitores de adentrarem no imóvel.

O apelado alegou que a saída dos apelantes ocorreu de forma espontânea e confessou desavenças em razão de relacionamento amoroso com terceira pessoa.

Porém, em outra oportunidade, o próprio apelado confessou que não deixaria mais seus genitores adentrarem o imóvel e que eles deveriam procurar seus direitos por outros meios, f. 17.

Ademais, conforme se observa pela movimentação processual juntada à f. 51, o Ministério Público ofereceu denúncia para início da ação penal, fato que corrobora com a ocorrência da ofensa física, pois, do contrário, teria requerido o arquivamento do inquérito, conforme disciplina o art. 28 do Código de Processo Penal.

Lado outro, imperioso anotar que a ingratidão por agressão física não necessita de condenação criminal, muito menos apuração da gravidade, bastando que se caracterize como tal.

Assim, tenho que restou comprovada nos autos a ocorrência da agressão física e, por consequência, motivos para a revogação da doação.

De acordo com o art. 555, cumulado com o art. 557, inciso II, ambos do Código Civil de 2002, a doação pode ser revogada quando o donatário cometer ofensa física contra o doador.

Portanto, em conjugação de todos os elementos presentes nos autos e a prova da ocorrência de agressão contra o doador, nada mais justo do que acolher o pedido para a revogação do ato e a alteração da propriedade do imóvel para o nome dos doadores.

Nesse sentido, observa-se a necessidade de emissão de mandado de averbação para cancelar parcialmente o R.04, da matrícula 45.224, do 3º Serviço de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, quanto ao nome do adquirente Alex Fernandes Modesto, e a nua-propriedade; cancelar totalmente o R.05, e a AV.06; e alterar o nome dos adquirentes da propriedade do imóvel,

para que esse direito real no R.04 figure no nome dos apelantes João Fernandes de Melo e Luiza Modesto Miranda de Melo.

Diante de todo o exposto, dou provimento ao recurso para revogar a doação por ingratidão e determinar a expedição de mandado de averbação para o parcial cancelamento do R.04, da matrícula 45.224, do 3º Serviço de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, quanto ao nome do adquirente Alex Fernandes Modesto e sua nua-propriedade; cancelar totalmente o R.05 e a AV.06; e alterar o nome dos adquirentes da absoluta propriedade do imóvel, para que esse direito real no R.04 figure no nome dos apelantes João Fernandes de Melo e Luiza Modesto Miranda de Melo, ficando a cargo deles eventual pagamento dos respectivos emolumentos perante o oficial registrador, assim como de tributos incidentes.

Por consequência, condeno o apelado ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixo em R$ 1.000,00 (mil reais), suspensa a exigibilidade, porquanto amparado pela assistência judiciária, patrocinado pela Defensoria Pública.

DES. MARCOS LINCOLN - Acompanho o Relator.

DES. DUARTE DE PAULA - Trata-se de ação revogatória de doação com suporte em declaração de vontade contida em escritura pública e aditamento, instrumentos pelos quais os autores adquiriram de Maria Tereza Alvarenga Rodrigues, f. 8, o imóvel que resolveram doar a seu filho, Alex Fernandes Modesto, reservando-lhes, no entanto, usufruto vitalício.

Resta demonstrada, pela análise da cadeia de fatos colocada nos autos, uma doação inoficiosa pela real e efetiva vontade dos autores usufrutuários do imóvel.

Nas declarações de vontade, deve-se perseguir mais a intenção delas contidas do que o sentido literal da linguagem, art. 112 do Código Civil, não fosse viger o império da boa-fé objetiva que deve presidir todos os negócios jurídicos.

A prova demonstra, *quantum satis*, a ingratidão como referida, definida no art. 555, combinado com o 557, II, do Código Civil. Em havendo ofensa física do donatário ao doador, o que se vê do boletim de ocorrência de f. 15, da confissão do apelado e da denúncia ofertada pelo Ministério Público, f. 51, com que se iniciou a ação penal. O voto de Sua Excelência, ilustre Relator, é incensurável; empresto-lhe a minha inteira adesão com os adminículos acima citados, recomendando a sua publicação.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Ação anulatória - Partilha - Impossibilidade jurídica do pedido - Rejeição - Decadência - Não ocorrência - Testamento - Formalização - Código Civil de 1916 - Morte da testadora - Código Civil de 2002 - Vigência - Marido preterido - Herdeiro necessário - Redução das medidas testamentárias - Necessidade

Ementa: Apelação. Ação anulatória de Partilha. Preliminar. Impossibilidade jurídica do pedido. Rejeição. Decadência. Inocorrência. Testamento formalização. Código Civil de 1916. Morte da testadora. Código Civil de 2002. Vigência. Marido preterido. Herdeiro necessário. Redução das disposições testamentárias. Necessidade. Sentença mantida.

- Deve ser mantida a sentença que reduz as disposições testamentárias formalizadas sob a égide do Código Civil de 1916 quando, ocorrida a morte do cônjuge já na vigência do Código Civil de 2002, o sobrevivente, agora considerado herdeiro necessário, restou excluído da sucessão, visando, assim, não só à preservação da vontade do testador, mas, também, à parte cabível a este último.

Preliminares rejeitadas.

Recurso a que se nega provimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0261.08.059923-4/001 - Comarca de Formiga - Apelante: Maria Aparecida Vieira Teixeira - Apelado: Espólio de Sebastião Eduardo da Silva, representado pela inventariante, Eliana Irani da Silva - Relator: DES. KILDARE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2009. - *Kildare Carvalho* – Relator.

Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO - Maria Aparecida Vieira Teixeira apela da r. sentença de f. 179/185, prolatada nos autos da ação anulatória de partilha que lhe move o espólio de Sebastião Eduardo da Silva, representado pela inventariante, Eliana Irani da Silva.

A decisão recorrida julgou procedente o pedido inicial, considerando que a disposição testamentária ultra-

passou a parte disponível, reduzindo as cláusulas do testamento, cuja cópia se encontra à f. 25, até o limite da parte disponível, anulando, ainda, a partilha realizada nos autos de nº 0261.06.038531-5, a fim de que seja contemplado o requerente ou sua filha, por representação, na metade dos bens concernentes à legítima. Condenou a parte requerida, ainda, ao pagamento de custas processuais e honorários, arbitrados em 15% sobre o valor dos bens a serem partilhados, suspensa, entretanto, a exigibilidade de tais pagamentos, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Inconformada, requer a apelante, em sede de preliminar, a extinção do processo, sem resolução de mérito, suscitando, para tanto, a impossibilidade jurídica do pedido e a ocorrência da decadência. No mérito, pugna pela reforma do *decisum*, para que, julgado improcedente o pedido inicial, sejam mantidas incólumes as disposições testamentárias, mormente em face da adjudicação realizada, invertendo-se, assim, os ônus da sucumbência.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

Versam os autos sobre pedido de anulação de partilha dos bens deixados por Maria Alves Couto a Maria Aparecida Vieira Teixeira, pedido este formulado pelo espólio de Sebastião Eduardo da Silva.

Ao fundamento de que não há dúvidas quanto ao excesso na partilha dos bens deixados pela testadora a Maria Aparecida Vieira, foi o pedido inicial julgado procedente, nos termos acima relatados, ocasionando, assim, a interposição do presente apelo.

Em sede de preliminar, suscita a recorrente a impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que a via judicial cabível seria a ação rescisória.

Contudo, tratando-se de suposto herdeiro preterido, que busca desconstituir partilha simplesmente homologada por sentença, tenho por viável a presente ação anulatória, nos termos do art. 1.029, *caput*, do Código de Processo Civil.

Isso é dizer que a norma trazida pelo art. 1.030, III, do indigitado codex somente se aplicaria se a pretensão residisse em afastar a partilha julgada por sentença, ou seja, aquela que era litigiosa e restou dirimida por meio de sentença.

Rejeito, pois, a preliminar.

No tocante à alegada decadência, não vejo, de igual forma, como prejudicial tal como arguida pelo apelante.

Isso porque o prazo de 1 (um) ano a que alude o art. 1.029, parágrafo único, do Código de Processo Civil teve início na data da adjudicação dos bens à requerida, o que ocorreu aos 25.5.2007, o que se depreende da leitura do auto de adjudicação carreado à f. 81.

Logo, ajuizada a presente ação anulatória aos 22.4.2008 (f. 02-v.), não há falar em operação do prazo decadencial.

Por fim, ainda que se argumente ter o referido prazo se iniciado quando da propositura da ação de inventário, ou da citação de Sebastião Eduardo da Silva para tomar conhecimento da ação de arrolamento (026106038458-1), não se pode desconhecer que a adjudicação é o ato que exterioriza a preterição do suposto herdeiro necessário, por erro ou dolo, e marca, no aspecto temporal, o início do prazo para se propor a anulatória da partilha.

Com essas considerações, afasto a preliminar de decadência, passando, portanto, à análise do mérito propriamente dito.

Como se vê, aos 26.2.2002 (f. 25), ou seja, na vigência do Código Civil de 1916, Maria Alves Couto, casada sob o regime da separação legal de bens com Sebastião Eduardo da Silva, formalizou testamento público, contemplando apenas a requerida (apelada) Maira Aparecida Vieira Teixeira.

À época da formalização do indigitado testamento, o cônjuge sobrevivente não era reconhecido como herdeiro necessário.

Ocorre que, não obstante ter sido o testamento formalizado sob a égide do Código Civil de 1916, a morte da testadora ocorreu já na vigência da novel legislação civil, aos 14.1.2006, como informa a certidão de óbito juntada à f. 94.

Diante de tal realidade, não se pode refugir aos ditames do Código Civil de 2002, pertinentes ao direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Confira-se, pois, o disposto nos arts. 1.829, III, e 1.830:

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
> [...]
> III - ao cônjuge sobrevivente;
> [...]
> Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Como se pode perceber, o legislador do Código Civil de 2002 não fez ressalva, com base no regime de bens do casal, para a constatação da condição de herdeiro necessário do cônjuge sobrevivente. Basta, portanto, que se observe a ordem trazida pelo art. 1.829 e a norma insculpida no art. 1.830, para se considerar o direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

Nesse contexto, induvidoso se apresenta o direito de Sebastião Eduardo da Silva - agora representado por seu espólio - aos bens deixados por Maria Alves Couto, tendo em vista a existência de prova do casamento entre eles e da inexistência de descendentes e ascendentes da falecida. Além do mais, não foi questionada a convivência do casal ao tempo da morte da mulher.

Por outro lado, não se pode negar que a intenção da testadora, na forma retratada pela escritura pública

datada 26.2.2002, era a de beneficiar, tão somente, sua sobrinha, ora apelante.

Dessa forma, tenho que andou bem o Magistrado de origem, ao reduzir as disposições testamentárias até a parte disponível, uma vez que tal medida representa o resguardo da vontade da testadora, bem como o direito do cônjuge então sobrevivente.

Com essas considerações, prescinde de reparos a sentença aqui combatida, razão pela qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelada, cuja exigibilidade fica suspensa, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/1950.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SILAS VIEIRA e ALBERGARIA COSTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Jurisdição voluntária - Alvará judicial - Pasep - Saldo salarial - Liberação em instituição bancária - Órgão previdenciário - Dependentes cadastrados - Lei 6.858/80 - União estável - Dilação probatória - Necessidade

Ementa: Jurisdição voluntária. Alvará judicial. Liberação de saldo salarial em instituição bancária e Pasep. Dependentes cadastrados no órgão previdenciário. Lei nº 6.858/80. União estável. Necessidade de dilação probatória.

- A Lei nº 6.858/80 determina que "os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais FGTS e 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".

- Incabível o reconhecimento da união estável, através do procedimento de jurisdição voluntária, quando necessária a dilação probatória.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.06.061376-7/001 - Comarca de Muriaé - Apelante: M.R.T. - Apelados: F.D.V., por si e representando o filho N.V.S. - Litisconsorte: L.T.I.S., representado pela mãe M.R.T. - Relator: DES. SILAS VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 24 de setembro de 2009. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SILAS VIEIRA - Trata-se de apelação à respeitável sentença de f. 98/99, proferida nos autos do alvará judicial pleiteado por M.R.T. e outro, via da qual o MM. Juiz da causa deferiu a expedição do alvará em nome de L.T.I.S., N.V.S. e F.D.V., para que possam sacar o dinheiro junto ao Banco Itaú e depositar as partes dos menores em poupança no Banco do Brasil, juntando recibos aos autos em 30 (trinta) dias.

No mesmo ato, determinou a intimação dos requerentes da necessidade de prestação de contas e, em seguida, vista ao Ministério Público.

Nas razões recursais de f. 101/105, M.R.T. sustenta que o Magistrado deixou de incluí-la no alvará, embora esteja devidamente comprovada nos autos a união estável com o falecido (C.I.S.), pai de seu filho L.T.I.S.

Preparo à f. 107.

Sem contrarrazões (f. 110).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às f. 120/123 opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Sem preliminares, passo a enfrentar o mérito do recurso.

M.R.T. e seu filho menor, L.T.I.S. (representado por aquela), propuseram pedido de alvará judicial, no intuito de levantar saldo existente em conta corrente/poupança, bem como o Pasep, em decorrência do falecimento de C.I.S.

Atendendo ao pedido do Ministério Público, o MM. Juiz determinou a expedição de ofício à Diretoria-Geral de Pessoal Inativo e Pensionistas, do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, a qual informou a relação de dependentes do *de cujus*, arquivada naquele órgão (f. 93): "N.V.S. (filho); F.D.V.S. (ex-esposa); L.T.I.S. (filho)".

O Magistrado singular proferiu decisão para deferir a expedição do alvará somente aos dependentes relacionados na certidão de f. 93, considerando o disposto na Lei nº 6.858/80.

Pois bem.

Sobre a legislação na qual se baseou o Juízo singular - Lei nº 6.858/80 (que dispõe sobre o pagamento, aos dependentes ou sucessores, de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares) - vejamos:

> 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.
> § 1º As quotas atribuídas a menores ficarão depositadas em caderneta de poupança, rendendo juros e correção monetária, e só serão disponíveis após o menor completar 18 (dezoito) anos, salvo autorização do juiz para aquisição de imóvel destinado à residência do menor e de sua família ou para dispêndio necessário à subsistência e educação do menor.

No caso dos autos, os valores devidos ao empregador e os montantes individuais do Pasep não recebidos em vida pelo militar serão pagos aos dependentes habilitados, dentre os quais, não se inclui a apelante, conforme ofício de f. 75.

De mais a mais, a apelante reforça a tese de que a inclusão como beneficiária no alvará se faz necessária pelo fato de ter vivido maritalmente com o falecido por mais de cinco anos.

Todavia, o reconhecimento da união estável requer dilação probatória, ante a necessidade de comprovação dos requisitos contidos na Lei 9.278/96 (que cuidou de regulamentar o art. 226, § 3º, da CR/88), o que não é adequável em procedimento de jurisdição voluntária.

Apesar de o conteúdo da declaração de f. 11 fazer alusão ao relacionamento mantido entre o casal, verifico que o documento foi elaborado em 2001, ou seja, cinco anos antes da data do óbito (2006), o que não significa que, desde aquela época, a apelante era companheira do falecido.

A propósito, cito jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

> Ementa: Recurso de apelação. Alvará judicial. Depósitos de PIS e FGTS. Pedido formulado pela companheira do *de cujus*. Ausência de prova da união estável. Processo extinto. Sentença mantida. - O pedido de alvará judicial é procedimento de jurisdição voluntária e não estabelece o contraditório [...] (Apelação Cível nº 1.0338.06.050159-4/001 - Rel. Desembargador Ernane Fidélis - *DJ* de 11.03.2008).

Com relação à apólice de seguro da "Companhia Previsul", não restou comprovada a sua inclusão como beneficiária.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MANUEL SARAMAGO e ALBERGARIA COSTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação de cobrança - Obrigação de fazer - Cumulação de ações - Honorários advocatícios - Cobrança - Processos extintos - Relação advogado *versus* sociedade - Prazo prescricional

Ementa: Ação de cobrança. Honorários advocatícios. Cobrança. Processos extintos. Relação advogado *versus* sociedade. Prazo prescricional. Cinco anos contados da data da renúncia do mandato ou do trânsito em julgado da decisão que os fixar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0687.08.061795-8/001 - Comarca de Timóteo - Apelante: Márcia Regina Damasceno de Barros - Apelado: Pedro Ferreira de Rezende - Relator: DES. MARCOS LINCOLN

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de setembro de 2009. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN - Márcia Regina Damasceno de Barros ajuizou "ação de cobrança cumulada com obrigação de fazer" contra Pedro Ferreira de Rezende, objetivando o recebimento dos honorários relativos aos trabalhos que prestou como advogada e sócia do réu.

Alegou que manteve sociedade de fato com o réu entre os anos de 1991 e 1995, na qual restou combinado que ela receberia 40% dos honorários contratuais e sucumbenciais referentes aos processos em que atuasse. Relatou: que em janeiro de 1996 a sociedade foi extinta, tendo as partes acordado que a autora receberia os

honorários proporcionalmente à sua atuação nos processos; que, não obstante, o réu não cumpriu com sua parte no acordo, deixando de pagá-la pelos serviços que prestou.

A r. sentença recorrida de f. 223/225 acolheu a prejudicial de prescrição suscitada pelo réu, julgando extinto o processo com fundamento no art. 269, inciso V, do CPC. Condenou a autora a arcar com as custas e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Inconformada, a autora apelou. Preliminarmente, sustentou o cerceamento de seu direito de defesa, pois o despacho deferindo a produção das provas por ela requeridas não foi publicado, tampouco anotado no "andamento processual" fornecido no sítio eletrônico do TJMG. No tocante à prejudicial de mérito, alegou que o prazo prescricional aplicável é o previsto no CC/16, 20 anos, e não o do art. 206, § 5º, do CC/02, uma vez que este trata somente da relação entre advogado e cliente.

Regularmente intimado, o apelado apresentou suas contrarrazões, arguindo preliminar de não conhecimento da apelação e pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

É o breve relatório; passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Preliminar suscitada nas contrarrazões - inépcia da peça recursal.

O apelado arguiu a inépcia da peça recursal, ao argumento de que "a apelante não cuidou de fundamentar os motivos pelos quais pretende a reforma da decisão monocrática" (*sic*.).

Razão não lhe assiste.

O art. 514 do CPC estabelece o seguinte:

> Art. 514. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá:
> I - os nomes e a qualificação das partes;
> II - os fundamentos de fato e de direito;
> III - o pedido de nova decisão.

De acordo com o dispositivo acima transcrito, a apelação deverá, necessariamente, expor os fundamentos de fato e de direito hostilizadores da sentença recorrida.

No presente caso, de uma simples leitura da peça recursal (f. 153/155), verifica-se que ela preenche os requisitos legais, não havendo que se falar em sua inépcia.

Assim, rejeito a preliminar.

Prejudicial de prescrição.

A apelante suscitou, em suas razões, preliminar de cerceamento de defesa. Entretanto, considerando que a análise da prescrição pode ser prejudicial ao exame da referida preliminar, passo a examinar primeiro a alegada prescrição acolhida pela sentença.

Colhe-se dos autos que a apelante foi sócia, de fato, do apelado entre os anos de 1991 e 1995, restando combinado informalmente pelas partes que a apelante faria jus a 40% dos honorários contratuais e sucumbenciais dos processos em que atuasse.

Ocorre que, no ano de 1996, as partes se desentenderam e a sociedade chegou ao fim, ficando avençado que a apelante receberia os honorários de maneira proporcional ao trabalho efetuado.

A apelante pretende, por meio da presente ação de cobrança, receber "as verbas a títulos de honorários":

> a) dos processos findos até o ajuizamento da demanda;
> b) dos processos que estão por se findar;
> c) dos processos que vierem a se extinguir após a sentença de condenação, por serem de trato sucessivo (f. 05).

Todavia, ela só tem interesse processual de cobrar os honorários convencionados ou sucumbenciais das ações já findas, ou seja, que já são devidos tanto pelos clientes quanto pelas partes que perderam, pois os honorários de sucumbência, como cediço, pertencem aos patronos que atuaram no processo.

A apelante poderá cobrar os honorários dos processos que ainda estão tramitando somente depois de serem julgados em definitivo, inclusive nos próprios autos em que eles forem arbitrados.

Pois bem.

O art. 206, § 5º, inciso II, do CC/02 dispõe que prescreve em cinco anos

> [...] a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato.

O prazo de cinco anos encontra-se previsto, também, no art. 25 da Lei 8.906/94, Estatuto da OAB, que fixa como termo inicial da prescrição:

> I - do vencimento do contrato, se houver;
> II - do trânsito em julgado da decisão que os fixar;
> III - da ultimação do serviço extrajudicial;
> IV - da desistência ou transação;
> V - da renúncia ou revogação do mandato.

Na hipótese, a apelante renunciou ao mandato que lhe fora conferido em alguns processos, e em outros permaneceu como advogada, tendo direito a receber os honorários proporcionalmente ao trabalho efetuado em cada caso.

Entretanto, cumpre analisar o prazo prescricional para o exercício da pretensão de cobrança.

Há nos autos comprovantes da atuação da apelante em diversos processos, bem como documentos que atestam a sua desistência em relação a algumas ações.

Vale lembrar que a apelante só tem interesse em cobrar os honorários relativos aos processos já findos.

Da análise detida dos relatórios juntados, têm-se processos extintos nos anos de 1995, 1996 (f. 48), 2001, 2002 (f. 51), 2001,2002 (f. 53), 1991, 2001, 2002, 2003 (f. 54), 1999, 2000 (f. 55), 1995, 1996, 1999, 2002 (f. 56), 1995, 1997, 1998 (f. 57), 2001 (f. 59), 1998, 1999 (f. 66), 1996 (f. 67), 2002 (f. 68), 1995 (f. 69), janeiro de 2003 (f. 70), janeiro de 2003 (f. 71), 1999 (f. 72), 1997 (f. 73), 2001 (f. 74), 1997, 2002 (f. 75), 1996 (f. 77), 2002 (f. 144), 2001 (f. 146), 2001 (f. 147), 2001 (f. 148), 2001 (f. 149).

De acordo com o inciso II do citado art. 25 da Lei 8.906/94, a pretensão de cobrança dos honorários recebidos nesses processos está prescrita, visto que a presente ação foi proposta em 08.02.2008 (f. 153).

Da mesma forma, os honorários relativos aos processos correspondentes aos documentos de f. 82/139 estão cobertos pela prescrição, pois nesses a apelante renunciou ao seu mandato no ano de 1996 (art. 25, inciso V, da Lei 8.906/94).

Entretanto, no tocante aos processos 95.0003910-9, extinto em maio de 2003 (f. 51), 95.00004185-5, extinto em junho de 2003 (f. 52), 95.0003908-7, extinto em 12.3.2007 (f. 59), 95.0007232-7, extinto em 28.2.2007, 1998.38.00.041108-8, 1998.00.035935-7, 2000.38.00.015546-7, 2001.38.00.010431-4, 2001.38.00.027577-8, 2001.38.00.034223-4, 2001.38.00.037059-4, 2001.38.00.041334-9 (f. 60) e 2002.38.00.047896-0, 2003.38.00.039043-8 e 2003.38.00.053577-2 (f. 61), extintos após fevereiro de 2003, permanece a pretensão da apelante de cobrá-los, proporcionalmente ao trabalho por ela realizado.

Diante do exposto, a sentença deve ser reformada parcialmente, para afastar a prejudicial de prescrição em relação aos processos extintos depois de fevereiro de 2002.

Dessa forma, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao recurso, para afastar a prejudicial de prescrição em relação aos processos de números 95.0003910-9 (f. 51), 95.00004185-5 (f. 52), 95.0003908-7 (f. 59), 95.0007232-7, 1998.38.00.041108-8, 1998.00.035935-7, 2000.38.00.015546-7, 2001.38.00.010431-4, 2001.38.00.027577-8, 2001.38.00.034223-4, 2001.38.00.037059-4 e 2001.38.00.041334-9 (f. 60), e 2002.38.00.047896-0, 2003.38.00.039043-8 e 2003.38.00.053577-2 (f. 61), devendo a demanda prosseguir com relação aos citados processos, mantendo a sentença quanto aos demais.

Custas, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DUARTE DE PAULA e SELMA MARQUES.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação civil pública - Direito ambiental - Imprescritibilidade

Ementa: Apelação cível. Ação civil pública. Direito ambiental. Imprescritibilidade. Recurso provido.

- A prescrição é instituto temporal que limita o direito do credor de exercer a pretensão para que o devedor não fique *ad aeternum* sujeito a cobrança.

- Entretanto, os direitos ambientais, em razão de sua transcendental importância para as gerações futuras, são imprescritíveis.

Apelação conhecida e provida para revogar a pronúncia de prescrição.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0188.07.063974-8/001 - Comarca de Nova Lima - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Presidente da Empreendimentos Imobiliários Ltda. e outro, Município de Nova Lima - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 22 de setembro de 2009. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

O apelante aforou esta ação civil pública contra os apelados, Presidente da Empreendimentos Imobiliários Ltda., Luiz Paulo Cardieri Júnior e Município de Nova Lima. Asseverou que o terceiro apelado, em 12.05.1976, aprovou o projeto primitivo do loteamento denominado Jardins de Petrópolis, de propriedade do primeiro e do segundo recorridos. Acrescentou que, em 03.06.1983, foi aprovado projeto de modificação do mesmo loteamento. Afirmou que a execução das obras foi feita sem a implantação de um sistema adequado de drenagem do loteamento, previsto na Lei 6.766, de 1979, o que causou danos ambientais, tais como erosão e degradação de recursos hídricos e florestais. Acrescentou que o terceiro recorrido, no termo de verificação, concedeu o prazo de dois anos para a execução de eventuais obrigações não cumpridas. Pugnou pela implantação integral do sistema de drenagem das águas

pluviais e a reparação dos danos. Os recorridos, além de matéria processual, defenderam a regularidade de suas condutas e negaram a responsabilidade pelos mencionados danos. Pela r. sentença de f. 241 foi pronunciada, de ofício, a prescrição.

A *vexata quaestio* consiste em verificar se ocorreu a prescrição.

Não há matéria de fato a ser examinada.

Em relação ao direito, sabe-se que o instituto da prescrição, mesmo na modalidade intercorrente, é típico do direito privado, mas tem caráter de interesse público, conforme ensina Antônio Luiz da Câmara Leal, em *Da prescrição e da decadência*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 33:

> Do fundamento jurídico da prescrição, por nós esclarecido, facilmente se deduz o caráter público do preceito legal que a instituiu.
> [...] Embora a utilidade pública e privada sejam correlatas e coexistam em todas as normas de direito, para distinguir as de direito público das de direito privado, cumpre atender, como ensina Porchat, ao interesse que predomina, se o público, se o privado.

Ora, na prescrição, dando-se o sacrifício do interesse individual do titular do direito pelo interesse público da harmonia social, que exige a estabilidade do direito tornado incerto, é evidente que sua instituição obedeceu, direta e principalmente, à utilidade pública e que a norma que a instituiu é de ordem pública.

É sabido que o dano ambiental consiste na degradação do equilíbrio ecológico. O art. 225 da Constituição da República dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é patrimônio comum do povo. É o chamado direito de terceira geração conforme proclamou o egrégio Supremo Tribunal Federal:

> Meio ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeneracionais [...]. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (*RTJ* 158/205-206). - Incumbe, ao Estado a à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (*RTJ* 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeneracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. [...] (Ac. no ADI - MC nº 3540, Tribunal Pleno, Rel. Des. Ministro Celso de Mello, j. em 1º.09.2005).

É oportuno lembrar que uma série de questões decorre desta condição que goza o meio ambiente, conforme alerta Alexandre de Moraes em *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 2.004:

> Meio ambiente como patrimônio comum da humanidade. A definição do conceito de patrimônio comum da humanidade gera inúmeros problemas concretos, pois, ao fixar a humanidade como titular do direito de propriedade, deve-se fixar seu comportamento perante o exercício desse direito, bem como as modalidades jurídicas na gestão desse direito e a utilização dos instrumentos jurídicos protetivos.
> O termo patrimônio jurídico da humanidade implica relação jurídica, pois o patrimônio pertence à humanidade inteira e, consequentemente, cria o problema de representação no exercício desse direito, gerando a possibilidade de organismos internacionais e Estados soberanos pleitearem a defesa desse bem jurídico, não cabendo aos indivíduos a atuação nessa esfera protetiva, mas às Nações ou grupos institucionalmente organizados, pois os beneficiários desse patrimônio comum são a própria humanidade e as gerações futuras.

A Constituição de 1988 permite a defesa do meio ambiente tanto pela ação popular quanto pelo exercício da ação civil pública.

O julgado deste Tribunal é ilustrativo:

> Direito ambiental. Constituição de reserva legal. Inocorrência de prescrição [...]
> - A proteção ao meio ambiente, por se tratar de um direito fundamental para preservação do planeta, pertence à humanidade e às gerações futuras, constitui matéria imprescritível [...]. (Ac. na Apelação Cível nº 1.0035.04.032284-0/001, 5ª Câmara Cível, Relatora Des.ª Maria Elza, j. em 15.09.2005, in *Minas Gerais*, edição de 21.10.2005.)

Portanto força é concluir que, no caso de proteção do meio ambiente, os direitos são imprescritíveis em decorrência da natureza transcendental de que são revestidos. Logo, o inconformismo é pertinente.

Com esses fundamentos, dou provimento à apelação para reformar a sentença e afastar a prescrição pronunciada. Determino que, em primeiro grau de jurisdição, o feito tenha normal seguimento.

Custas, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AFRÂNIO VILELA e CARREIRA MACHADO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embargos de terceiro - Fraude à execução - Reconhecimento nos autos em apenso - Veículo - Alienação - Restrição no Detran - Não ocorrência - Adquirente - Presunção de boa-fé - Terceiro adquirente - Inexistência de fraude

Ementa: Embargos de terceiro. Fraude à execução. Reconhecimento nos autos em apenso. Alienação de veículo. Inocorrência de restrição no Detran. Presunção de boa-fé do adquirente. Inexistência de fraude quanto ao terceiro adquirente.

- Para que haja vinculação de veículo a débito ou, ainda, objeto de garantia fiduciária ou similar, necessário se faz que este bem seja inscrito junto ao Detran, constando em seu certificado a restrição.

- O terceiro que adquire veículo sem que conste do seu certificado alguma restrição age de boa-fé.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0016.08.082171-9/001 - Comarca de Alfenas - Apelante: Aureliano Rodrigues de Souza - Apelado: Anísio Lima de Oliveira - Relator: DES. NICOLAU MASSELLI

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, 20 de agosto de 2009. - *Nicolau Masselli* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NICOLAU MASSELLI - Conheço dos recursos de apelação, porquanto presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de embargos de terceiro propostos por Anísio Lima de Oliveira contra Aureliano Rodrigues de Souza, onde o primeiro requer seja mantido na posse e propriedade do bem penhorado.

Emerge do presente feito a alegação do autor de que tramitam por este Juízo os autos de uma ação de execução de título extrajudicial, em que é exequente Aureliano Rodrigues de Souza e executada Débora Fonseca Elias, que teria sido avalista de Tereza F. Elias.

Aduz ainda que, nos referidos autos, foi efetivada a penhora de um veículo.

Ressalta que é ele, embargante, legítimo proprietário do bem penhorado, conforme comprovado pelo certificado de registro de veículo, fornecido pelo Detran.

Afirma que adquiriu o veículo de Luiz Carlos Cardoso, proprietário da corretora de veículos VIP, em março de 2007, que, por sua vez, o adquiriu da Sr.ª Tereza Fonseca Elias, ficando estipulado nesta última transação que o primeiro quitaria o financiamento existente em nome da vendedora junto ao Banco HSBC.

Alega também que o Sr. Luiz Carlos Cardoso efetuou todas as consultas inerentes ao Detran, não tendo constado nenhuma restrição ou impedimento em relação à compra e venda de citado veículo, encontrando-o livre, desembaraçado de qualquer ônus, exceto o acima mencionado.

Verifica que na transação comercial houve venda tradicional e usual, revestida de todos os elementos da boa-fé e que, em se tratando de veículo, a aquisição de sua propriedade ocorreu de mera tradição do bem.

Requer, provada a propriedade e a posse do bem penhorado, seja exonerado da constrição judicial.

Impugnação apresentada nas f. 43/48, na qual o embargado alega que, quando há fraude à execução, conforme declarado em sentença nas f. 196/204 dos Autos 016.99.009247-6, o negócio ocorrido não afeta os direitos do credor, uma vez que aqueles atos são considerados ineficazes em relação a este.

Aduz que o processo de execução vem se arrastando por longos anos, visto que as executadas vêm criando empecilhos e alegando estarem, desde 1999, civilmente falidas.

Nova contestação juntada nas f. 50/52, declarada ineficaz por despacho nas f. 72/73, já que apresentada de forma intempestiva e por advogada que não mais representava o réu.

Em sentença nas f. 93/104, o ilustre Magistrado acolheu os embargos para declarar insubsistente a constrição judicial efetivada na f. 207 dos autos de execução, que incidiu sobre o veículo de propriedade do embargante, mantendo, em consequência, este na posse e propriedade do referido bem.

Condenou o embargado ao pagamento das custas e honorários advocatícios, sendo-lhe concedidos, na ocasião, os benefícios da justiça gratuita.

Inconformado, apresentou o embargado recurso de apelação nas f. 108/115, onde alega que, quanto a este, os atos são considerados ineficazes, gerando efeitos somente entre as devedoras e o ora embargante, conforme sentença nas f. 196/204, em que ficou reconhecida a fraude à execução.

Aduz que o negócio realizado não afeta seus direitos, não podendo ser-lhe oposto, citando jurisprudências.

Contrarrazões de apelação nas f. 132/139.

Ante tais circunstâncias, passo a analisar o recurso de apelação.

A questão é singela e não merece maiores delongas.

Inicialmente, conforme bem salientou o Magistrado primevo, a decisão nos autos da execução, que reconheceu a fraude à execução quanto à venda do veículo

em tela, aplica-se somente em relação às executadas, não fazendo coisa julgada quanto ao terceiro proponente dos presentes embargos.

Por tal motivo, sendo certo que o embargante não é parte nos autos de execução, não lhe alcançando os efeitos decisórios ali proferidos, possível a defesa da sua posse através destes autos.

Deflui dos autos que o apelado, embargante, adquiriu o automóvel, objeto do litígio, em abril de 2007, através da revendedora VIP Veículos, de propriedade do Sr. Luiz Carlos Cardoso, que, por sua vez, o adquiriu da Sr.ª Tereza Fonseca Elias, executada nos autos em apenso.

Verifica-se que, quando da aquisição de referido veículo, não havia nenhum impedimento em favor do apelante, ou seja, nenhuma restrição constava no certificado de registro do veículo.

Observo ainda que não havia como o embargante, apelado, ter conhecimento da propositura da ação de execução contra a proprietária do veículo, Sr.ª Tereza Fonseca Elias.

Alias, os depoimentos prestados corroboram tal assertiva.

Dessa forma, certo é que, se a alienação se deu após a propositura da ação de execução e da citação válida da executada, não pode ser outra a conclusão de que o apelado, embargante, agiu de boa-fé quando da aquisição do veículo, visto que corretamente diligenciou junto ao Detran e, na documentação constante do referido órgão, não constava qualquer anotação acerca de qualquer existência de ônus sobre o mesmo.

A propósito, é nesse sentido remansosa jurisprudência de nossos tribunais, conforme podemos aferir no julgamento do Recurso Especial nº 798124/RS, pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relator o insigne Ministro Francisco Peçanha Martins. Diz o ilustre Magistrado que:

> Processual civil. Fraude à execução. Veículo automotor. Inexistência de restrição junto ao Detran. Boa-fé do adquirente. CPC, Art. 593, I e II.
> - Não se configura fraude à execução se sobre veículo automotor, à época da compra e venda, inexistia qualquer restrição no Detran que pudesse levar à indicação da ocorrência do *consilium fraudis*.
> - Mesmo com a citação do devedor, prévia à alienação do bem, seria necessário que o credor provasse a ciência do adquirente acerca da execução fiscal proposta contra o alienante para que se configurasse a fraude.
> - Na hipótese, o Tribunal *a quo* fixou a premissa fática de que o adquirente encontrava-se de boa-fé.
> Recurso não conhecido (*Diário do Judiciário da União* de 06.03.06, p. 370).

Ou mesmo ainda no Recurso Recurso Especial nº 618444/SC, em data de 07.04.05, pela 4ª Turma do mesmo Sodalício, tendo, desta vez, como Relator o insigne Ministro Aldir Passarinho. Diz o ilustre Magistrado que:

> Civil e processual. Fraude à execução. Veículo automotor. Sucessivas vendas. Inexistência de restrição junto ao Detran. Boa-fé do adquirente. CPC, art. 593, II.
> I. Não se configura fraude à execução se o veículo automotor é objeto de sucessivas vendas após aquela iniciada pelo executado, inexistindo qualquer restrição no Detran que pudesse levar à indicação da ocorrência do *consilium fraudis*.
> II. Ademais, em se tratando de bem móvel, não há a praxe de os compradores pesquisarem junto a cartórios de distribuição e protesto para verificar se contra o vendedor pesa alguma dívida ou ação.
> III. Precedentes do STJ.
> IV. Recurso especial não conhecido (*Diário do Judiciário da União* de 16.04.05, p. 356).

Portanto, tendo o apelado adquirido o veículo de boa-fé, não prevalece contra ele a decisão de f. 196/204, dos autos em apenso.

Ademais, em nenhum momento, o embargante demonstrou que a negociação do veículo que veio às mãos do embargado estivesse eivada de má-fé ou qualquer ato fraudulento.

Ante o exposto e por tudo que nos mostra o feito, não me resta outro caminho senão o de negar provimento ao recurso de apelação; mantenho incólume a sentença lavrada em primeiro grau.

Custas recursais e honorários advocatícios, pelo apelante, suspensas em face do deferimento da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO HENRIQUE e LUIZ CARLOS GOMES DA MATA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Dano moral - Dano material - Homicídio - Reparação pleiteada pelos filhos menores e pais da vítima - Agravo retido do réu - Prescrição - Art. 206, § 3º, V, do Código Civil - Aplicabilidade - Art. 200 do Código Civil - Não cabimento - Materialidade e autoria - Prova - Presença - Prescrição parcial - Inaplicabilidade quanto ao filho menor - Dano moral configurado - Responsabilidade civil de indenizar - Caracterização - Pensão - Cabimento - Constituição de capital - Necessidade - Multa - Restituição de despesas - Prova dos gastos

Ementa: Civil e processual civil. Apelação. Ação de reparação de danos morais e materiais decorrentes de crime de homicídio. Ajuizamento pelos filhos menores e

pais da vítima. Agravo retido do réu. Prescrição. Aplicabilidade do art. 206 § 3º, V, do NCC. Art. 200 do NCC. Não cabimento no presente caso. Prova da materialidade e da autoria. Presença. Prescrição configurada apenas parcialmente. Inaplicação quanto ao menor. Danos morais verificados. Responsabilidade civil de indenizar caracterizada. Pensionamento cabível. Constituição de capital. Necessidade. Multa. Cabimento. Restituição de despesas. Prova dos gastos inexistentes. Impossibilidade. Reforma parcial da sentença. Agravo retido provido em parte. Apelações conhecidas, primeira provida em parte e segunda provida em parte.

- Decorrido o prazo prescricional, o titular do direito, que permaneceu inerte, perde a oportunidade de requerê-lo via processo judicial, e o processo por ele promovido deve ser extinto conforme art. 269, IV, do CPC.

- O prazo prescricional não corre contra os absolutamente incapazes, consoante previsão do art. 169, I, do CC/1916, atual art. 198, I, do NCC.

Agravo retido conhecido e parcialmente provido.

- Demonstrado nos autos que os danos sofridos pela filha menor da vítima advieram dos fatos desencadeados pela conduta do requerido, este último é responsável pela reparação.

- A constituição de capital prevista no art. 475-Q do Código de Processo Civil tem natureza de obrigação de fazer, comportando a imposição da multa para o seu cumprimento.

- O pedido de restituição de valores gastos com tratamento psicológico depende da prova da despesa.

Apelações conhecidas, ambas providas em parte.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.126123-2/001 (EM CONEXÃO COM O PROCESSO Nº 1.0024.08.254708-4/001) - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) M.H.M., 2os) R.D.O.S.M. e outra - Apelados: M.H.M., R.D.O.S.M., J.O.S.M., R.G.S., M.R.O.S. - Relatora: DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO AGRAVO RETIDO E ÀS PRIMEIRA E SEGUNDA APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 9 de julho de 2009. *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo primeiro apelante, o Dr. Fabrício Fausto Lima e assistiu ao julgamento, pelos segundos apelantes, o Dr. Leonardo Soares Tito.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - R.D.O.S.M., J.O.S.M., R.G.S., M.R.O.S. ajuizaram ação de reparação de danos contra M.H.M. Sustentaram, em suma: que os dois primeiros autores são filhos de M.R.C.O.S., que, por sua vez, era filha dos últimos autores; que, em 28.03.1999, M.R. foi morta por 43 golpes de faca desferidos pelo réu, seu vizinho, enquanto subia as escadas do prédio em que residia; que o réu foi denunciado nas sanções do art. 121, § 2º, III e IV, do Código Penal, tendo sido condenado, embora ainda pendente recurso; que o réu não negou os fatos nem a autoria quando interrogado no Tribunal do Júri; que sofreram danos de ordem moral decorrentes da perda repentina do ente querido e danos de ordem patrimonial, porque a vítima contribuía para o sustento da família; que o primeiro autor também sofreu danos de ordem moral e estético, pois foi atingido pelos golpes do réu ao tentar proteger sua mãe; que o réu é civilmente responsável pelos danos ocasionados aos autores, como preveem os arts. 186, 927, 944 e 948 de NCC. Requereram a concessão da gratuidade judiciária e a condenação do réu a pagar as seguintes verbas: a) pensão mensal aos dois primeiros autores no valor de 2 salários-mínimos mensais desde a data do evento danoso até o dia em que completarem 25 anos de idade; b) despesas com tratamentos psicológicos; c) despesas com serviços funerários; d) indenização por danos morais e estéticos ao primeiro autor no valor de R$ 100.000,00 e aos demais autores no valor de R$ 50.000,00 para cada. Juntaram documentos.

O MM. Juiz deferiu a gratuidade judiciária em favor dos autores (f. 71).

O réu contestou (f. 74/116), levantando a prejudicial de prescrição do direito dos autores, com base no art. 206, § 3º, V, do NCC. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido, sob os seguintes argumentos: que o processo criminal ainda está *sub judice*; que, na denúncia oferecida pelo Ministério Público, restou patente a responsabilidade da vítima pelo acontecido, em razão de seu péssimo relacionamento com os vizinhos; que o homicídio se deu por abstinência do domínio da razão, influenciado por sua desestruturação emocional decorrente da conduta da vítima; que o ilícito penal não se confunde com o civil; que não cometeu ilícito civil para ser responsabilizado por indenizar os autores, pois agiu em legítima defesa da tranquilidade de seu lar e em decorrência de culpa da vítima; que os

valores pedidos na inicial não são condizentes com os contornos do caso; que os autores não sofreram danos de ordem moral, porque restou comprovado no processo criminal que eles não tinham boas relações com a vítima; que os danos materiais não restaram comprovados pelos autores; que não há prova de que a vítima contribuía com o sustento de sua família, razão pela qual não há que se falar em pensionamento; que também não foi dimensionado o dano estético alegado pelo autor R. Requereu a concessão da gratuidade judiciária e juntou documentos.

Os autores apresentaram réplica à contestação às f. 209/247, impugnando o pedido de gratuidade judiciária formulado pelo réu e as teses de defesa. Juntaram documentos.

Em audiência (f. 298), os autores pediram prova testemunhal, e o réu pugnou pelo julgamento antecipado da lide.

O MM. Juiz afastou a prescrição arguida pelo réu e deferiu prova pericial e oral (f. 300). O réu aviou agravo retido contra decisão através da qual o MM. Juiz rejeitou a prejudicial de prescrição (f. 301/311). Os autores apresentaram contraminuta às f. 330/337, negando a ocorrência da prescrição.

O MM. Juiz deferiu a gratuidade judiciária em favor do réu (f. 339).

Em audiência (f. 371//380), foi colhida a prova testemunhal e substituída a perícia por juntada de fotografias.

Na sentença (f. 508/519), o MM. Juiz reconheceu a responsabilidade do réu de indenizar os autores, julgando procedente o pedido inicial.

Constou do dispositivo da sentença (f. 518/519):

> Isso posto e o que mais dos autos consta, julgo procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento das seguintes parcelas:
> 1) pagamento de pensão mensal aos autores R.D.O.S.M. e J.O.S.M. no valor correspondente a 1/2 salário-mínimo mensal para cada um, devido desde a data do ilícito até o dia em que completarem 25 anos, reconhecido o direito de acrescer em caso de cessação da pensão para um dos beneficiários. As parcelas vencidas serão atualizadas com correção monetária de acordo com a tabela adotada pela eg. Corregedoria de Justiça de MG, com juros moratórios de 0,5% ao mês até a data da entrada em vigor do NCC e, a partir daí, no percentual de 1% ao mês;
> 2) pagamento no valor referente às despesas com o funeral da vítima, no importe de R$ 392,00, pagos em 29.03.1999, e que deverão ser igualmente atualizadas com correção monetária de acordo com a tabela da CGJMG, com juros moratórios de 0,5% ao mês até a data da entrada em vigor do NCC e, a partir daí, no percentual de 1% ao mês;
> 3) danos morais, que fixo nos seguintes valores: para o autor R.D. em R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a título de danos morais e estéticos; para a autora J.O., em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para os autores R.G. e M.R. em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um.
> Fica o réu condenado a constituir capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento, ou, querendo, substituir por caução fidejussória, nos termos do art. 475-Q e seus parágrafos do CPC.
> Diante da sucumbência, fica o réu condenado nas custas processuais e honorários que arbitro em 20% sobre o total das prestações vencidas e dano moral, mais doze das vincendas, ficando, entretanto, suspensa exigibilidade em face da gratuidade de justiça a ele concedida.

Os autores opuseram embargos de declaração (f. 520/524), apontando omissão na sentença. O réu também opôs embargos de declaração (f. 525/537), apontando obscuridade, omissão e contradição na sentença. O MM. Juiz acolheu os embargos dos autores para fazer constar na sentença a rejeição ao pedido do autor R. de restituição dos valores pagos por tratamento psicológico, por ausência de recibo comprobatório do gasto. O MM. Juiz acolheu os embargos do réu apenas para sanar erro material quanto ao valor devido ao primeiro autor a título de dano moral, devendo prevalecer R$ 80.000,00 (f. 542/543).

Os autores aviaram novos embargos de declaração (f. 544/549), que não foram acolhidos (f. 551).

O réu apelou (f. 552/621), pedindo a apreciação de seu agravo retido, que trata da prescrição arguida com base no art. 206, § 3°, V, do NCC. No mérito, pugnou pela reforma da sentença, ratificando as excludentes de ilicitude "culpa exclusiva da vítima" e "legítima defesa" para afastar sua responsabilidade civil. Alternativamente, pediu a redução do valor das indenizações.

Os autores contra-arrazoaram (f. 676/744), pugnando pelo não provimento da apelação do réu.

Os autores também apelaram (f. 623/644), pedindo a restituição das despesas com tratamentos psicológicos e aplicação de multa por descumprimento da ordem de constituição de capital.

O réu apresentou contrarrazões (f. 646/667), requerendo o não provimento do apelo dos autores.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço de ambas as apelações - do réu (f. 552/621) e dos autores (f. 623/644) -, porque tempestivas, próprias e por estarem as partes isentas de apresentar preparo, já que beneficiárias da gratuidade judiciária (f. 71 e 339).

Conheço, também, do agravo retido de f. 301/311, porque o réu, em sua apelação, formulou requerimento expresso para seu conhecimento, conforme comando do art. 523, § 1°, do Código de Processo Civil.

Agravo retido.

O réu agravou de forma retida (f. 301/311), da decisão na qual o MM. Juiz afastou a prejudicial de prescrição por ele arguida em contestação (f. 300).

Tenho que assiste razão parcial ao agravante quanto à prescrição.

O réu/agravante levantou a prejudicial de mérito de prescrição com base no art. 206, § 3°, V, do NCC, que dispõe:

> Art. 206. Prescreve:
> [...]
> § 3º Em três anos:
> [...]
> V - a pretensão de reparação civil;

Vale ressaltar, inicialmente, a definição de prescrição, no dizer de Humberto Theodoro Júnior:

> A prescrição é sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu inerte diante de sua violação por outrem. Perde ele, após o lapso previsto na lei, aquilo que os romanos chamavam de *actio*, e que, em sentido material, é a possibilidade de fazer valer o seu direito subjetivo. Não há, contudo, perda da ação no sentido processual, pois, diante dela, haverá julgamento de mérito, de improcedência do pedido, conforme a sistemática do Código (*Curso de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1997, p. 323).

Os autores pretendem a reparação por danos morais e materiais decorrentes do homicídio de M.R.C.O.S., efetuado pelo réu, ora agravante, em 28.03.1999.

Na ocasião do evento ensejador da presente ação, não havia previsão de prazo prescricional específico para a cobrança de reparação civil, razão pela qual era utilizado o prazo geral de 20 anos previsto no art. 177 do CC/1916.

A presente ação foi proposta já sob a vigência do NCC, ou seja, em 25.06.2008 (f. 02-v.), fazendo-se mister a observância da regra de transição prevista no art. 2.028 do NCC, para o fim de se aferir qual o prazo prescricional a ser considerado.

Diz o art. 2.028: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

O NCC entrou em vigor em 11.01.2003. Nessa data, já havia transcorrido 3 anos e 9 meses e 14 dias do falecimento de M.R., que ensejou a reparação ora pretendida. Portanto, transcorrido menos da metade do prazo prescricional máximo previsto no Código Civil/1916, que era de vinte anos (art. 177 do CC/1916). Logo, o prazo prescricional a ser adotado no caso é o da lei nova, ou seja, o prazo de três anos previsto no art. 206, § 3º, V, do NCC.

Como é de sabença geral, o novo prazo do Código Civil de 2002 somente é aplicável a partir de sua vigência.

Nesse sentido:

> Civil. Processual civil. Recurso especial. Ação monitória. Prescrição. Inocorrência. Prazo. Novo Código Civil. Vigência. Termo inicial.
> 1 - À luz do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações pessoais foi reduzido de 20 (vinte) para 10 (dez) anos. Já o art. 2.028 assenta que 'serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada'. Infere-se, portanto, que tão-somente os prazos em curso que ainda não tenham atingido a metade do prazo da lei anterior (menos de dez anos) estão submetidos ao regime do Código vigente. Entretanto, consoante nossa melhor doutrina, atenta aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da irretroatividade legal, os novos prazos devem ser contados a partir da vigência do novo Código, ou seja, 11 de janeiro de 2003, e não da data da constituição da dívida.
> 2 - Conclui-se, assim, que, no caso em questão, a pretensão da ora recorrida não se encontra prescrita, pois o ajuizamento da ação ocorreu em 13.02.2003. Um mês, após o advento da nova legislação civil (REsp 848.161/MT, 4ª Turma/STJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 05.12.2006, *DJ* de 05.02.2007).

É o que ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho na obra *Novo curso de direito civil* - parte geral. 5. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004, p. 508:

> No caso de uma nova lei não estabelecer regras de transição, o saudoso Wilson de Souza Campos Batalha, inspirado nas diretrizes do Código Civil alemão, aponta alguns critérios:
> I - se a lei nova aumenta o prazo de prescrição ou de decadência, aplica-se o novo prazo, computando-se o tempo decorrido na vigência da lei antiga;
> II - se a lei nova reduz o prazo de prescrição ou decadência, há que se distinguir:
> a) se o prazo maior da lei antiga se escoar antes de findar o prazo estabelecido pela lei nova, adota-se o prazo da lei anterior;
> b) se o prazo menor da lei nova se consumar antes de terminado o prazo maior previsto pela lei anterior, aplica-se o prazo da lei nova, contando-se o prazo a partir da vigência desta.

Observada a doutrina supramencionada, o presente caso se aplica na regra II, letra *b*, já que o prazo de prescrição foi reduzido para 3 anos e ainda não se consumou o prazo maior, de 20 anos, previsto no CC/1916.

Logo, o prazo prescricional de 3 anos findou em 11.01.2006, mais de dois anos antes da propositura da presente ação (25.06.2008 - f. 02-v.).

Lado outro, por se tratar de reparação de danos decorrentes de ilícito penal, necessário ressaltar que a regra nova prevista pelo art. 200 do NCC, de suspensão da contagem do prazo prescricional, também não se aplica no presente caso.

> Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

No antigo Código Civil de 1916, a ação de reparação de danos poderia ser promovida logo após o crime a ser apurado na esfera penal, já que a responsabilidade civil é independente da criminal, como preceituam o art. 935 do NCC e o art. 1.525 do CC/1916.

A regra do art. 200 do NCC trouxe a inovação de impedir o curso do prazo prescricional da ação de reparação de danos de ordem civil até o julgamento da ação criminal, ou seja, até a constatação da autoria e da materialidade do crime.

Sobre o tema, leciona Nestor Duarte ao interpretar o art. 200 do NCC:

> A responsabilidade civil é independente da criminal, entretanto não se poderá 'questionar mais sobre a existência de fato ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal' (art. 935 do CC).
> No Código de Processo Penal, regramento semelhante encontra-se nos arts. 63 a 67.
> O Código Penal (art. 91, I) estabelece que a sentença penal condenatória transitada em julgado torna certa a obrigação de indenizar, constituindo título executivo judicial (arts. 63 do CPP e 584, II, do CPC).
> Em tais circunstâncias, não fica o prejudicado por ato criminoso impedido de ajuizar ação reparatória do dano, entretanto, se houver sentença penal condenatória, poderá executá-la contra o mesmo réu e, para isso, a lei forra de prescrição a vítima, para obter indenização, enquanto não julgada a ação penal.
> A dificuldade se encontra em saber: a) se absolvido o réu, extinta sua punibilidade ou arquivado o inquérito policial, o prazo prescricional se terá transcorrido; b) quando se iniciou o período de suspensão ou se se trata de impedimento do curso do prazo prescricional.
> A lei não diz que o prazo não corre apenas se a sentença for condenatória, de modo que o que a lei confere como causa de suspensão é que o fato seja suscetível de apuração no juízo criminal, logo, se houver absolvição ou qualquer outro modo de encerramento do processo penal que não impeça a ação indenizatória, ainda assim o prazo prescricional estará suspenso.
> Quanto ao termo inicial da suspensão, não se deve entender como a data do ilícito. O texto não se refere a fato que constitui crime, mas a fato que deve ser apurado no juízo criminal, e a verificação dessa circunstância só se dá com o recebimento da denúncia ou da queixa. Nesse sentido estão os comentários de Fabrício Zamprogna Matiello: 'A suspensão da prescrição se dá desde o dia em que tiver início a ação penal, através do recebimento da denúncia ou medida afim, até que transite em julgado a correspondente sentença' (*Código Civil comentado*. São Paulo: LTr, 2003, p. 161).
> Não obstante a ação penal só se dirija contra os autores do dano, o prazo prescricional ficará suspenso, também, para o ajuizamento da ação contra os responsáveis, já que na lei não se encontra limitação desse efeito (art. 932 do CC) (*Código Civil comentado* - Coordenação do Ministro Cezar Peluso, Barueri/SP: Manole, 2007, p. 131).

Também sobre o tema leciona Humberto Theodoro Júnior:

> A responsabilidade civil é independente da criminal (art. 935), de sorte que, para a vítima do crime, ou seus dependentes, demandarem a competente indenização, não há necessidade de aguardar o desfecho da ação penal.
> No entanto, há casos em que o julgamento criminal interfere no plano da responsabilidade civil: a) a condenação criminal, transitada em julgado, independente de qualquer ação civil, tem força de título executivo judicial no cível (CPC, art. 584, II; CPP, art. 63); b) negada a autoria do delito ou reconhecida a excludente de criminalidade, não mais se poderá discutir a respeito desses fatos no cível (CC, art. 935, 2ª parte; CPP, arts. 66 e 67).
> Dessa maneira, embora se dê, em princípio, a independência entre o criminal e o cível, há, em muitos casos, uma intercomunicação entre as duas jurisdições e, às vezes, o decidido no processo penal prevalece na esfera civil também.
> Daí a regra do art. 200, que manda suspender a prescrição quando o fato causador da pretensão civil constituir crime, que, por isso, deverá ser objeto de apuração criminal. A suspensão, no entanto, só terá lugar quando a sentença penal não acontecer antes do termo do prazo prescricional civil.
> Não quer dizer o dispositivo em tela que a prescrição só comece a fluir depois do trânsito em julgado da condenação criminal. O que se deduz do preceito é que a prescrição ocorrerá desde o delito, mas não se encerrará enquanto o processo penal estiver pendente.
> Na verdade, o que se suspende é o termo final da prescrição, que ficará protelado no aguardo do desfecho do processo em torno do mesmo fato discutido no cível (*Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 246-247).

O homicídio noticiado nos autos ocorreu em 28.03.1999 (f. 03), sob a égide do Código Civil de 1916, que não previa regra equivalente à do art. 200 do NCC, não se aplicando nenhuma disposição de direito material previsto no Código Civil de 2002 aos casos pretéritos, sob pena de violação aos princípios da irretroatividade da lei e da segurança jurídica e aos arts. 2º e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/1942).

Sobre o tema leciona José Jairo Gomes:

> Vigência, no léxico, significa estar em vigor, ter eficácia, estar vivo, ser vigoroso. Dois são os sentidos comumente atribuídos a esse termo: um amplo e outro restrito.
> Pelo primeiro, a vigência identifica-se com a validade formal da norma jurídica. Denota, pois, que foi elaborada por órgão competente e legítimo, com observância do processo legislativo adequado para sua espécie [...].
> Já no sentido restrito, vigência denota o período dentro do qual a norma é eficaz e produz efeitos, isto é, o período em que é vinculante, obrigatória.
> [...]
> Tão logo entra em vigor, a lei passa a produzir efeitos. Em princípio, suas emanações são imediatas, voltando-se sempre para o futuro. Todavia, ao estrear no mundo jurídico, encontra uma série de situações em curso, algumas em formação, outras já consolidadas. Há, pois, que se cuidar de sua inserção, de sorte a compatibilizá-la com o estado de coisas existentes no momento de seu ingresso.
> Muitos problemas são resolvidos nos domínios do direito intertemporal, prevendo-se um conjunto de disposições transitórias cuja finalidade é resolver momentaneamente questões decorrentes do confronto das prescrições da nova lei com a revogada.
> Cogita-se igualmente dos princípios da retroatividade e irretroatividade. Pelo primeiro, a lei nova pode alcançar situações ocorridas anteriormente à sua entrada em vigor. O

segundo, regra em nosso sistema, veda tal efeito. A irretroatividade estriba-se na segurança jurídica; sua ausência fomentaria grande instabilidade e incerteza nas relações sociais, haja vista que situações passadas poderiam ser alteradas por regras positivadas no futuro.
Note-se, porém, que tais princípios não são absolutos, retroagindo a lei em determinados casos. O que se exige é o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. [...] Assim, por força da irretroatividade, em princípio, não pode uma lei retroagir para atingir fatos ocorridos sob a égide da anterior.
Pode ocorrer - e isso é freqüente - de um ato ser praticado sob o império de uma lei, mas seus efeitos se consumarem sob o de outra, revogadora da primeira. Nesse caso, pode-se falar em retroatividade da lei nova? Ou haveria, aí, ultra-atividade da revogada, já que preserva sua força vinculante, produzindo efeitos em momento em que já não mais se encontra formalmente no ordenamento? O que há, na verdade, é o efeito imediato da lei nova, com preservação de situações constituídas sob a égide da anterior (*Lei de Introdução ao Código Civil em perspectiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 10-11 e 17-18).

Nesse sentido:

1) Direito civil e direito processual civil. Contrato. Cláusula compromissória. Lei nº 9.307/96. Irretroatividade.
I - A Lei nº 9.307/96, sejam considerados os dispositivos de direito material, sejam os de direito processual, não pode retroagir para atingir os efeitos do negócio jurídico perfeito. Não se aplica, pois, aos contratos celebrados antes do prazo de seu art. 43.
II - Recurso especial conhecido, mas desprovido (REsp 238.174/SP, 3ª Turma/STJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 06.05.2003, *DJ* de 16.06.2003).

2) As disposições legais não podem ser aplicadas a situações anteriores a sua entrada em vigor, em obediência ao conteúdo normativo do princípio da irretroatividade das leis, previsto no art. 6º da LICC, salvo se, expressamente, contiver previsão legal (AgRg no AgRg no Ag 431.215/PA, 6ª Turma/STJ, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. em 28.06.2007, *DJ* de 06.08.2007).

3) Além disso, esta Corte Superior, em casos análogos, tem-se posicionado pela possibilidade da manutenção da cobertura do FCVS, mesmo para aqueles mutuários que adquiriram mais de um imóvel numa mesma localidade, quando a celebração do contrato se deu anteriormente à vigência do art. 3º da Lei 8.100/90, em respeito ao princípio da irretroatividade das leis (REsp 1044500/BA, 2ª Turma/STJ, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, j. em 24.06.2008, *DJ* de 22.08.2008).

No presente caso, a autoria e a materialidade do homicídio de M.R.C.O.S., mãe dos autores R. e J. e filha dos autores R. e M.R., que ensejou a presente ação reparatória de danos morais e materiais, não estavam a depender da apuração criminal, porque foram confirmadas e confessadas pelo réu, ora agravante, desde o inquérito policial (f. 43/58). Em sua contestação de f. 74/116, o réu não negou a autoria do homicídio de M.R., apresentando apenas excludentes de ilicitude, quais sejam legítima defesa e culpa exclusiva da vítima.

Nesse caso, a ação civil não dependia da apuração de nenhum fato que exigisse a suspensão do curso da prescrição para a ação civil, pois a apuração da culpa no cível independe e não se vincula à apuração da culpa no processo criminal.

Sobre o tema leciona a doutrina:

1) Código Civil: as causas objetivas que impendem o curso da prescrição:
As causas objetivas que impendem o curso da prescrição: fato a ser apurado em juízo criminal - No art. 200 do Código Civil, o legislador destacou uma causa que impede o curso da prescrição, a qual pode ser, também, considerada objetiva. Segundo o art. 200, 'quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva'.
Atrai a responsabilidade, civil ou penal, o fato de o agente haver violado um bem juridicamente tutelado, sem que tenha agido em condições que se confundem com as excludentes de ilicitudes (1), cuja presença impede a caracterização da ilicitude. Há determinados fatos cujos efeitos se projetam nas várias esferas do direito, com transgressão a bem jurídico próprio a cada um dos campos de repercussão.
O fato, a rigor, é um só, porque o fato jurídico conserva a sua materialidade sem sofrer alteração, mesmo quando conformado a regimes legais variegados. Ao subsumir-se à norma de qualquer natureza, o fato mantém a sua integridade, já que nada se lhe adiciona ou se lhe subtrai.
Os efeitos do fato é que podem variar, conforme o desiderato da norma ao promover a valoração de sua repercussão no ambiente de concreção. A apuração do fato jurídico se faz segundo a sua natureza, premissa que estabelece a competência do juiz em razão da matéria.
Em tese, nada obsta a que o mesmo fato seja apurado e explorado em ambientes jurisdicionais diferenciados pela competência especial, por força da matéria, até porque as conseqüências jurídicas se apresentam de acordo com a especificidade da conduta do agente com reflexo no bem jurídico atingido. Situações há, entretanto, que forçam, necessariamente, que o fato seja objeto de apuração e investigação no juízo criminal, antes que possa, sem embaraço, transitar no juízo cível.
É certo que a responsabilidade civil é independente da criminal, mas é defeso que se questione no juízo cível sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem resolvidas e decididas na esfera penal (2). Também, ao reconhecer que o ato foi praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de um direito, a sentença criminal tem força, no cível, de coisa julgada (3), situação em decorrência da qual a autoridade do julgado interdita que se oportunize nova avaliação dos fatos.
Assim, provada a existência de uma excludente de ilicitude no juízo criminal, esvazia-se a discussão da responsabilidade civil por força da influência que a sentença penal exercer sobre o juízo cível (4). Se um fato, suporte da pretensão a ser deduzida no cível (5), depende de apuração no juízo criminal, faz-se necessário que se guarneça o direito dos efeitos danosos que o fluxo da prescrição causa.
Enquanto não sobrevier a sentença criminal definitiva, equação com que se resolvem a existência do fato e a autoria, não correrá a prescrição, inovação legislativa de suma importância para que se evite que o eventual direito seja sepultado pela força corrosiva do tempo. Há, contudo, uma questão que deve ser enfrentada, relacionada à sistemática

da contagem da prescrição, segundo o modelo do art. 200 do Código Civil.
Numa leitura linear, apura-se da regra a premissa de que 'não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva', se o fato em que se basear a ação houver de ser apurado no juízo criminal. Pela literalidade da disposição legal, o prazo da prescrição somente começaria a correr a partir da sentença criminal, termo inicial, contagem prescricional que, em tese, seria facilmente resolvida.
Sucede, todavia, que esse simplismo traz, em si, o inconveniente de mal resolver a questão da contagem do prazo prescricional na hipótese em que o fato não venha a se submeter à apuração em processo criminal, qualquer que seja a razão, caso em que inexistiriam sentença criminal e, por conseguinte, o termo inicial. Em sendo assim, à falta de sentença, eternizar-se-ia o prazo prescricional, situação, claramente, contrária ao espírito da prescrição, instituto que se destina à segurança e à pacificação jurídicas.
Por essa razão, exige-se construção interpretativa que se mostre capaz de conciliar a disposição normativa com a realidade das situações em que o fato, base da pretensão a ser manejada no cível, escapula da apuração criminal. Na verdade, deve-se reservar a regra apenas para os casos em que se investigam o fato e a autoria, na definição do agente responsável pelo ilícito penal.
A ação civil dependerá, no caso, da conclusão do processo criminal, porque a pretensão reparatória depende do deslinde do fato e da autoria, mediante sentença penal definitiva. Realce-se, porém, que, malgrado a sentença absolutória no juízo criminal, há espaço para a proposição da ação civil, se não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência do fato (6).
(1) Na esfera civil, não constituem atos ilícitos, conforme o art. 188 do CC: a) os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; b) a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. No âmbito penal, não há crime, segundo o art. 23 do CP, quando o agente pratica fato: a) em estado de necessidade; b) em legítima defesa; c) em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de um direito.
(2) Dispõe o art. 935 do CC: 'A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal'.
(3) Art. 65 do CPP: 'Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de um direito'.
(4) Art. 110 do CPC: 'Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar o andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal'.
(5) Diz o art. 63 do CPP: 'Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito de reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros'.
(6) Art. 66 do CPP (Luís Carlos Alcoforado, *Revista Jurídica Netlegis*, 09 de abril de 2007, *site* http://www.netlegis.com.br/index.jsp?arquivo=detalhesNoticia.jsp&cod=26785).
2) Apuração de questão prejudicial: A questão prejudicial reclama decisão anterior à do mérito, requerendo verificação de um fato cuja apreciação é condição indispensável àquele julgamento, por isso deve ser discutida numa ação independente. Por tal razão, a apuração de questão prejudicial a ser verificada no juízo criminal, se a ação dela se originar, é causa impeditiva do curso da prescrição, que só começará a correr após a sentença definitiva (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 179).

Como restaram incontroversas a materialidade e a autoria do réu, ora agravante, com relação à morte de M.R., não há falar em suspensão do prazo prescricional com base no art. 200 do NCC, porque o pedido de reparação de danos no âmbito civil não dependia de qualquer análise no âmbito penal, bastando a prova do dano, do nexo causal e de possível excludente de ilicitude, visto que a conduta antijurídica do réu foi confessada.

Nesse sentido:

1) Ofensa ao art. 200 do Código Civil.
No que se refere à alegação de ocorrência de causa interruptiva da prescrição, que constitui o núcleo da irresignação posta nos autos, dispõe o referido dispositivo legal que: 'Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva'.
A Corte de origem, ao concluir pela inaplicabilidade da causa interruptiva, considerando configurado o fenômeno da prescrição, mantendo incólume a sentença que julgara improcedente o pedido, consignou:
'Daí se extrai a *mens legislatoris* do já citado art. 200 do Código Civil, que visa manter a exeqüibilidade do título judicial, consubstanciado na sentença penal condenatória, no juízo cível, evitando que, quando se for buscar a reparação civil *ex delicto*, a pretensão tenha sido fulminada pela prescrição.
Nesse sentido, quando a autoria do ilícito é incontroversa, bem como a ocorrência do fato, não há que se falar na causa interruptiva da prescrição constante do art. 200 do Código Civil, na medida em que não há necessidade de se apurar o fato no juízo criminal para o posterior ajuizamento da ação civil reparatória.
Isso porque, nessas hipóteses - de a autoria e a materialidade do delito serem incontroversas -, eventual absolvição do réu no juízo criminal somente poderá ocorrer por conta de alguma excludente de natureza penal, que não vai vincular o juízo cível de maneira alguma, não se necessitando, desta feita, da apuração do fato na esfera criminal e se permitindo, desde logo, o aforamento da ação civil' (f. 57).
Verifica-se que, para a consideração do referido dispositivo legal, faz-se necessário que a ação cível se origine de fato 'que deva ser apurado no juízo criminal', o que, pelas conclusões a que chegou o acórdão recorrido, não ocorre na hipótese posta nos presentes autos. Nessa esteira de raciocínio, entendo que tal regra não deve ser aplicada (Ag 1130641, decisão monocrática/STJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 06.05.2009).

2) Civil. Responsabilidade civil do Estado. Prescrição. - Se o ato do qual pode exsurgir a responsabilidade civil do Estado está sendo objeto de processo criminal, o termo inicial da prescrição da ação de reparação de danos inicia, excepcionalmente, da data do trânsito em julgado da sentença penal. Recurso especial conhecido e improvido (REsp 137.942/RJ, 2ª Turma/STJ, Rel. Ari Pargendler, j. em 05.02.1998, *DJ* de 02.03.1998).

3) [...] Cuida-se de pleito indenizatório, decorrente do falecimento do filho da autora, com responsabilidade imputada a policiais militares e rodoviários.
Nos termos do art. 206, § 3º, V, do Código Civil, prescreve em três anos 'a pretensão de reparação civil'. Com a violação do direito, diz o art. 189 do diploma civil, nasce para o titular a pretensão, que se extingue, pela prescrição, no prazo estipulado em lei.
O termo inicial, portanto, é a data em que ocorre a violação do direito. No caso dos autos, a data em que faleceu o filho da autora. Nesse momento foi violado o direito, nascendo a pretensão indenizatória.
De todo irrelevante que a autora somente tenha tido conhecimento da responsabilidade dos policiais no momento em que viu o laudo necroscópico. Esse momento não pode ser tido, em absoluto, como termo inicial do lapso prescricional.
Por outro lado, o art. 200 do Código Civil, segundo o qual, 'quando a ação se origina de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva', expressamente invocado pela autora, não tem qualquer aplicação ao caso dos autos.
O ilícito civil, invocado como base da ação indenizatória, não depende, para justificar a pretensão, de apuração no juízo criminal.
Até porque, como se sabe, o ilícito civil difere do ilícito penal, não ontologicamente, mas em grau, mais grave este último.
Há independência entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil.
Bem decretada a prescrição, portanto (AC 7872995100, 1ª Câmara de Direito Público/TJSP, j. em 12.08.2008, *DJ* de 18.08.2008).

4) A pretensão de receber indenização por danos morais e materiais, em virtude de responsabilidade civil, tem prazo prescricional de três anos, consoante disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/02. É inaplicável a suspensão do prazo prescricional prevista no art. 200 do Código Civil de 2002 nos casos em que o ajuizamento de ação civil independe do ajuizamento de ação penal (AC 1.0024.08.970.937-2/001, 17ª Câmara Cível/TJMG, Rel. Des. Irmar Ferreira Campos, j. em 26.03.2009, *DJ* de 17.04.2009).

5) Ementa: Apelação cível. Indenização. Acidente de trânsito. Prescrição. Ocorrência. Prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil vigente. Aplicabilidade da lei nova. Inteligência do art. 2.028 do Código Civil de 2002. Inaplicabilidade do art. 200 do Diploma Civil.
- Tratando-se de ação em que se busca reparação civil, o prazo prescricional é o de 3 (três) anos, previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, em decorrência da aplicação da norma de transição contida no art. 2.028 do mesmo diploma legal.
- A regra do art. 200 do Código Civil só se aplica aos casos em que ocorra intercomunicação entre as jurisdições cível e criminal, ou seja, em situações em que o julgamento criminal poderá interferir no plano da responsabilidade civil (AC 1.0016.07.071.901-4/001, 9ª Câmara Cível/TJMG, Rel. Des. José Antônio Braga, j. em 03.03.2009, *DJ* de 30.03.2009).

A contrario sensu:

Recurso especial. Alínea *a*. Responsabilidade civil do Estado. Ação indenizatória. Prescrição. Termo inicial. Trânsito em julgado da sentença criminal. Art. 1º do DL nº 20.910/32.
O prazo prescricional da ação de indenização proposta contra pessoa jurídica de direito público é de cinco anos (art. 1º do Decreto nº 20.910/32). O termo inicial do quinqüênio, na hipótese de ajuizamento de ação penal, será o trânsito em julgado da sentença nesta ação, e não a data do evento danoso, já que seu resultado poderá interferir na reparação civil do dano, caso constatada a inexistência do fato ou a negativa de sua autoria.
Recurso conhecido e provido (REsp 351867/SP, 2ª Turma/STJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 06.12.2005, *DJ* de 13.02.2006).

Logo, a sentença merece reforma, porque configurada, em parte, a prescrição.

Contudo, quando do fato ensejador da ação - morte de M.R. em 28.03.1999 -, os autores R.e J., filhos da vítima, eram menores, estando o primeiro com 14 anos (data de nascimento 16.04.1984 - f. 31) e a segunda com 9 anos (data de nascimento 21.11.1989 - f. 33-v.).

Nos termos do *caput* do art. 9º do CC/1916, aplicável ao caso em razão da data da morte de M.R., fato ensejador do pedido de reparação de danos, e em razão de a lei nova, que reduziu para 18 anos a maioridade, não poder retroagir para alcançar direito material, a maioridade civil ocorria com a idade de 21 (vinte e um) anos.

Previa o *caput* do art. 9º do CC/1916: "Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil [...]."

A menoridade do autor R. durou até 16.04.2005, e a menoridade da autora J. durará até 21.11.2010.

Nos termos do art. 169, I, do CC/1916, atual art. 198, I, do NCC, o prazo prescricional não corre contra o absolutamente incapaz.

Consta do CC/1916:

CAPÍTULO II - DAS CAUSAS QUE IMPEDEM OU SUSPENDEM A PRESCRIÇÃO
Art.168. Não corre a prescrição:
I - entre cônjuges, na constância do matrimônio;
II - entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder;
III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores e curadores, durante a tutela ou curatela;
IV - em favor do credor pignoratício, do mandatário, e, em geral, das pessoas que lhe são equiparadas, contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas, ou seus herdeiros, quanto ao direito e obrigações relativas aos bens confiados à sua guarda.
Art.169. Também não ocorre a prescrição:
I - contra os incapazes de que trata o art. 5º;
II - contra os ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados, ou dos Municípios;
III - contra os que se acharem servindo na armada e no exército nacionais, em tempo de guerra.
Art.170. Não corre igualmente:
I - pendendo condição suspensiva;
II - não estando vencido o prazo;
III - pendendo ação de evicção.

> Art.171. Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros, se o objeto da obrigação for indivisível.
>
> Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
> I - os menores de dezesseis anos;
> II - os loucos de todo gênero;
> III - os surdos-mudos, que não puderem exprimir sua vontade;
> IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

O presente caso se encaixa na previsão contida no art. 5º, I, do CC/1916, que na atualidade equivale ao art. 3º, I, do NCC.

Sobre o tema leciona a doutrina:

> Os absolutamente incapazes de que trata o art. 5º do Código Civil de 1916 não podem, por si, exercitar ação alguma para fazer valer o seu direito. E tal se dá porque estão impedidos de exercer os atos da vida civil. Logo, contra eles a prescrição não corre durante a tutela (SANTOS, Ulderico Pires dos. *Prescrição* - doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 32).

Nesse sentido:

> 1) De acordo com o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, o prazo prescricional não corre contra os incapazes (AgRg no REsp 780545/RJ, 6ª Turma/STJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 16.12.2008, *DJ* de 02.03.2009).
>
> 2) Agravo regimental no recurso especial. Prescrição em desfavor de incapaz. Não ocorrência. - Não corre o prazo prescricional em desfavor do incapaz. Nesse sentido: REsp 696.331/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* de 22.10.2007 e REsp 203.631/SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 09.05.2005. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 969.068/ES, 5ª Turma/STJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 18.11.2008, *DJ* em 02.02.2009).

No caso, os autores R. e J. eram absolutamente incapazes, quando da morte de M.R., sendo que o primeiro atingiu a idade de 16 anos em 16.04.2000 (f. 31) e a segunda, em 21.11.2005 (f. 33-v.).

Portanto, é a partir da idade de 16 anos, quando os autores R. e J. se tornaram relativamente incapazes nos termos do art. 6º, I, do CC/1916, é que teve início a contagem do prazo prescricional de três anos previsto no art. 206, § 3º, V, do NCC, já que até então a prescrição não iniciara.

A presente ação é de 25.06.2008 (f. 02-v.).

Para o autor R., o prazo prescricional de 3 anos teve início após a entrada em vigor do NCC, em janeiro de 2003, já que nessa época ele já era relativamente incapaz (18 anos - f. 31). Ele, portanto, tinha até janeiro de 2006 para o ajuizamento da ação. Logo, com relação ao autor R., a prescrição também se confirma.

Com relação à autora J., o prazo prescricional somente teve início a partir da data em que ela se tornou relativamente incapaz, ou seja, quando atingiu 16 anos de idade. Isso se deu em 21.11.2005 (f. 33-v.).

Aplicando-se ao caso o prazo prescricional de 3 anos, a autora J. tinha até a data de 21.11.2008 para o ajuizamento da ação de reparação de danos decorrentes da morte de sua mãe. Não há falar, portanto, em prescrição com relação a ela.

Mediante tais considerações, tenho que o agravo retido aviado pelo réu merece ser provido em parte, visto que a prescrição alcançou o direito dos autores R., R. e M.R. A prescrição não alcançou a autora J.

Preliminar.

Não foram arguidas preliminares nos presentes recursos.

Mérito.

a) Primeira apelação - do réu:

O réu apelou da sentença na qual foi condenado a pagar pensão aos autores R. e J., indenização por danos morais a todos os autores e a reembolsá-los das despesas com o funeral de M.R.

A tese do apelante é a de que o homicídio se deu por culpa exclusiva da vítima e em legítima defesa da tranquilidade do lar, excludentes que afastam sua responsabilidade civil de indenizar os autores. Alternativamente, pediu a redução do valor das indenizações.

Diante do reconhecimento da prescrição com relação aos autores R., R. e M.R., as circunstâncias alegadas na apelação do réu serão analisadas somente com relação à autora J.

Examinando tudo o que dos autos consta, tenho que assiste razão parcial ao apelante. Vejamos.

O Código Civil/1916, aplicável ao caso em razão da data do homicídio de M.R. (28.03.1999), determina que tem responsabilidade civil de indenizar a vítima que sofreu dano moral e material, aquele que praticou a conduta antijurídica e causou diretamente o prejuízo.

É o que dispõe o CC/1916:

> TÍTULO II - DOS ATOS ILÍCITOS
> Art.159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.
> A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.
> Art.160. Não constituem atos ilícitos:
> I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
> II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520).
> Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

> Art.1.537. A indenização, no caso de homicídio, consiste:
> I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
> II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

Para a configuração da obrigação de indenizar por ato ilícito, exige-se a presença de três elementos indispensáveis que, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira, constituem-se:

> a) em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, por comissão ou por omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer; b) em segundo lugar, a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; c) e em terceiro lugar, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre um e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido o atentado ao bem jurídico (*Instituições de direito civil*. *Introdução ao direito civil*. Teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 661).

Portanto, necessário analisar a presença dos requisitos "dano", "nexo causal" e "conduta antijurídica" do réu, ora apelante, além da ocorrência de excludente de ilicitude que eventualmente afaste a culpa do apelante.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal de 1988 previu o direito de ressarcimento por dano moral, ao dispor:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> [...]
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...].

Quanto ao dano moral sofrido pela autora J., decorrente da morte de sua mãe de forma abrupta, por homicídio, quando ainda estava com nove anos de idade, tenho que este é indiscutível, havendo dano moral puro pela perda do ente querido, dano que é conceituado da seguinte maneira:

> São lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos da sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhes constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Os danos morais atingem, pois, as esferas íntima e valorativa do lesado, enquanto os materiais constituem reflexos negativos no patrimônio alheio (BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais, *Tribuna da Magistratura*, p. 33). (Ap. 294763-9/Ipatinga, 3ª Câmara Cível/TAMG, Rel. Juiz Duarte de Paula, j. em 23.02.2000).

> [...] O dano moral é consequência direta de um comportamento reprovável que, ao se distanciar dos pressupostos de razoabilidade que norteiam as relações humanas, é capaz de manchar o conceito social da vítima perante a comunidade onde ela vive ou se encontra e ou de diminuir, de forma injustificada e violenta, o juízo de valor que ela tem de si própria enquanto ser físico, emocional, racional e espiritual (Ap. 400.009-1/São Sebastião do Paraíso, 4ª Câmara Cível/TAMG, Rel. Juiz Domingos Coelho, j. em 13.08.2003).

No caso, não há falar em ausência de dano moral diante da suposta relação maternal de má qualidade prestada pela vítima à autora J., porque nos autos não há prova de que a apelada não tenha sofrido com a morte da mãe, sendo este caso de dano moral puro, presumível diante da ausência de provas que o derrua.

A indenização que serve para reparar o dano moral não está atrelada ou condicionada estritamente à condição financeira da autora ou do réu. O dano moral, dessarte, decorre da dor íntima pela perda da mãe.

A indenização por dano moral não tem qualquer relação com os reflexos patrimoniais que a ofendida suportou com o evento, tendo natureza eminentemente compensatória pela dor sofrida.

Nesse sentido:

> [...] O dano moral, se decorrente de uma situação potencialmente danosa, prescinde de qualquer reflexo patrimonial na vida do ofendido, visto tratar-se de uma ofensa direta à sua intimidade e à sua auto-estima [...] (Ap. 407.889-7/Belo Horizonte, 5ª Câmara Cível/TAMG, Rel. Juiz Elias Camilo, j. em 04.12.2003).

Quanto ao valor, inexistem parâmetros legais para o arbitramento do dano moral, como leciona Yussef Said Cahali:

> Inexistem parâmetros legais para arbitramento do valor da reparação do dano moral, a sua fixação se faz mediante arbitramento nos termos do art. 1.553 do Código Civil/1916.
> À falta de indicação do legislador, os elementos informativos a serem observados nesse arbitramento serão aqueles enunciados a respeito da indenização do dano moral no caso de morte de pessoa da família, de abalo da credibilidade e da ofensa à honra da pessoa, bem como do dote a ser constituído em favor da mulher agravada em sua honra, e que se aproveitam para os demais casos (*Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,1998, p. 705).

Apesar de o dano moral ser de difícil apuração, dada a sua subjetividade, deve o julgador atentar para a sua extensão, para o comportamento da vítima, para o grau de culpabilidade do ofensor e para a condição

econômica de ambas as partes, de modo que o ofensor se veja pedagogicamente repreendido a não repetir o ato, e a vítima se veja compensada pelo prejuízo experimentado, sem, contudo, ultrapassar a medida dessa compensação, sob pena de provocar o enriquecimento sem causa e dar causa a desproporcional empobrecimento do ofensor.

No caso, analisando as circunstâncias do fato, de grave consequência em face da morte de uma pessoa, as condições das partes, a elevada culpabilidade do réu e os parâmetros suprarreferidos, tenho como razoável a indenização fixada na sentença em favor da autora J., no valor de R$ 50.000,00, que equivale a aproximadamente 107 salários-mínimos, inclusive por corresponder aos atuais parâmetros adotados por este Tribunal para casos semelhantes, de morte.

Nesse sentido:

> 1) Processual civil. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Instituto penal agrícola. Homicídio. Indenização por danos morais pleiteados pela esposa da vítima. Alegada violação dos arts. 165, 458, II, e 535, II, do CPC. Não ocorrência. Valor da reparação. Majoração. Possibilidade. Precedentes. Parcial provimento.
> 1. [...]
> 2. O STJ consolidou orientação de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Excepcionalidade configurada.
> 3. Considerando-se as circunstâncias do caso, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização de vinte salários-mínimos é manifestamente irrisória e desproporcional à extensão do dano moral sofrido pela recorrente em razão do homicídio do marido em estabelecimento prisional, devendo, portanto, ser aumentada para cem salários-mínimos (correspondente, hoje, a R$ 38.000,00).
> 4. O direito subjetivo da recorrente à indenização por danos morais proporcional ao dano (CF/88, art. 5º, V e X) não pode ser prejudicado em razão da gravidade do crime cometido pela vítima, sob pena de se lhe transferir, indiretamente, os efeitos da condenação criminal do marido, o que viola o princípio constitucional da intranscendência da pena (CF/88, art. 5º, XLV).
> 5. Recurso especial parcialmente provido, apenas para se aumentar o valor da condenação (REsp 704873/SP, 1ª Turma/STJ, Rel.ª Min.ª Denise Arruda, j. em 19.06.2007, *DJ* de 02.08.2007).

> 2) Ação de indenização. Aditamento da apelação. Preclusão consumativa. Não conhecimento. Acidente de trânsito. Morte de ciclista. Culpa do motorista. Responsabilidade do proprietário do veículo. Danos materiais. Obrigação de prestar alimentos. Fixação da pensão. Limite temporal. Danos morais. Obrigação de indenizar. Arbitramento da quantia. Fixação razoável [...].
> - Na falta de regras precisas para a fixação da indenização por danos morais, deve tal fixação ocorrer ao prudente arbítrio do juiz, que, da análise das circunstâncias do caso concreto, e informado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, determinará o valor mais condizente com o grau da culpa do agente e a extensão do prejuízo sofrido.
> - Na indenização por danos morais, deve-se atentar não somente para as condições da vítima, mas também para as do causador do dano [...].
> - Com base em tais considerações e em face das circunstâncias do caso concreto, entendo que deve ser mantida a verba indenizatória de R$ 50.000,00, razão pela qual, nesse ponto, não deve ser acolhida nenhuma das pretensões formuladas nas três apelações (AC 474.406-7/Governador Valadares, 5ª Câmara Cível/TAMG, Rel. Juiz Elpídio Donizetti, j. em 16.03.2005).

> 3) [...] Culpa do réu. Não observância de sinal de parada obrigatória. Art. 208 do Código de Trânsito. Infração gravíssima. Vítima maior. Ausência de comprovação de dependência econômica. Reparos da moto. Gastos com funeral e sepultamento. Prova documental. Dano moral. Valor razoável [...].
> - A nosso aviso adequado o valor de R$ 30.000,00 a título de indenização por dano moral, montante equivalente a 100 salários-mínimos atuais, considerando-se que a morte, causa comoção em todo ser humano e a do filho dos autores, certamente, causou-lhes sofrimento imenso, terrível (AC 508.713-4/Belo Horizonte, 17ª Câmara Cível/TJMG, Rel. Des. Mariné da Cunha, j. em 12.05.2005).

Lado outro, as demais verbas condenatórias fixadas na sentença, reembolso do valor pago pelo funeral e pagamento de pensão mensal, decorrem da norma imperativa do art. 1.537 do CC/1916 supratranscrito.

O documento de f. 327/328 comprovou o valor pago pelo funeral de M.R.C., de R$ 392,00, não havendo falar em excesso.

Contudo, tal valor não foi pago pela autora J., que inclusive era criança à época. Quem arcou com o pagamento do funeral de M.R. foi seu ex-marido, pai dos autores R. e J., W.R.M., conforme f. 327/328, pessoa estranha à lide, razão pela qual o apelante não pode ser condenado ao reembolso das despesas de funeral em favor da apelada J.

Nesse sentido, leciona Cláudio Luiz Bueno de Godoy ao interpretar o art. 948 do NCC, equivalente ao art. 1.537 do CC/1916:

> No inciso I, estabelece-se a obrigação ressarcitória de despesas experimentadas no tratamento da vítima, com seu funeral e luto da família. É evidente que a recomposição se faz diante de quem tenha efetivado as mesmas despesas [...] (*Código Civil comentado*. Coordenação: Ministro Cezar Peluso. Barueri/SP: Manole, 2007, p. 792).

Logo, é nesse ponto específico que o apelante tem razão porque realmente não cabe o reembolso das despesas com o funeral de M.R. em favor da apelada J.

Já quanto à pensão, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Embora a vítima tenha sido qualificada no boletim de ocorrência como "do lar" (f. 47), não há prova nos autos de que ela, separada do marido, não exercia atividade informal remunerada ou não contribuía com o

custeio das despesas de sua filha menor ou mesmo da casa, sendo tal prova imputável ao apelante, consoante a regra disposta no art. 333, II, do CPC.

Releva ainda considerar que a apelada litiga sob o benefício da assistência judiciária, cujo pedido não foi impugnado pelo apelante, indício de que ela não pertence a uma família abastada, fato que só vem a reforçar a ideia do prejuízo causado com a ausência de sua mãe para a economia do lar, pois, como é cediço, em se tratando de família de média ou baixa renda, a mantença do grupo é fruto da colaboração de todos, de modo que o direito ao pensionamento não pode ficar restrito à prova objetiva da percepção de renda, na acepção formal do termo.

Nesse sentido:

> 1) Recurso especial. Omissão do acórdão recorrido. Inexistência. Responsabilidade civil. Atropelamento e morte por composição férrea. Vítima. Dona-de-casa. Indenização por dano material. Cabimento. Pensionamento aos filhos. Limite de idade. Culpa recíproca. Distribuição proporcional dos ônus sucumbenciais.
> [...]
> II - O fato de a vítima não exercer atividade remunerada não nos autoriza concluir que, por isso, não contribuía ela com a manutenção do lar, haja vista que os trabalhos domésticos prestados no dia-a-dia podem ser mensurados economicamente, gerando reflexos patrimoniais imediatos.
> [...]
> IV - Em casos que tais, o pagamento da pensão será devido aos filhos menores até o limite de vinte e cinco anos de idade, quando, presumivelmente, os beneficiários terão concluído sua formação, inclusive em curso universitário, não mais se justificando o vínculo de dependência [...] (REsp 402443/MG, 3ª Turma/STJ, Rel. Min. Castro Filho, j. em 02.10.2003, *DJ* de 1°.03.2004).

> 2) Ementa: Ação de indenização. Acidente de trânsito. Desembarque. Portas abertas. Ônibus em movimento. Dano moral. Critérios. Pensionamento. Danos materiais. Honorários advocatícios. Seguro. Apólice. Cobertura.
> [...]
> Ausente a prova dos rendimentos da vítima, a pensão deve ser fixada no valor de um salário-mínimo [...] (AC 1.0702.03.067.068-2/001, 10ª Câmara Cível/TJMG, Rel. Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade, j. em 17.02.2009, *DJ* de 13.03.2009).

Nesse caso, como a verba decorre de lei e inexistindo comprovação nos autos do montante percebido mensalmente a título de rendimentos pela vítima M.R., mãe da apelada J., a pensão deve ser arbitrada tomando por base 1 (um) salário-mínimo, sendo este o importe que deve prevalecer, pois presume-se que nenhum trabalhador possa auferir renda menor como prevê o art. 7°, VI, da CF.

Na sentença, foi determinado o pagamento da pensão em favor da autora J. no valor de meio salário-mínimo, quantia menor que a frequentemente fixada em casos que tais, quando determinada a dedução de somente um terço do salário-mínimo a título de manutenção pessoal da vítima.

Nesse sentido:

> 1) Pensionamento mensal devido às respectivas mães pela morte dos filhos em acidente causado por caminhão dirigido por preposto dos recorrentes, em valores equivalentes a 2/3 dos rendimentos das vítimas, até a data em que completariam 25 anos de idade, reduzido, então, para 1/3 até a data em que atingiriam 65 anos. Precedentes desta Corte (REsp 713.764/RS, 4ª Turma/STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 04.03.2008, *DJ* de 10.03.2008).

> 2) Danos morais e materiais devidos, estes, na esteira de precedentes jurisprudenciais, em 2/3 do salário-mínimo até a idade em que o *de cujus* completaria 25 anos, reduzido para 1/3 a partir de então, em face da suposição de que constituiria família, aumentando suas despesas pessoais com o novo núcleo formado, extinguindo-se a obrigação após alcançada a sobrevida provável, de acordo com tabela utilizada pela Previdência Social (REsp 388300/SP, 4ª Turma/STJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 17.09.2002, *DJ* de 25.11.2002).

Logo, tenho que os danos morais e materiais sofridos pela apelada restaram comprovados nos autos, não havendo falar em exorbitância das quantias fixadas a título de indenização que implique necessária redução.

Em segundo lugar, tenho que os demais requisitos exigidos para a configuração da responsabilidade civil do apelante também restaram demonstrados nos autos.

Constam da denúncia todos os fatos que levaram M.R. à morte (f. 39/42):

> Em 28 de março de 1999, por volta das 23h30min, nas escadarias da área de circulação interna do Edifício Ana Vitória, situado na [...], agindo com *animus necandi*, mediante golpes de faca, o denunciado produziu em M.R.C.O.S. os ferimentos descritos no relatório de necropsia de f. 114/117, ferimentos estes que, por sua sede e natureza, foram causa do óbito da vítima.
> Conforme apurado, em dezembro de 1998, o denunciado e sua família se mudaram para o referido edifício, ocupando o apartamento 201. No prédio já residia a vítima, moradora do apartamento 301.
> A vítima, pessoa temperamental, era conhecida por sua irritabilidade e pouca cordialidade para com seus vizinhos, sendo certo que muitos reclamavam de balbúrdias diurnas e noturnas que em sua residência ocorriam.
> [...]
> Na data fatídica, durante o dia, M.R., novamente se indispôs com o denunciado, perturbando-lhe o sossego e dele caçoando aos brados, da janela de seu apartamento.
> À noite, encolerizado, percebendo da cozinha de seu apartamento que M.R. subia as escadarias do prédio rumo à residência dela, o denunciado, armado com uma faca, de inopino, abriu a porta de serviço de sua unidade residencial e, interceptando a vítima, passou a esfaqueá-la seguidas vezes.
> Surpreendida e ferida, a vítima começou a descer as escadarias do prédio com a intenção de fugir às investidas de M. [...].
> Inclemente e alheio aos desesperados apelos da vítima,

> agindo com nítido sadismo, o denunciado M. não teve nenhum escrúpulo em perseguir a vítima escadaria abaixo, esfaqueando-a no percurso, levando-a a extrema agonia e terror, até encurralá-la no andar térreo do edifício.
> [...].
> Por fim, coroando em êxito sua empreitada macabra, M. H. cravou sua faca no coração da vítima, ali deixando a arma para, ato contínuo, colocar-se em fuga.
> M.R. faleceu após sofrer 43 golpes de faca.

O próprio apelante não negou a materialidade nem a autoria. Ao contrário, confessou ter matado, a facadas e de forma premeditada, M.R., mãe da apelada J., em razão de desentendimentos de vizinhança.

Na sentença de procedência da denúncia, foi reconhecida a confissão do apelante (f. 59/61), declarada na Delegacia Especializada em Homicídios, conforme f. 142/146.

Ora, a prática de homicídio é antijurídica, cuja conduta está tipificada como crime no art. 121 do Código Penal.

Lado outro, no caso, não restaram verificadas as excludentes de ilicitude apontadas pelo apelante.

O apelante sustentou que o homicídio se deu por culpa exclusiva da vítima e em legítima defesa da tranquilidade de seu lar, excludentes que afastariam sua responsabilidade civil de indenizar os autores.

Contudo, tais excludentes não restaram configuradas nem comprovadas no presente caso, e tal prova incumbia ao apelante, a teor do art. 333, II, do CPC.

Sobre a excludente de ilicitude "culpa exclusiva" e sobre o "nexo causal" ensina a doutrina:

> 1) Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade.
> É o que se dá quando a vítima é atropelada ao atravessar, embriagada, uma estrada de alta velocidade; ou, quando o motorista, dirigindo com toda a cautela, vê-se surpreendido pelo ato da vítima que, pretendendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo. Impossível, nestes casos, falar em nexo de causa e efeito entre a conduta do motorista e os ferimentos, ou o falecimento, da vítima (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 717).

> 2) Embora a lei civil codificada não faça qualquer menção à culpa exclusiva da vítima como causa excludente da responsabilidade civil, a doutrina e o trabalho pretoriano construíram a hipótese, pois, como se dizia no Direito Romano: *Quo quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*.
> Como ensina Aguiar Dias, a conduta da vítima como fato gerador do dano elimina a causalidade.
> Realmente, se a vítima contribuiu com ato seu na construção de elementos do dano, o direito não se pode conservar alheio a essa circunstância (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 89).

No caso, não há falar em culpa exclusiva da vítima, pois o nexo causal está entre os golpes de faca desferidos pelo apelante e as lesões encadeadoras da morte de M.R., sendo que o crime foi confessado pelo réu, nos termos do art. 13 do Código Penal, que dispõe: "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

Nenhuma atitude da vítima ensejou nexo de causa com os ferimentos que levaram à sua morte. Ao contrário, há prova de que M.R. tentou-se desvencilhar das agressões do apelante para proteger sua vida.

Sobre a excludente de ilicitude "legítima defesa" ensina a doutrina:

> Na lição proferida por Caio Mário, observou-se que, embora a civilização tenha eliminado a faculdade de o indivíduo fazer justiça por suas próprias mãos, reconhece, contudo, situações em que pode repelir, pela força, a agressão ou a ameaça de agressão: *vim vi repellere licet*.
> [...]
> A lei civil, contudo, deixou de definir em que consiste a legítima defesa, devendo-se buscá-la no direito criminal.
> Em face de uma agressão injusta, dirigida contra a própria pessoa ou de seus familiares, ou contra os seus bens, o indivíduo adota medida defensiva com que repelirá o agressor.
> São pressupostos da legítima defesa: a) a iniciativa da agressão por parte de outrem, sem que do agente tenha partido qualquer agressão ou provocação; b) que a ameaça de dano seja atual ou iminente; c) que a reação seja proporcional à agressão (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 97).

No caso, também não há falar em legítima defesa, por mais que M.R. tivesse gênio difícil e fosse uma vizinha de penoso convívio, como restou demonstrado pelas provas dos autos.

Os supostos incômodos à tranquilidade do lar do apelante e de sua família, com as provocações constantes de M.R., não poderiam implicar tão violenta reação, sendo vedado em nosso ordenamento jurídico que o cidadão faça justiça com as próprias mãos.

A vítima não tomou iniciativa de agredir fisicamente o apelante, nem o ameaçou fisicamente no momento em que houve o ataque do apelante, nem mesmo a reação do apelante foi proporcional à agressão verbal feita pela vítima à sua pessoa.

Logo, não há falar em legítima defesa da tranquilidade do lar, circunstância não prevista no ordenamento jurídico, que só prevê legítima defesa própria e de terceiro em caso de ameaça real de molestação física. Além disso, os meios utilizados pelo apelante para proteger sua família das constantes agressões verbais da vítima não foram necessários nem moderados a repelir a mera ofensa verbal, que nem sequer foi atual ou iminente.

Mediante tais considerações e provados os requisitos exigidos para a configuração da responsabilidade

civil de indenizar, a condenação imposta ao apelante na sentença deve ser mantida, exceto quanto ao reembolso das despesas de funeral.

b) Segunda apelação - dos autores.

Os autores apelaram, pedindo a restituição das despesas com tratamentos psicológicos e aplicação de multa por descumprimento da ordem de constituição de capital.

Diante da verificação da prescrição com relação aos autores R., R. e M.R., o presente recurso será analisado somente com relação à autora J.

Examinando tudo o que dos autos consta, tenho que assiste razão parcial à apelante. Vejamos.

Na inicial (alínea *a* de f. 28), a autora pediu restituição das despesas com tratamento psicológico, mas não juntou na oportunidade qualquer comprovante de pagamento a esse título.

O documento de f. 329 comprova que o autor R. frequentou sessões de psicanálise no período entre abril de 1999 a janeiro de 2003, tendo tal fato contado também com prova testemunhal (f. 372). Contudo, tal prova não se presta à pretensão da autora J.

Inexistindo prova constitutiva do direito ao reembolso, nos termos do art. 333, I, do CPC, não se há falar em condenação do apelado à restituição dos valores pagos por tratamento psicológico em favor da autora J.

Melhor sorte assiste à apelante quanto à multa.

Havendo condenação do apelado ao pagamento de prestação mensal de natureza alimentar na forma de pensão, necessária a constituição de capital que garanta tal verba, nos termos do art. 475-Q do CPC e da Súmula 313 do STJ, que dispõem:

> Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.
>
> Súmula 313. Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado.

Na atualidade, é temerário, em face da celeridade das variações e das incertezas econômicas, concluir que um particular, mesmo com situação financeira sólida e confortável, permanecerá, por longo prazo, com o mesmo *status* econômico em que presentemente possa se encontrar. Portanto, a cautela recomenda a constituição de um capital, ou a prestação de uma caução fidejussória, para garantia do recebimento das prestações de natureza alimentar de quem na causa foi vencedor.

Com relação ao pedido de fixação de multa para o apelado, em caso de descumprimento da condenação de constituição de capital, entendo que é recomendável a sua imposição no caso em questão, pois consistirá em mais uma garantia para a apelante, a fim de obter o cumprimento do comando judicial.

Dispõe o art. 461, *caput*, do Código de Processo Civil que:

> 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.

Nos termos do § 4º do mesmo dispositivo:

> 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.

Na lição de Alexandre Freitas Câmara:

> Denomina-se *astreinte* a multa periódica pelo atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, incidente em processo executivo (ou na fase executiva de um processo misto), fundado em título judicial ou extrajudicial, e que cumpre a função de pressionar psicologicamente o executado, para que cumpra sua obrigação (*Lições de direito processual civil*. 7. ed. Editora Lumen Juris, p. 261).

Nesse caso, é cabível a fixação, de ofício pelo Julgador, de *astreinte* com objetivo de assegurar o efetivo cumprimento de decisão judicial, conforme dispõe o art. 461, § 4º, do CPC.

Nesse sentido:

> 1) A constituição de capital para assegurar o pagamento de pensão por ato ilícito 'tem natureza de obrigação de fazer, comportando a imposição da multa para o seu cumprimento' (REsp 631.756, 3ª Turma/STJ, Rel. Min. Menezes Direito, *DJ* de 06.09.05).
>
> 2) É perfeitamente possível a aplicação de multa diária no caso de descumprimento da determinação de constituição de capital para assegurar o pagamento de pensão mensal, porquanto tem natureza jurídica de obrigação de fazer (AC 1.0024.03.971.657-6/001, 12ª Câmara Cível/TJMG, Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. em 08.10.2008, *DJ* de 27.10.2008).

Logo, assiste razão à apelante somente quanto à possibilidade de aplicação de multa por descumprimento da obrigação de constituir capital garantidor da pensão.

Dispositivo.

Isso posto, dou parcial provimento ao agravo retido de f. 301/311, para reconhecer a prescrição do direito dos autores R., R. e M.R., com base no art. 206, § 3º, V, do NCC, e, consequentemente, extinguir o processo com resolução de mérito (art. 269, IV, do CPC) com relação a eles; dou parcial provimento à primeira apelação apenas para afastar da condenação imposta ao réu o reembolso das despesas de funeral, na importância de R$ 392,00, e dou parcial provimento à

segunda apelação para impor multa de R$ 100,00 ao dia pelo descumprimento da ordem de constituição de capital garantidor da pensão, limitada ao valor integral da pensão.

Em razão da sucumbência recíproca, os autores arcarão com a metade das custas do processo e com honorários advocatícios que ora arbitro em R$ 930,00 (art. 20, § 4º, do CPC), e o réu arcará com metade das custas do processo e com honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC), possibilitada a compensação (Súmula 306 do STJ). Observada a Lei 1.060/50 para ambas as partes.

Custas de ambos os recursos, pelo réu, observada Lei 1.060/50.

DES. LUCAS PEREIRA - De acordo.

DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO AGRAVO RETIDO E ÀS PRIMEIRA E SEGUNDA APELAÇÕES.

...

Ensino superior - Instituição - Trabalho de conclusão de curso - Autonomia universitária - Regras próprias - Ausência de ato ilícito

Ementa: Instituição de ensino superior. Trabalho de conclusão de curso. Autonomia universitária. Regras próprias. Ausência de ato ilícito. Ação julgada improcedente.

- Não comete ato ilícito a instituição de ensino que exige a redação do trabalho de conclusão de curso de acordo com suas normas internas - de livre escolha da própria universidade, regras da ABNT e padrão culto da língua.

- Se não há ato ilícito, inexiste o dever de indenizar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.07.134922-2/001 - Comarca de Betim - Apelante: Fupac - Fundação Presidente Antônio Carlos - Apelante adesivo: Frederico Coutinho Figueiredo - Apelados: Frederico Coutinho Figueiredo, Fupac - Fundação Presidente Antônio Carlos - Relator: DES. PEDRO BERNARDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM, DE OFÍCIO, NÃO CONHECER DO AGRAVO RETIDO, REJEITAR A PRELIMINAR, DAR PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E JULGAR PREJUDICADO O ADESIVO.

Belo Horizonte, 7 de julho de 2009. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelante adesivo, o Dr. Jairo Boy de Vasconcelos Júnior.

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de ação ordinária proposta por Frederico Coutinho Figueiredo em face de Fupac - Fundação Presidente Antônio Carlos, em que o MM. Juiz *a quo*, às f. 126/129, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Inconformada com a r. sentença, apela a ré (f. 134/149), alegando que é parte ilegítima passiva, pois não possui personalidade jurídica, sendo mero órgão da entidade mantenedora, qual seja a fundação; que não há de se aplicar a teoria da aparência, pois o apelado firmou até um contrato com a fundação e deveria agir com mais zelo. No mérito, alega que a universidade goza de autonomia, nos termos do art. 207 da CF/88, e elaborou normas disciplinares específicas; que a sentença não pode se sobrepor ao entendimento exarado por uma banca examinadora para declarar um aluno aprovado; que os documentos de f. 56/68 e os depoimentos das testemunhas demonstram que o apelado foi reprovado na monografia; que a monografia apresentada não atendeu aos padrões científicos; que as alterações sugeridas pela banca não foram propositalmente juntadas com a inicial; que não houve qualquer ilícito; que não estão presentes os requisitos para a indenização por danos morais; que o recorrido não comprovou ter sofrido qualquer dano ou humilhação; que deve ser deferida a justiça gratuita à apelante, tendo em vista se tratar de fundação sem fins lucrativos.

O autor apresentou apelação adesiva de f. 170/174, alegando que a ré é uma das dez maiores universidades do País; que o valor da condenação é ínfimo; que o valor deve ser fixado em mais de R$ 25.200,00, pois este não foi suficiente para reprimir atos como o presente, que já aconteceram anteriormente.

O autor, ora apelado principal, apresentou contrarrazões (f. 160/168), alegando que a Fupac se apresenta ao público como Unipac; que a autonomia das universidades não pode ser utilizada como fundamento para conduta arbitrária; que o bojo probatório aponta para a aprovação do aluno, o que foi inclusive confessado pela universidade; que o valor dos danos morais foi fixado em valor ínfimo; que a apelante principal não faz jus à assistência judiciária, visto que é uma das 10 maiores universidades do País.

O réu, ora apelado adesivo, apresentou contrarrazões (f. 177/180), alegando que não houve qualquer ilícito a ensejar condenação no dever de indenizar; que o recurso adesivo tem o fim de gerar enriquecimento ilícito.

Preparo da apelação principal à f. 150 e ausente o preparo do recurso adesivo, em razão da assistência judiciária deferida ao autor.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminarmente.

Agravo retido: não conhecimento.

Compulsando os autos, observa-se que o autor interpôs, às f. 99/103, agravo retido contra decisão que indeferiu a inversão do ônus da prova.

No entanto, verifica-se que não foi feito pedido de análise do agravo retido, o que impede o seu conhecimento, por força do disposto no §1° do art. 523 do CPC, que assim dispõe:

> Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

As decisões abaixo citadas são nesse sentido:

> Apelação cível. Direito privado não especificado. Ação monitória. Compra e venda de máquina agrícola. Agravo retido. Art. 523, § 1°, do CPC. - Sem que haja pedido expresso da agravante formulado nas razões ou contra-razões recursais, não é possível se conhecer do agravo retido interposto durante a instrução do processo. Exegese do § 1° do art. 523 do CPC. [...]. (TJRS. Apelação n° 70009900994. 18ª Câmara Cível. Rel. Pedro Celso Dal Pra. 09.12.04.)

> Direito privado não especificado. Agravo retido. Ausência de pedido de apreciação nas contra-razões de apelação. Não conhecimento. - Não se conhece do agravo retido quando ausente pedido de apreciação expresso nas contra-razões de apelação. Inteligência do art. 523, § 1°, do CPC. [...]. (TJRS. Apelação n° 70010030559. 12ª Câmara Cível. Rel. Carlos Eduardo Zietlow Duro. 25.11.04.)

Nessas condições, considerando que não foi requerida pelo autor a apreciação do agravo retido quando da interposição do apelo adesivo, nem nas contrarrazões do recurso principal, não é o caso de conhecimento deste.

Assim, não conheço do agravo retido.

Recurso principal.

Preliminar: ilegitimidade passiva da ré.

Preliminarmente, alega a universidade que ela seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente demanda, uma vez que seria um ente despersonalizado, mantido pela Fundação Presidente Antônio Carlos.

A meu ver, a preliminar não merece prosperar.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

> Legitimidade *ad causam* é a qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, v. II, p. 303).

Compulsando os autos, verifica-se que os documentos colacionados aos autos pela ré (f. 56/70) e, ainda, a procuração de f. 41 demonstram que a ré se apresenta ao público como Unipac - Universidade Presidente Antônio Carlos, o que comprova sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

Isso porque, existindo uma situação de fato que se apresente como uma segura aparência de direito, forçoso é concluir que deve ser aplicada a teoria da aparência.

A teoria da aparência é criação recente do direito, objetivando proteger e resguardar os interesses de terceiros de boa-fé das relações jurídicas que representam exterioridades enganosas.

A respeito, ensina Arnaldo Rizzardo, no artigo "Teoria da aparência", publicado na *Revista Ajuris*, n° 24, p. 226/227:

> No entanto, a necessidade de ordem social de se conferir segurança às operações jurídicas, amparando-se, ao mesmo tempo, os interesses legítimos dos que corretamente procedem, impõe que se prevaleça a aparência do direito. A complexidade cada vez maior das relações jurídicas e das formas de vida dificulta o caminho para se chegar ao fundo das coisas e dos problemas, condicionando-os a acreditar na feição externa da realidade com a qual nos defrontamos. A rapidez e a segurança do comércio, a quantidade de negócios comuns que se impõem diariamente, os compromissos que se avolumam constantemente, o condicionamento da vida a uma dependência de relações contratuais inevitável, entre outros fatores, formam as causas que levam o homem a não dar tanta importância ao conteúdo dos atos que realiza, prendendo-o ao aspecto exterior dos eventos que se apresentam.
>
> As necessidades sociais e o interesse público tornam impossível conhecer a situação jurídica exata de uma pessoa ou de um bem, ou se a situação jurídica exterior corresponde, efetivamente, à interior. Quando todos pensam e tudo permite pensar que a realidade aparente é uma manifestação exterior da situação jurídica, não é correto esquecer que a ação é determinada com base em tais dados [...] Quer se busque a razão de ser da teoria da aparência 'na responsabilidade pelo risco (Crémieu), na inércia ou não exercício do direito (Marin), seja, enfim, na responsabilidade por culpa ou ne-

> gligência no exercício do direito (Planiol e Ripert)', a aparência se há de justificar pelo fundamento que decorre de inafastáveis realidades da vida, nas quais se deve considerar o que comumente acontece e o regramento da boa-fé.

O princípio da boa-fé nos contratos, o dever de lealdade das partes, a crença em situação de fato que aparenta uma situação jurídica sem ser, que manifesta o que é, e, na realidade, não é, tudo isso justifica a aplicação da teoria da aparência.

Dessa forma, rejeito a alegação de ilegitimidade de parte.

Não havendo outras preliminares a serem examinadas, passo ao exame do mérito.

Mérito.

Compulsando os autos, verifica-se que o cerne da presente controvérsia reside em saber se o apelado principal foi efetivamente aprovado no trabalho de conclusão de curso e, posteriormente, reprovado.

Na inicial alega que:

> O que mais chama a atenção é que o autor foi aprovado verbalmente pelos Membros da Banca Examinadora, quando da defesa de sua monografia, fato este que ocorreu na presença de diversas testemunhas.
> Com a promessa de aumentar a nota, os componentes da banca sugeriram ao aluno, já aprovado, que fizesse algumas alterações no trabalho, o que foi aceito [...] (f. 3/4).

Conforme se depreende dos autos, o relatório de apresentação da banca examinadora (f. 16) conclui que:

> A monografia discute tema relevante, mas de forma inconsistente e precária; há confusões na utilização do conceito de violência e referencial teórico está frágil;
> Há vários problemas linguísticos: de redação, de concordância, regência e adequação da norma culta;
> Metodologia não foi alterada como solicitado. Tratamento estatístico não foi feito adequadamente. Análise dos dados inconsistente.
> Estrutura: capítulos muito curtos e superficiais.
> Aluno não foi capaz de desenvolver o tema dentro das normas de um trabalho científico.

Ressalte-se que tal relatório foi assinado pelo Diretor Acadêmico da Universidade, respaldado nos registros de avaliação da monografia, de f. 57/65, emitido pelos professores da banca examinadora.

Assim é que, segundo a ré:

> foi dada ao autor a oportunidade de refazer seu trabalho, ante a precariedade do mesmo, tendo a banca examinadora, na oportunidade, aduzido várias considerações para o mesmo adequar seu trabalho, constante na cópia do seu trabalho, que se encontra em sua posse, e causa estranheza não ter sido juntada aos autos (f. 29).

Após detida análise dos autos, tenho que a sentença deve ser reformada.

Isso porque, a teor do disposto no art. 207 da Constituição Federal, as instituições de ensino superior gozam de autonomia para estabelecer a forma de aprovação dos alunos nas disciplinas cursadas, sendo que, se não conseguir média suficiente, as consequências deverão ser apuradas segundo as suas normas internas.

A imposição referente ao pré-requisito é permitida, ainda, pela Lei nº 9.394/96, que, no art. 47, § 1º, especifica:

> As instituições informarão aos interessados, antes de cada período letivo, os programas dos cursos e demais componentes curriculares, sua duração, requisitos, qualificação dos professores, recursos disponíveis e critérios de avaliação, obrigando-se a cumprir as respectivas condições.

Ademais, as monografias, chamadas de trabalho de conclusão de curso, devem obedecer não só às regras da universidade e às específicas do curso, como também às regras da ABNT, da norma culta, e aos critérios de lógica, o que vale para qualquer dos campos de conhecimento.

Portanto, a meu ver, o simples envio de *e-mail*, do qual não se conhece o conteúdo do anexo (f. 18), nem se sabe quem é o remetente (o domínio do *e-mail hotmail* é público e, nas folhas 57 e segs., o domínio utilizado é sempre unipac.br), após quase 4 meses da realização da banca, não tem o condão de corroborar a tese de que o autor foi aprovado pela banca.

Por sua vez, a prova oral produzida (f. 117/123) e inclusive o depoimento pessoal do autor e as testemunhas ouvidas atestaram que o autor foi orientado a fazer correções na monografia.

Segundo a testemunha compromissada:

> que o aluno fez a apresentação do trabalho que foi considerado insuficiente, tendo a banca feito novas sugestões, tendo a banca feito novas sugestões para elaboração de um novo trabalho; que o aluno elaborou o segundo trabalho e foi reprovado; que o segundo trabalho foi muito parecido com o primeiro, não tendo a banca verificado nenhuma alteração substancial que justificasse a aprovação; que o depoente fez contato telefônico com os orientadores do requerente após a primeira apresentação, tendo estes relatado ao depoente que o requerente tinha elaborado o trabalho sem a devida orientação, motivo pelo qual não podiam assumir a orientação do aluno; que durante a apresentação do primeiro trabalho a banca não disse ao requerente que ele foi aprovado (f. 120).

Assim, restou incontroverso que o aluno foi orientado a refazer o trabalho, sendo que não restou provado nos autos que existiu qualquer tipo de aprovação do trabalho de conclusão de curso.

Ao contrário do alegado pelo autor e nos termos do art. 335 do CPC, as regras da experiência comum demonstram que, se a monografia fosse aprovada, não seria necessário refazê-la.

Aliás, as irregularidades apontadas pelo relatório de f. 16 são estruturais e bastante severas para culminar numa aprovação da referida monografia.

Saliente-se que a reprovação da monografia não pode ser simplesmente anulada, sem que o aluno tenha cumprido as condições necessárias estabelecidas pela instituição para a aprovação, razão pela qual tenho que a sentença deve ser reformada.

A meu ver, a apelante não cometeu ato ilícito ou qualquer irregularidade.

Nesse sentido:

> Agravo de instrumento. Ação cautelar. Faculdade de medicina. Matérias. Pré-requisito. Possibilidade. Normas gerais de ensino. - As instituições de ensino superior têm autonomia para estabelecer a forma pela qual ocorrerá a progressão do aluno no âmbito do curso, sendo certo que, se em uma determinada matéria não conseguiu média suficiente, as consequências deverão ser apuradas segundo as suas normas internas. A recusa da instituição em permitir a matrícula em todas as matérias relativas a determinado período é resultado não somente de suas normas internas, mas, também, da lógica, uma vez que não é admissível permitir a progressão no curso de medicina, sem que o aluno detenha o conhecimento técnico necessário à harmonização com outras disciplinas da grade curricular, consideradas como pré-requisito. (Agravo nº 1.0056.07.150566-5/001 - Comarca de Barbacena - Relator: Exmo. Sr. Des. Lucas Pereira - 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 31 de janeiro de 2008.)

> Processo civil. Ação cautelar. Matrícula. Faculdade de medicina. Pré-requisito. Vedação. Normas regimentais. Fato consumado pelo tempo. - Constando, nas normas da instituição de ensino, pré-requisito para cursar a matéria pretendida, esta determinação deve ser obedecida, conforme rege a Lei de Diretrizes e Bases, que confere autonomia ao estabelecimento de ensino superior para elaborar os programas de seus cursos, bem como seus requisitos. - Consolidados, pelo decurso do tempo, os efeitos práticos da liminar, conserva-se o direito do aluno em relação às matérias aprovadas, por força da matrícula obtida por decisão judicial, sem prejuízo de submeter-se, de agora em diante, aos critérios estabelecidos pela faculdade no que concerne aos pré-requisitos de outras matérias. - Agravo não provido. (TJMG - Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.501677-5/000 - Relator Alberto Vilas Boas - j. em 22.11.2005.)

> Agravo de instrumento. Ação cautelar inominada. Aluno impedido pela faculdade de efetuar matrícula no período posterior, em razão de repetência no período anterior. Liminar concedida. Cassação. Autonomia da instituição de ensino. - As instituições de ensino superiores gozam de total autonomia para organizar e gerir seus sistemas de ensino. Assim, cabe a elas decidir, por critério objetivo de avaliação, quem está apto ou não a cursar período posterior. (Agravo de Instrumento nº 1.0056.05.102545-2/004 - Relator Luciano Pinto, j. em 09.02.2006.)

Não havendo ato ilícito, os pedidos iniciais devem ser julgados improcedentes, devendo o autor ser condenado a pagar as custas processuais, recursais e honorários advocatícios no valor de R$ 800,00 (oitocentos reais), suspensa a exigibilidade, nos termos da Lei 1.060/50.

Com a improcedência dos pedidos iniciais, inclusive da condenação ao pagamento de indenização por danos morais, resta prejudicado o apelo adesivo, já que ali se pede a majoração da indenização.

Pelo exposto, dou provimento à apelação principal, para julgar improcedente a presente demanda, nos termos do art. 269, I, do CPC. Condeno o autor a pagar as custas processuais, recursais e honorários advocatícios no valor de R$ 800,00 (oitocentos reais), suspensa a exigibilidade, nos termos da Lei 1.060/50. Julgo prejudicado o apelo adesivo.

Custas do apelo adesivo, pelo autor, suspensa a exigibilidade, nos termos da Lei 1.060/50.

Em síntese, para efeito de publicação (art. 506, III, do CPC):

- Conheceram do recurso.

- De ofício, não conheceram do agravo retido.

- Rejeitaram a preliminar e deram provimento ao apelo principal, julgando improcedente o pedido inicial.

- Julgaram prejudicado o apelo adesivo.

- Condenaram o autor a pagar as custas processuais, recursais (do apelo principal e adesivo) e honorários advocatícios no valor de R$ 800,00 (oitocentos reais), suspensa a exigibilidade, nos termos da Lei 1.060/50.

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - De acordo.

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - De acordo.

Súmula - DE OFÍCIO, NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO, REJEITARAM A PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E JULGARAM PREJUDICADO O ADESIVO.

...

Execução provisória - Intimação - Órgão oficial - Publicação - Substabelecimento sem reserva de poderes - Advogados - Nomes dos substabelecidos - Imprescindibilidade - Nulidade

Ementa: Execução provisória. Intimação. Órgão oficial. Publicação. Substabelecimento sem reserva de poderes. Advogados. Nomes dos substabelecidos. Nulidade.

- Na intimação feita pelo órgão oficial, é indispensável que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, sob pena de nulidade (CPC, art. 236, § 1º).

- Havendo substabelecimento sem reserva de poderes, é imprescindível a publicação dos nomes dos advogados substabelecidos para a regularidade da intimação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0145.07.425727-3/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: Luiz Carlos Santos - Agravada: Cia. Seguros Minas Brasil - 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.

Belo Horizonte, 19 de agosto de 2009. - *Duarte de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DUARTE DE PAULA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Luiz Carlos Santos contra a r. decisão proferida nos autos da execução provisória em face de Cia. de Seguros Minas Brasil S.A., declarou a nulidade do procedimento, bem como determinou a devolução dos valores levantados.

Alega o agravante que não existe qualquer obrigatoriedade legal para que a parte informe ao magistrado a substituição de advogado, mesmos porque incumbe o dever profissional de acompanhar os processos e prestar contas às partes. Afirma ainda a ocorrência de preclusão e coisa julgada. Por fim, sustenta não haver razão alguma para a devolução da quantia recebida.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Examinando os autos vê-se, principalmente do termo de audiência especial e das informações prestadas pelo juiz da causa, que o agravado pleiteou pela juntada de substabelecimento sem reserva de poderes, antes do ajuizamento da execução. Porém, os autos estavam neste egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, não tendo sido cadastrados os novos procuradores na presente demanda, vindo a agravada a pugnar pela nulidade de todos os atos praticados no curso da execução, tendo em vista a ausência de citação e intimação válida da mesma.

Apesar de tal requerimento, denota que o processo continuou com seu trâmite normal, tendo sido realizada a penhora *on-line* nas contas bancárias da agravada, bem como a expedição de alvará dos valores depositados em favor do agravante.

Posteriormente, a pedido do ilustre Juiz *a quo*, foi certificado pela escrivã da secretaria que o advogado da agravada foi cadastrado no Siscom somente na data de 28/11/08, o que motivou a realização da audiência de conciliação às f. 09/10, na qual foi declarada a nulidade do procedimento de cumprimento de sentença desde a certidão de intimação da agravada, bem como a devolução dos valores levantados pelo agravante.

Dito isso, apesar de as razões recursais do agravante estarem tratando sobre inexistência de obrigatoriedade legal de informação ao juízo da substituição de advogado, preclusão e coisa julgada, entendo que o cerne do recurso é apurar se há ilegalidade na publicação dos atos processuais, por não ter sido incluído na publicação o nome do advogado substabelecido.

Como já relatado anteriormente, verifica-se que houve substabelecimento sem reserva de poderes a novos procuradores, os quais foram substabelecidos com o fim específico de defender os interesses da seguradora agravada na ação principal. Porém, só houve o cadastramento no Siscom na data de 28/11/08, tendo sido as intimações e citações efetivadas no curso do processo na pessoa de outro advogado que não possui poderes para representar a ré desde 12/01/07.

Com efeito, é sabido que, na intimação feita pelo órgão oficial, é indispensável que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, sob pena de nulidade (CPC, art. 236, § 1º). Havendo substabelecimento sem reserva de poderes, é imprescindível a publicação dos nomes dos advogados substabelecidos para a regularidade da intimação.

Sobre o tema, leciona Costa Machado:

> De cada intimação relacionada devem constar, pelo menos, sob pena de nulidade, os nomes das partes (por extenso, ou somente as iniciais em caso de segredo de justiça) e os nomes dos advogados por extenso, além, é óbvio, do ato a ser praticado. Constam, ainda, normalmente o juízo, o número dos autos e o tipo de procedimento. As intimações podem ser realizadas de forma resumida. O erro na publicação acarreta nulidade e republicação. Substabelecimento, sem reserva de poderes. Advogado substabelecido. Intimação. É indispensável, para efeito de intimação, que da publicação conste o nome do advogado substabelecido. Caso de aplicação do art. 236, § 1º, do Código de Processo Civil. (AASP 1.708/181) (*Código de Processo Civil interpretado e anotado*. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 543/544).

Desse modo, tendo restado provado nos autos que houve falha do sistema judiciário e que dela adveio nítido prejuízo à seguradora agravada, impõe-se a declaração de nulidade da intimação, conforme prevê o art. 247 do Código de Processo Civil, notadamente porque não atendeu aos requisitos indispensáveis que a lei processual determina que sejam observados.

Coadunando-se com tais posicionamentos, o colendo Superior Tribunal de Justiça, já teve oportunidade de decidir.

> Processual civil. Procuração substabelecida a advogados 'sem reservas' para os substabelecentes. Inteligência dos

arts. 236, § 1° e 247 do CPC e precedente da Corte (REsp 125.019-RS). - Decisões proferidas e atos processuais praticados sem a ciência ou intimação dos advogados substabelecidos sem reservas de poderes conferida aos anteriores são nulos, mormente quando o erro material (ou lapso) que tornou viciado o provimento prolatado deveu-se à negligência da administração da Justiça, não devendo ser suportado pelo jurisdicionado o cerceamento de seu direito pela ausência da defesa que constituíra. Recurso conhecido e provido para cassar os decisórios e atos praticados e até mesmo o fazendo com o saneador para daqui prosseguir com o processo como de direito (REsp 136107/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* de 17.04.00, p. 56).

Processo civil. Julgamento da apelação. Falta da intimação. Nulidade. - A publicação de que trata o art. 552 do CPC sujeita-se ao disposto no art. 236, § 1°, do mesmo Código, devendo dela constar obrigatoriamente, sob pena de nulidade, os nomes das partes e de seus advogados. Hipótese em que houve substabelecimento, sem reserva de poderes, não constando da publicação o nome do advogado substabelecido. Nulidade reconhecida. Recurso conhecido e provido (REsp 88743/PE, Rel. Min. Paulo Costa Leite, Terceira Turma, *DJ* de 05.08.96, p. 26.354).

Processual civil. Apelação. Publicação da pauta de julgamento, com omissão do nome da advogada que passou a atuar no processo, mediante substabelecimento sem reservas de poderes. Nulidade reconhecida. Conhecimento e provimento do recurso (REsp 54397/MG, Rel. Min. Assis Toledo, Quinta Turma, *DJ* de 10.04.95, p. 9.281).

Nesse mesmo sentido, vem decidindo este egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Intimação. Substabelecimento sem reserva. Ausência do nome do advogado substabelecido. Nulidade. - Se da publicação não consta o nome do advogado substabelecido sem reservas, o ato praticado é nulo, art. 236, § 1°, do CPC (Apelação Cível 1.0024.07.480672-0/001, Rel. Des. Cabral da Silva, j. em 19.02.08).

Agravo de instrumento. Intimação. Advogado substabelecido. Ausência. Requerimento expresso. Nulidade. - Havendo requerimento expresso para que as intimações sejam direcionadas ao advogado substabelecido, é nula a intimação feita ao advogado substabelecente, independentemente de o substabelecimento ter sido firmado com reserva de poderes (Agravo de Instrumento 1.0512.03.008537-1/001, Rel. Des. Lucas Pereira, j. em 14.02.08).

Processual civil. Agravo de instrumento. Execução de sentença. Efeito suspensivo recursal. Concessão. Nulidade da execução. Ausência de intimação do novo procurador da parte substabelecido sem reserva. Prejuízo. Verificação. Nulidade dos atos praticados após juntada do substabelecimento. Culpa da máquina judiciária. Violação do devido processo legal e ampla defesa. Recurso conhecido e provido. - Havendo inegável prejuízo decorrente da não intimação do novo procurador da parte, substabelecido sem reserva, o processo resta nulo a partir de então, sendo que tal fato não se deu por culpa do advogado, mas sim da máquina judiciária, revelando violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa (Agravo de Instrumento n° 1.0024.07.465605-9/001, Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino, j. em 26.06.08).

Apelação cível. Ausência de cadastramento do procurador substabelecido. Nulidade dos atos processuais praticados sem a sua intimação. Violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. - 1 - Havendo advogado constituído pela parte, deve o mesmo ser intimado da realização dos atos praticados durante o processo, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. - 2 - A ausência de intimação do novo procurador da apelante para tomar conhecimento da audiência de instrução e julgamento acarretou-lhe prejuízos, porquanto não teve a oportunidade de produzir as provas com as quais pretendia comprovar os fatos constitutivos do seu direito (Apelação Cível n° 1.0024.02.828741-5/001, Rel. Des. Wagner Wilson, j. em 12.01.07).

Assim, a meu ver, agiu com acerto o ilustre Julgador, pois nas publicações de intimação dos atos processuais deveriam constar, obrigatoriamente, os nomes dos advogados substabelecidos. Verificando que as referidas publicações foram feitas sem os nomes dos substabelecidos, sem reserva de poderes, conclui-se pelo reconhecimento da mencionada nulidade processual, com a consequente anulação dos atos processuais posteriores.

Ademais, é tão importante a intimação, como elemento instaurador do indispensável contraditório no processo, que sem ela todo o procedimento se contamina de irreparável nulidade, que impede a sentença de fazer coisa julgada. Em qualquer época, independentemente de ação rescisória, será lícito ao réu arguir a nulidade de semelhante decisório (art. 741, I, do CPC). Na verdade, será nenhuma a sentença assim regularmente prolatada.

Da mesma forma, a ausência de intimação das partes acerca da realização dos atos processuais configura cerceamento de defesa, acarretando a nulidade do julgamento, com a consequente renovação dos atos já praticados, não se podendo falar em preclusão.

Em situação semelhante, decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Agravo de instrumento. Ação revisional. Renovação dos atos processuais ante a inobservância de cadastramento de advogado devidamente constituído. Prejuízo configurado. - É absoluta a nulidade do ato processual pela ausência de intimação do procurador de uma das partes, conforme art. 236, § 1°, do CPC. Declarada nulidade do ato, com reabertura dos prazos (Agravo de Instrumento 70023329071, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. em 17.03.08).

Por fim, como a declaração de nulidade do processo foi decretada antes do ajuizamento da execução provisória, a qual cominou com a penhora *on-line* e posteriormente com a expedição de alvará, impondo ao agravante a devolução dos valores depositados dentro do prazo estipulado pelo juiz da causa, impõe-se, assim, a manutenção da r. decisão agravada.

Feitas tais considerações, nego provimento ao recurso, para manter a r. decisão, por seus próprios fundamentos, e revogar o efeito suspensivo anteriormente concedido.

Custas, ao final pelo vencido.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SELMA MARQUES e FERNANDO CALDEIRA BRANT.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Mandado de segurança - Liminar - Relevância dos fundamentos - Verificação parcial - Risco de indevida privação do patrimônio - ISS - Cobrança - Competência

Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Liminar. Relevância dos fundamentos. Verificação em parte. Risco de indevida privação do patrimônio. ISSQN. Competência para cobrança. Município do local da efetiva prestação do serviço. Deferimento parcial da liminar pleiteada.

- A liminar em mandado de segurança se justifica em caso de relevância de fundamento e possibilidade de ineficácia da medida, se deferida apenas a final, nos termos do art. 7º, II, da Lei 1.533/51.

- Em observância ao princípio constitucional da territorialidade (art. 156, II, da CF/88), a cobrança do ISSQN é de competência do Município do local em que se verificar a efetiva prestação dos serviços.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0145.08.488214-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: GPA Construção Pesada e Mineração Ltda. - Agravado: Município de Juiz de Fora - Autoridade coatora: Secretário Municipal da Fazenda de Juiz de Fora - Relator: DES. ELIAS CAMILO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2009. - *Elias Camilo* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, a Dr.ª Gabriela Mourão.

DES. ELIAS CAMILO - Trata-se de agravo de instrumento aviado contra a decisão de f. 376/378-TJ, que, nos autos do mandado de segurança originário, indeferiu a liminar pleiteada, ao fundamento de que os documentos que instruíram a inicial não afastam a presunção de legitimidade do ato administrativo impugnado, bem como de que não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, sendo possível a reparação civil de eventual dano e, no mais, sendo admissível a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo depósito de seu montante integral.

Na peça recursal, rebela-se a impetrante, ora agravante, sustentando estarem presentes os requisitos autorizadores da concessão da liminar, com a consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sob o argumento de que o Auto de Infração nº 404.767, ora impugnado, efetua indevido lançamento sobre serviços realizados fora do Município de Juiz de Fora, escapando da competência tributária da autoridade coatora; que a natureza dos serviços prestados é de construção civil, de modo que, conforme o art. 12, *b*, do Decreto-lei 406/68 e art. 3º, III, da LC 116/2003, a competência para a cobrança do ISSQN é do local da obra, e não a da sede do estabelecimento, já tendo havido inclusive o recolhimento nos Municípios onde foram prestados os serviços contratados; que não se pode exigir do contribuinte o caminho mais árduo do depósito integral para que veja satisfeito o seu direito constitucional; e que deve ser levada em conta, por fim, a total ausência de disponibilidade financeira para que se proceda a qualquer depósito de exação fiscal, conforme se extrai do último balanço patrimonial da empresa.

Arremata requerendo a atribuição de efeito ativo ao recurso, pugnando, ao final, pelo provimento do agravo, a fim de que seja concedida a liminar requerida.

Instrui o pedido com os documentos de f. 14/380-TJ.

Admitido o processamento do agravo sob a forma de instrumento, foi indeferido o efeito ativo almejado (f. 385/388-TJ).

Requisitados informes, manifestou-se o Juízo *a quo* à f. 395-TJ, comunicando a manutenção da decisão vergastada.

Contraminuta do agravado às f. 405/410-TJ, em infirmação óbvia.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça ofertou o parecer de f. 413/416-TJ, pelo provimento do recurso aviado.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, porque tempestivo, regularmente processado e preparado, esclarecendo-se que, curvan-

do-me ao posicionamento do STJ, tenho admitido por "cabível Agravo de Instrumento contra decisão de Juízo de 1º grau que indefere ou concede liminar em Mandado de Segurança" (AgRg no REsp 955.168/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.03.2009, *DJe* de 20.04.2009).

Primeiramente, urge ressaltar que o mandado de segurança é remédio constitucional de natureza extraordinária, destinado, unicamente, à defesa de

> direito líquido e certo [...] quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, da Constituição da República).

Sobre o que seria direito líquido e certo, assim discorre o mestre Hely Lopes Meirelles:

> Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.
> Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança (*Mandado de segurança*. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 34-35).

Conclui-se, do trecho acima transcrito, que apenas aqueles direitos plenamente verificáveis, sem a necessidade de qualquer dilação probatória, é que ensejam a impetração do mandado de segurança, não se admitindo, para tanto, os direitos de existência duvidosa, decorrentes de fatos ainda não determinados.

Acrescente-se, ainda, que o provimento liminar no mandado de segurança é autorizado, justificando-se em caso de relevância de fundamento e possibilidade de ineficácia da medida, se deferida apenas a final (art. 7º, II, da Lei 1.533/51).

Na hipótese, com a devida vênia da agravante, estou convencido da existência dos pressupostos autorizadores da medida, ao menos em parte.

Isso porque entendo plausível o alegado direito líquido e certo da impetrante, no que concerne à alegação de que o Auto de Infração nº 404.767 considera, indevidamente, serviços prestados fora do Município de Juiz de Fora (ver f. 223-TJ), havendo, a meu ver, prova hábil a embasar a concessão da liminar nesse ponto.

Ora, passando ao largo da definição da natureza dos serviços prestados como construção civil, o fato é que a jurisprudência do STJ, anterior e posterior à edição da LC nº 116/2003, revela-se favorável à impetrante, por entender como competente para a exigência do ISSQN o Município onde foi realizada a prestação do serviço, pouco importando o domicílio do prestador.

Nesses termos: STJ - 1ª Turma, AgRg no Ag 762249/MG, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 28.09.2006; STJ - 2ª Turma, AgRg no Ag 763269/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 12.09.2006; STJ - 2ª Turma, REsp 443965/TO, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 25.08.2006.

Também a doutrina abaliza a tese da ora agravante:

> O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) é sempre devido (e não é só o caso de construção civil) no Município onde o serviço é positivamente prestado. É nesse Município, também, que devem ser cumpridos, pelo contribuinte, ou por terceiros a eles relacionados, os deveres instrumentais tributários (Roque Carraza *apud* MELO, José Eduardo Soares de. *Aspectos teóricos e práticos do ISS*. 2. ed. Dialética, 2001, p. 118).

De fato, em observância ao princípio constitucional da territorialidade (art. 156, II, da CF/88), a cobrança do ISSQN deve ser mesmo de competência do Município do local em que se verificar a efetiva prestação dos serviços, conforme leciona o já citado doutrinador Roque Antônio Carrazza:

> Como vimos, a Constituição traçou a regra-matriz de todos os tributos. Esta regra-matriz - que vincula o Poder Legislativo das várias pessoas políticas - indica, dentre outras coisas, o aspecto espacial possível da hipótese de incidência de cada exação (ou seja, os limites do aspecto espacial da hipótese de incidência dos tributos).
> O postulado vale também para o ISS. De acordo com a Constituição, este imposto só pode alcançar os serviços de qualquer natureza (exceto os referidos no art. 155, II, da CF) prestados no território do Município tributante. Por quê? Porque nosso Estatuto Magno adotou um critério territorial de repartição das competências impositivas que exige que a única lei tributária aplicável seja a da pessoa política em cujo território o fato imponível ocorreu.
> De conseguinte, por injunção constitucional, a lei que cria, *in abstracto*, o ISS só pode irradiar efeitos sobre os serviços prestados no território do Município que a editou (*Curso de direito constitucional tributário*. 21. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 911).

Dessa forma, tem-se como indevida, na hipótese dos autos, a tributação, pelo agravado, dos serviços prestados pela agravante em outros Municípios que não em Juiz de Fora, repita-se, sob pena de violação ao princípio da territorialidade. E, em análise perfunctória dos elementos fáticos até então evidenciados na espécie dos autos, verifica-se, do "detalhamento de contratos de prestação de serviços" realizado pela Prefeitura de Juiz de Fora, que são indicados como local da prestação Municípios outros que não o de Juiz de Fora relativamente aos tomadores de serviço CBE - Cia. Brasileira de

Equipamentos, Cia. Industrial Fluminense, Itaúna Siderúrgica Ltda. e Sertão Mineração, cujas notas fiscais respectivas são arroladas como sendo as de número: 184, 189, 191, 194, 205, 207, 219, 220, 221, 222, 223 e 224; 157, 162, 164, 167, 170, 172, 175, 178, 181, 190, 193, 195 e 208; 151, 158, 161, 163, 166 e 169; 202, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 216 e 217.

Vale dizer que a alegada supressão de cópia do contrato de prestação de serviços firmado com a Belgo Mineira, cuja execução se teria dado em Juiz de Fora, embora seja válida para minar a pretensão de suspensão da exigibilidade do crédito tributário como um todo, não pode obstar a conclusão pela relevância do fundamento da ação mandamental relativamente às demais exações cobradas pelos demais serviços, prestados em local diverso de Juiz de Fora, além da competência do Município tributante na espécie.

Nessa medida, conclui-se pela configuração do *fumus boni iuris* na hipótese, devendo ser suspensa, até decisão definitiva no mandado de segurança, a exigência contida no auto de infração relativamente aos serviços prestados fora do Município de Juiz de Fora, tendo em vista a iminência de indevida privação do particular do seu patrimônio, que torna evidente, por outro lado, o perigo de demora.

Com efeito, a efetividade deve ser prestigiada no caso, concedendo-se o provimento almejado nessa parte, o qual, por outro lado, não implicará riscos maiores ao agravado, sendo plena, ademais, a possibilidade de reversão da medida.

Registro, por fim, que não soa razoável, em hipóteses como a presente, negar a tutela requerida sob o fundamento de ser possível a efetuação do depósito integral, sob pena de negar-se vigência ao disposto no inciso IV do art. 151 do CTN, que não é cumulativo com os demais.

Com tais fundamentos, e sem deixar de ressalvar o caráter precário das considerações tecidas em juízo meramente perfunctório, dou provimento parcial ao agravo de instrumento, para reformar a decisão vergastada e deferir parcialmente a liminar pleiteada, apenas para suspender a exigibilidade do crédito tributário constituído pelo Auto de Infração nº 404.767, que seja originário da incidência do ISSQN sobre os serviços prestados fora do Município de Juiz de Fora, abstendo-se ainda de tomar qualquer outra medida tendente à exigência de tais créditos.

Configurada a sucumbência mínima da agravante. Sem custas.

DES. BITENCOURT MARCONDES - De acordo.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...

Ação cominatória - Abstenção de uso de marca - Atividades idênticas - Registro da marca e logomarca - Garantia de proteção - Marca de renome

Ementa: Ação de abstenção de uso de marca. Marca e logomarca devidamente registradas. Alto renome no ramo de atividade. Proteção.

- Como regra geral, o direito marcário vincula-se ao princípio da especificidade, que assegura a proteção da marca no âmbito de todos os produtos e serviços específicos da classe para a qual foi deferido o registro.

- Se a empresa autora e a ré lidam diretamente com o mesmo mercado de consumo ou ramo de atividade, qual seja o mercado de panificação, a empresa que possui o anterior e efetivo registro da marca e logomarca/insígnia tem o direito de vir a juízo para defender estes que são seus bens.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.592827-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Padaria Confeitaria Amipão Ltda. - Apelada: Associação Mineira da Indústria de Panificação - Relator: DES. CABRAL DA SILVA

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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de setembro de 2009. - *Cabral da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela apelada, o Dr. Vander Lima Fernandes.

DES. CABRAL DA SILVA - Adoto o relatório do Juízo *a quo* (f. 345/347) por representar fidedignamente os fatos ocorridos em primeira instância.

Trata-se de ação ordinária cominatória e condenatória para cessação de uso de marca e cessação de prática de atos de concorrência desleal com pedido de tutela antecipada.

O presente recurso trata de apelação interposta por Padaria Confeitaria Amipão Ltda., às f. 356/367, contra sentença de f. 345/353, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 15ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos supra, a qual julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Em suas razões recursais, às f. 358/367, a apelante alegou que deveria a sentença ser reformada. No mérito, alega que a marca Amipão não pertence à requerida; que o registro da marca concedido à requerida é para os serviços de assessoria e não gestão comercial e serviços de representação de classe. Não se trata de marca universal e muito menos com exclusividade de denominação pelo INPI; que não há qualquer concorrência entre apelante e apelada; que não há desvio de clientela; que inexiste qualquer concorrência desleal; que Amipão não é marca da recorrida, muito menos nome comercial; que a recorrida só conseguiu o registro da marca no final de 2007, quando o nome/marca já era utilizado pela apelante há 5 anos. No final, requereu que fosse ofertado provimento ao recurso para que o pedido inicial fosse, *in totum*, julgado improcedente. Pugna, por fim, pelo reconhecimento do direito ao nome Amipão pela apelante.

Devidamente intimado, a apelada apresentou contrarrazões, às f. 384/392, impugnando, por obvio, as teses recursais. Ao final, requereu que fosse negado provimento ao presente recurso.

Esse é o breve relatório.

Trata-se de ação ordinária cominatória e condenatória para cessação de uso de marca e cessação de prática de atos de concorrência desleal com pedido de tutela antecipada.

Pois bem. Analisando as provas dos autos, entendo que com razão, de fato, a parte autora, razão pela qual passo a justificar meu posicionamento.

Compulsando o feito, verifico, às f. 296/297, a existência de deferimento do uso da marca Amipão à parte autora por meio do certificado de registro de marca número 827731132, cujo pedido foi realizado em 30.06.2005. Anoto que o INPI deferiu à autora o uso exclusivo da Marca Amipão pelo prazo de 10 anos.

Lado outro, verifico que a parte autora faz uso da marca Amipão pelo menos desde 1999, conforme documentos, de f. 63/85, ou seja, em data bem anterior ao uso da mesma pela apelante, cujo depósito no órgão competente (INPI) só se deu em 30.06.2005 (f. 243/250).

Como cediço, a marca constitui sinal ou expressão destinada a individualizar os produtos ou serviços de uma empresa, identificando-os. Por sua importância para a economia moderna, ao estimular o negócio e a livre concorrência, sua propriedade é assegurada pela Constituição da República e legislação infraconstitucional.

Sabe-se que Lei Maior protege a propriedade das marcas, ao dispor em seu art. 5º, inciso XXIX, que:

> [...] a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Lado outro, estabelece a Lei 9.279/96, em seu art. 129, que:

> A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo território nacional.

Em seguida a mesma lei, em seu art. 189, prevê que:

> Comete crime contra registro de marca quem:
> I - reproduz sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão.

E ainda:

> Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:
> I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte.

Pelo que foi vastamente exposto, inúmeras são as provas de que a autora possui registro bem anterior ao da ré. E que essa, notoriamente, copiou a grafia do nome da autora, além da integralidade de sua logomarca. É notório, ainda, como bem explicitado na sentença recorrida (f. 348), que a apelada vem utilizando-se da marca Amipão desde 1999, promovendo inúmeros encontros no setor de panificação, fazendo uso da mesma, inclusive em eventos dos quais a própria apelante participou como convidada, quando ainda não utilizava a marca.

No tema, os prestimosos ensinamentos da ilustre Professora Izabel Vaz:

> Uma marca de fábrica ou de comércio é um sinal destinado a distinguir os produtos de uma empresa industrial ou comercial ou de um grupo de tais empresas, tal qual o fazem as 'marcas de serviço' em relação aos serviços. Este sinal pode ser constituído por uma ou várias palavras, letras, números, desenhos ou imagens, emblemas, monogramas ou assinaturas, cores ou combinações de cores distintas. De acordo com algumas legislações, ele pode igualmente configurar uma forma ou qualquer outro detalhe de apresentação do produto ou da embalagem destinada ao produto, contanto que não sejam unicamente ditados por sua função. O sinal pode ainda consistir em combinações de qualquer dos elementos citados.

E logo adiante continua:

> Quando uma marca é protegida, nenhuma pessoa ou empresa, senão a que a possui, pode usá-la, ou usar a marca apresentando semelhanças capazes de provocar con-

fusão no espírito do público - ao menos quanto a produtos e serviços suscetíveis de prestar-se a tal confusão (*Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 429).

No caso posto em lide, emerge que a apelada demonstrou, de forma inequívoca, a aquisição da propriedade da conhecida marca "Amipão", regularmente registrada no INPI (f. 296/297), tornando-se, por conseqüência, sua única proprietária e exclusiva usuária.

Por sua vez, incontroverso que a apelante utilizou marca idêntica, fazendo uso, inclusive, de *design* semelhante (f. 91), sendo certo que a legislação regente, conforme já asseverado, visa impedir a utilização de marca idêntica a uma outra já registrada, mormente quando as partes atuam no mesmo ramo comercial e seus produtos se referem ao mesmo segmento mercadológico, ou seja, o de panificação, podendo tal prática induzir o consumidor a engano, fazendo-o supor que ambos provêm da mesma origem, ainda que se trate de produtos e/ou serviços distintos.

Com isso, à luz da legislação que regula a matéria, não pairam dúvidas de que a conduta da apelante, traduzida no uso de marca idêntica àquela de propriedade da apelada, deve ser coibida.

É o que já decidiu este egrégio Tribunal:

> Nome comercial. Marca registrada. Colidência. Mesma atividade das empresas. Garantia de proteção. Abstenção de nome. Multa diária. Majoração. Danos moral e patrimonial. Lucros cessantes. Marca desprovida de renome. Necessidade de comprovação dos danos.
> - Havendo colidência entre marca registrada no INPI com o nome comercial e não sendo distintas as atividades das duas empresas, a fim de garantir a proteção jurídica reclamada, é de se determinar ao proprietário do nome comercial que se abstenha de utilizar a expressão que constitui a marca registrada do outro, havendo de ser mantida a sentença neste particular.
> - Merece ser majorada a multa diária que se revela inapropriada para o caso de descumprimento do preceito judicial.
> - Não há como presumir danos morais ou patrimoniais pelo uso de marca registrada que não goza de renome, pelo menos nacional, que na falta de cabal demonstração desacolhe-se pretensão por danos moral e material (Apelação Cível nº 454.524-4 - 14ª Câmara Cível do TJMG - Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula - Belo Horizonte - j. em 12.05.2005).

> Ação cominatória. Obrigação de não fazer. Tutela de direito de exclusividade de marca ou nome comercial. Prescrição vintenária. Registro no INPI. Propriedade e garantia de exclusividade da marca daquele que primeiro depositou o pedido de registro no órgão competente. Atividades idênticas das empresas. Informática. Possibilidade de confusão entre os consumidores. Nomes comerciais quase idênticos.
> - O registro da marca no Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI - assegura a sua propriedade e o uso monopolístico.
> - Quando uma marca é protegida, nenhuma pessoa ou empresa, senão a que a possui, pode usá-la, ou usar a marca apresentando semelhanças capazes de provocar confusão no espírito do público - ao menos quanto a produtos e serviços suscetíveis de prestar-se a tal confusão (Apelação Cível nº 394.458-5 - TAMG - Rel. Juiz Vieira de Brito).

Assim, dúvida não remanesce de que a apelante se utilizou de marca idêntica, pelo que merece a recorrida a proteção jurídica reclamada; correta, portanto, a sentença ao determinar que aquela se abstenha de utilizá-la, já que registrada em nome de outro.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso, mantendo, *in totum*, a sentença recorrida.

Custas, pelo apelante.

DES.ª ELECTRA BENEVIDES - De acordo.

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Fraude à execução - Inexistência de *consilium fraudis* e da prévia inscrição da penhora - Lei 8.953/94 - Art. 659 do Código de Processo Civil - Súmula 375 do STJ

Ementa: Agravo de instrumento. Fraude à execução. Inexistência de *consilium fraudis* e da prévia inscrição da penhora. Lei nº 8.953/1994. CPC, art. 659. Súmula nº 375 do STJ.

- "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente" (Súmula nº 375/STJ).

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.02.741435-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Ipiranga Consultoria Planejamento Imobiliário Ltda. - Agravadas: Geralda do Carmo de Jesus, Leny da Cruz - 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, 16 de julho de 2009. - *José Affonso da Costa Côrtes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Trata-se de agravo de instrumento aviado por Ipiranga Consultoria Planejamento Imobiliário Ltda. contra a decisão de f. 169/173-TJ, proferida nos autos da ação de execução de título extrajudicial ajuizada pelo ora agravante, na qual o Juiz monocrático indeferiu o pedido de fraude à execução e suspendeu o feito com fulcro no art. 791, III, do CPC.

Nas razões recursais de f. 02/16-TJ, o agravante sustenta que a r. decisão singular merece ser reformada, pois a agravada Geralda do Carmo alienou seu único bem ciente da execução em curso, sendo que a alienação não é anterior à determinação e efetivação da penhora; que o caso não é de fraude contra credores a se exigir a perquirição do *consilium fraudis*, mas de efetiva e clara fraude à execução; requereu provimento ao recurso para reconhecer a fraude à execução e seus consectários, determinando-se as providências de direito visando garantir a efetividade da autuação da Justiça e o recebimento pela recorrente do crédito que titulariza.

Não houve pedido de efeito suspensivo.

O MM. Juiz *a quo* prestou informações à f. 184.

A agravada apresentou contraminuta às f. 193/197, sustentando que não há que se cogitar de fraude à execução, uma vez que a alienação do imóvel se efetivou em data anterior à realização da penhora; que não há falar em penhora, visto que houve expressa desistência da constrição; que o agravante não observou formalidade processual, já que não requereu a inclusão do litisconsorte passivo necessário, ou seja, o terceiro de boa-fé que atualmente tem a propriedade do aludido imóvel; ao final, pugnou pela manutenção do despacho hostilizado.

Em síntese, é o relatório.

Antes de tudo, verifico que o MM. Juiz *a quo* informou à f. 184 que a agravante não juntou aos autos cópia da petição de agravo, conforme determina o art. 526 do CPC.

Consoante se depreende da leitura do art. 526 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> Art. 526. O agravante, no prazo de três (3) dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.
> Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do recurso.

Como se vê, o descumprimento do referenciado artigo pode, de fato, acarretar o não conhecimento do recurso; todavia, deve ser alegado e provado pela parte agravada.

Nesse sentido:

> Agravo de instrumento. Art. 526 do CPC. Arguição e comprovação pelo agravado. Inocorrência. Recurso conhecido. Penhora *on-line*. Sistema Bacen-Jud. Justiça Estadual. Ofício Circular nº 24/2005, da Corregedoria-Geral de Justiça. Possibilidade. Efetividade da execução. Garantia do direito material. Voto vencido parcialmente. - Somente não se conhece do recurso de agravo se o agravante não cumpre determinação do art. 526 do CPC, desde que tal descumprimento seja alegado e comprovado pelo agravado. [...]. (TJMG. Agravo de Instrumento nº 1.0702.00.002870-5/001. Relatora: Des.ª Selma Marques. Pub. em 28.02.2007.)

In casu, a questão não foi ventilada e comprovada pelas agravadas, e, dessa forma, o recurso deve ser conhecido.

Quanto ao mérito, sem razão o agravante.

Sustenta o agravante a ocorrência de fraude à execução em razão da alienação do único imóvel da agravada dias antes de ser lavrado o auto de penhora.

Antes de tudo, necessário ressaltar que o imóvel em questão não está penhorado, como informa o agravante, tendo em vista a decisão proferida à f. 109-TJ, que tornou insubsistente a penhora, decisão que transitou em julgado sem nenhuma manifestação contrária do agravante.

A petição de f. 108-TJ deixa clara a desistência da penhora, tendo em vista que o próprio agravante reconheceu a impossibilidade de penhorar o imóvel, o que culminou na decisão de f. 109-TJ.

Se não era intenção do agravante desistir da penhora, deveria ter-se insurgido contra a decisão que tornou a penhora insubsistente. Portanto, não há se falar em penhora nos autos.

Quanto à fraude à execução, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 375, que põe luz final sobre o caso:

"O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente."

Nesse sentido:

> Processual civil. Agravo regimental. Fraude à execução. Embargos de terceiro. Alienação pelo devedor na pendência do feito. Inexistência de *consilium fraudis* e da prévia inscrição da penhora. Lei nº 8.953/1994. CPC, art. 659. Súmula nº 375 desta Corte. - I. 'O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente' (Súmula nº 375/STJ). - II. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1024660/SP, Agravo Regimental no Recurso Especial 2008/0015089-8, *DJe* de 11.05.2009.)

> Processual civil. Embargos de terceiro. Penhora de bem alienado a terceiro de boa-fé. Ausência de transcrição do título no registro de imóveis. Presunção de ausência de fraude. - 1. A exigência do registro da penhora, muito embora não produza efeitos infirmadores da regra *prior in tempore prior in jure*, exsurgiu com o escopo de conferir à mesma efeitos *erga omnes* para o fim de caracterizar a fraude à execução na alienação de bem imóvel pendente

execução fiscal. - 2. À luz do art. 530 do Código Civil, sobressai claro que a lei reclama o registro dos títulos translativos da propriedade imóvel por ato *inter vivos*, onerosos ou gratuitos, visto que os negócios jurídicos em nosso ordenamento jurídico não são hábeis a transferir o domínio do bem. Assim, titular do direito é aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária. - 3. A jurisprudência do STJ, sobrepujando a questão de fundo sobre a questão da forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Assim é que foi editada a Súmula 84, com a seguinte redação: 'É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro'. - 4. Consoante cediço no e. STJ: 'O CTN nem o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A pré-existência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus *erga omnes*, efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do *consilium fraudis* não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé pressupõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos repersecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante.' (EREsp 31.321/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJU* 16.11.99)5. À fraude *in re ipsa* fica sujeito aquele que adquire do penhorado, salvo se houver o conhecimento *erga omnes* produzido pelo registro da penhora. A doutrina do tema assenta que: 'Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem transcrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial; por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento. Entretanto, a moderna exigência do registro altera a tradicional concepção da fraude de execução; razão pela qual somente a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma exceção criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si seja uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência, e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inciso II do art. 593 do CPC. A referida exegese esbarraria na inequívoca *ratio legis* que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se pode mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. 'É preciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora'. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que de há muito se preconiza nos nossos matizes europeus' (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed., p. 1.298/1.299). Precedentes: REsp 866.520/AL, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, *DJU* 21.10.08; REsp 944250/RS, Rel. Min. Castro Meira, *DJU* 07.08.07; AgRg no REsp 924.327/RS, Rel. Min. José Delgado, *DJU* 26.06.07; REsp 638.664/PR, desta relatoria, *DJU* 02.05.05; REsp 791.104/PR, Rel. Min. José Delgado, *DJU* 06.02.2006; REsp 665.451/CE, Rel. Min. Castro Meira, *DJU* 07.11.05, REsp 468.718/SC, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, *DJU* 15.04.03; AgRg no Ag 448.332/RS, Rel. Min. José Delgado, *DJU* 21.10.02; REsp 171.259/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJU* 11.03.02. - 6. Deveras, *in casu*, a penhora efetivou-se em 19.12.00, e a alienação do imóvel pelos executados, após o redirecionamento da execução à adquirente, realizou-se em 04.01.01, devidamente registrada no Cartório de Imóveis da 3ª Circunscrição de Campo Grande em 13.02.01 (f. 123/125), data em que não havia qualquer ônus sobre a matrícula do imóvel, cujo mandado de registro de penhora só foi expedido em 07.05.03 (f. 113). - 7. Recurso especial desprovido. (REsp 858999/MS, Recurso Especial 2006/0121188-0, *DJe* 27.04.2009.)

Dessa forma, ausente o registro de arresto ou penhora efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em *consilium fraudis*, restando ao credor provar que o comprador tinha conhecimento da existência de qualquer demanda em andamento contra o alienante capaz de reduzi-lo à insolvência, agindo os contratantes em conluio.

Assim, já decidi:

> Ementa: Embargos de terceiro. Falta de registro do ato constritivo. *Consilium fraudis*. Fraude à execução. - Na forma do art. 167, inciso I, nº 5, da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) no Registro de Imóveis, além de matrícula, são feitos os registros das penhoras, arrestos e sequestros de imóveis; atos que são obrigatórios nos termos do art. 169 da mesma lei para conhecimento de terceiros, tornando fraudulenta qualquer transação posterior (art. 240) da referida lei, combinado com o § 4º do art. 659 do CPC. A ausência de registro de qualquer ato constritivo ou de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência não leva à presunção de *consilium fraudis*, recaindo sobre o credor a obrigação de fazer a prova de que o adquirente sabia da existência da constrição. (Apelação Cível nº 1.0686.07.197814-8/001, 15ª CC - TJMG - *DJ* de 21.05.2009.)

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo agravante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍLIO GABRIEL e TIBÚRCIO MARQUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação ordinária - Desconsideração da personalidade jurídica - Lei nº 8.884/94, arts. 17 e 18 - Art. 50 do Código Civil - Fraude - Indícios - Fato público e notório - Pressupostos legais - Existência

Ementa: Agravo de instrumento. Ação ordinária. Desconsideração da personalidade jurídica. Lei nº 8.884/94, arts. 17 e 18. Art. 50, CC. Indícios de fraude. Fato público e notório. Existência dos pressupostos legais. Liminar deferida.

- O juiz está autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulenta-

mente manipulada para frustrar interesse legítimo de credor.

- A aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica ocorre quando há prática de atos revestidos de dolo, fraude ou abuso de direito. Assim, existindo fortes indícios de ocorrência de prática de infração da ordem econômica, fraude ou abuso de direito provocado pelos sócios da empresa, há motivo para que o patrimônio particular destes seja compelido a responder por prejuízos causados aos seus clientes.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0079.09.927141-7/001 - Comarca de Contagem - Agravante: Maria do Carmo Moura Nascimento - Agravado: Brasil Container Ltda. - Relator: DES. MOTA E SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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, 18 de agosto de 2009. - *Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOTA E SILVA - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Maria do Carmo Mora Nascimento, a fim de reverter decisão de f. 83-TJ proferida pelo Juízo *a quo*, Marcos Alberto Ferreira, que indeferiu pedido de desconsideração da personalidade jurídica e expedição de ofícios para localização e bloqueio de bens, em sede de liminar.

A decisão agravada diz que a desconsideração da personalidade jurídica tem cabimento em ação executiva e, tratando-se de ação cognitiva, só têm legitimidade as partes da relação jurídica material.

A parte agravante sustenta seu inconformismo alegando que firmou contrato de mútuo com a empresa agravada, entregando-lhe o valor de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), garantido o empréstimo por meio de 6 (seis) containeres, com previsão de restituição do valor ao final do contrato, em 25.07.2009, além de renda mensal referente a 4% ao mês, por 12 (doze) meses. Alega que recebeu os juros por 3 (três) meses e que há 9 (nove) a agravada não efetua o pagamento mensal, desaparecendo de seus endereços comerciais e dos contatos telefônicos.

Diz que foi vítima de golpe denominado "Pirâmide Financeira", sendo público e notório o prejuízo que vem causando a inúmeros investidores.

Traz legislação e julgados para sustentar seu pedido de desconsideração da personalidade jurídica e, ao final, requer a reforma para incluir os sócios Valério Lana Cardoso e Carlos Alberto da Silva no polo passivo da demanda, com a expedição de ofícios aos órgãos públicos para localização e bloqueio de seus bens.

O pedido de efeito suspensivo ativo foi indeferido.

A relação processual ainda não se havia formado nos autos originários, razão pela qual se dispensou a intimação da parte agravada.

É o breve relato. Passo a decidir.

O art. 18 da Lei nº 8.884/94 assim diz:

> Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

O art. 50 do CC traz a seguinte redação:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Assim, atendidos os pressupostos do dispositivo legal acima, nasce a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica.

Hei por bem, primeiramente, fazer breve menção ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sabiamente esclarecido por Fábio Ulhoa Coelho, em seu *Curso de direito comercial, 10. ed.,* São Paulo: Editora Saraiva, v. 2, p. 15-16:

> Sócio e sociedade não são a mesma pessoa, e, como não cabe, em regra, responsabilizar alguém (o sócio) por dívida de outrem (a pessoa jurídica da sociedade), a responsabilidade patrimonial pelas obrigações da sociedade empresária não é dos seus sócios. Em outros termos, a garantia do credor é representada pelo patrimônio do devedor; se devedora é a sociedade empresária, então será o patrimônio social (e não o dos sócios) que garantirá a satisfação dos direitos creditícios existentes contra ela. Somente em hipóteses que excepcionam a regra da autonomia da pessoa jurídica poder-se-á executar o patrimônio, em busca do atendimento de dívida da sociedade.
> [...]
> Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos na exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo de gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresariais.

Há, no direito brasileiro, duas teorias da desconsideração da personalidade jurídica. A primeira, mais

elaborada, condiciona o afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto (teoria maior). A segunda, menos elaborada, condiciona o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade (teoria menor). Para esta teoria, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isto basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela.

O mesmo autor continua:

> [...] a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica independe de previsão legal. Em qualquer hipótese, mesmo naquelas não abrangidas pelos dispositivos das leis que se reportam ao tema (Código Civil, Lei do Meio Ambiente, Lei Antitruste ou Código de Defesa do Consumidor), está o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo de credor.

No entanto, filiando-me à teoria maior, a regra da autonomia patrimonial da empresa somente pode ser excepcionada quando necessárias a repressão às fraudes e a coibição do mau uso da forma da pessoa jurídica, e por meio de ação judicial.

Des. Elpídio Donizetti, em *Curso didático de direito processual civil*, 10. ed., Ed. Lumen Juris, 2008, p.1.003, muito bem elucida a questão:

> A desconsideração da personalidade jurídica constitui instituto excepcional, uma vez que o ordinário é a preservação da personalidade jurídica e da responsabilidade civil da sociedade que firmou o negócio jurídico. E, conforme lição de Malatesta, 'o ordinário se presume e o extraordinário se prova'. Assim, no que respeita à eventual fraude atribuível a sócio por meio da desconsideração da personalidade jurídica, indispensável é a propositura de ação judicial própria.
> Essa opinião é corroborada por Fábio Ulhoa Coelho, para quem 'o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores. Nessa ação, o credor deverá demonstrar a presença do pressuposto fraudulento'.
> Assim, a responsabilidade patrimonial do sócio, decorrente da violação do contrato ou de gestão abusiva dependerá de ação judicial própria para que seja comprovada a fraude, ou, no mínimo, a oportunidade de contraditório no próprio processo de execução, antes da efetivação da penhora. O que não se admite é a constrição judicial de bens do sócio, sem qualquer possibilidade de defesa ao singelo fundamento de que esse poderá opor embargos de terceiro.

Esse o entendimento dos tribunais:

> Agravo de instrumento. Desconsideração da personalidade jurídica. Código de Defesa do Consumidor. Inexistência de provas.
> - O princípio da distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica e das pessoas físicas que a compõem é a regra da qual a desconsideração da personalidade jurídica é exceção, cabível em situações em que haja provas concretas de que o ente vem sendo utilizado para perseguir fins diversos das finalidades legais, de forma a ocultar a prática de fraudes, simulações ou atos abusivos, ou, no caso da relação de consumo, que a empresa se encontre em estado de insolvência ou com suas atividades paralisadas em decorrência de má administração.
> - O fato de o oficial de justiça certificar que a empresa não se encontra estabelecida no endereço indicado e que os comerciantes locais não têm notícias de sua localização não justifica, por si só, a responsabilização do patrimônio dos sócios, não obstante configure início de prova. (1.0024.95.041204-9/001, Rel.ª Des.ª Heloísa Combat, j. em 06.10.2005, pub. em 26.10.2005).

No caso dos autos, verifica-se que há como aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez demonstrada a excepcionalidade que a causa reclama.

Há fundadas suspeitas de que a agravada vem praticando atos que justifiquem a desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, prática de infração da ordem econômica, desvio de finalidade ou confusão patrimonial entre sócios e sociedade, conforme o art. 18 da Lei nº 8.884/94 e o art. 50 do CC, sendo público e notório o "golpe" promovido pela agravada, que, após receber valores de seus clientes, desapareceu sem deixar representante e prestar contas, nem sequer recebendo as citações em inúmeras ações igualmente ajuizadas.

Acrescento que o correto é incluir os sócios no polo passivo da ação de conhecimento que também tem como objeto o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, e não na ação de execução. Isso porque na ação ordinária se dá oportunidade à parte ré para apresentar defesa, cabendo à parte autora o ônus da prova. No caso de se promover a desconsideração da personalidade jurídica em fase de execução, restaria ao executado defender-se por meio de embargos, atribuindo a este o ônus da prova.

Dessa forma, entendo que o procedimento mais adequado é a inclusão dos sócios neste momento processual, para que apresentem suas defesas. E, diante do risco em ver dissipado o patrimônio dos sócios, uma vez que a empresa desapareceu sem deixar representante, nem sequer é localizada para fins de citação, vejo que é prudente que se garanta a satisfação do eventual crédito da agravante com a localização e bloqueio dos bens registrados em nome dos sócios Valério Lana Cardoso e Carlos Alberto da Silva.

Lado outro, verifico que em outras ações há bloqueios que incidem sobre bens dos sócios, no entanto, sem saber sobre quais pesam a restrição, hei por bem deferir pedido de expedição dos ofícios para localização e bloqueio de bens, como requerido pela agravante, a fim de dar efetividade à tutela requerida.

Este TJMG já apreciou pedido semelhante, em causas que envolvem a mesma parte agravada:

Ementa: Agravo de instrumento. Rescisão de contrato. Compra de containeres e pagamento de locação. Descumprimento. Suposta fraude. Tutela antecipada. Bloqueio de numerário. Necessidade. Inclusão de sócios no polo passivo. Possibilidade.
- Se há indícios substanciais da ocorrência de fraude no negócio entabulado entre as partes, com a notícia da cessação de atividades da empresa que entabulou o negócio, regular o deferimento de tutela antecipada que visa a resguardar o direito de crédito ameaçado, de parte no negócio, com o bloqueio de numerário eventualmente localizado em disponibilidade da empresa.
- Havendo, como noticiado, fortes indícios de fraude, imperativa a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, em razão do desvio de finalidade, para que sejam incluídos os seus sócios no polo passivo da demanda, com a extensão dos efeitos do bloqueio determinado (1.0079.09.932548-6/001, Rel. Otávio Portes, j. em 08.07.2009, p. em 24.07.2009).

Agravo de instrumento. Rescisão de contrato. Compra de containeres e pagamento de locação. Descumprimento. Suposta fraude. Tutela antecipada. Bloqueio de numerário. Necessidade. Inclusão de sócios no polo passivo. Possibilidade.
- Se há indícios substanciais da ocorrência de fraude no negócio entabulado entre as partes, com a notícia da cessação de atividades da empresa que entabulou o negócio, regular o deferimento de tutela antecipada que visa a resguardar o direito de crédito ameaçado, de parte no negócio, com o bloqueio de numerário eventualmente localizado em disponibilidade da empresa.
- Havendo, como noticiado, fortes indícios de fraude, imperativa a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, em razão do desvio de finalidade, para que sejam incluídos os seus sócios no polo passivo da demanda, com a extensão dos efeitos do bloqueio determinado. (AC 1.0079.09.928700-9/001, Rel. Des. Otávio Portes, j. em 1°.07.2009, pub. em 17.07.2009).

Dessa forma, presentes os requisitos autorizadores para a concessão da liminar, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada e deferir liminarmente pedido de desconsideração da personalidade jurídica para incluir no polo passivo da demanda os sócios Valério Lana Cardoso e Carlos Alberto da Silva e determinar a expedição de ofícios para localização e bloqueio de seus bens.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELPÍDIO DONIZETTI e FÁBIO MAIA VIANI.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação revocatória - Requisitos - Fraude contra credores - Caracterização

Ementa: Apelação cível. Ação pauliana. Requisitos. Fraude contra credores caracterizada.

- Para que seja caracterizada a fraude contra credores, é preciso que o negócio jurídico impugnado leve o devedor à insolvência e que o crédito a ser protegido tenha sido constituído antes de tal negócio.

- Provada a triangulação entre vendedor e subadquirentes, por serem parentes, resta comprovado o *consilium fraudis*.

Apelo provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0091.06.006251-9/001 - Comarca de Bueno Brandão - Apelante: Bunge Fertilizantes S.A. - Apelados: José Harley Roberto de Camargo e outros, Olavo Bilac de Souza e outros - Relator: DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de outubro de 2009. - *José Marcos Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA - Trata-se de apelação cível interposta por Bunge Fertilizantes S.A. contra a sentença de f. 227/233, que, nos autos da ação pauliana ajuizada em face de Olavo Bilac de Souza e outros, julgou improcedente o pedido inicial.

Inconformada, a autora interpôs apelação (f. 235/242), pugnando pela reforma da sentença.

Os apelados apresentaram contrarrazões (f. 245/254).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

A apelante ajuizou a presente ação afirmando ser credora dos primeiros apelados, Olavo Bilac de Souza e sua mulher, desde 27.8.2003, no valor de R$ 331.448,68 (trezentos e trinta e um mil quatrocentos e quarenta e oito reais e sessenta e oito centavos), em parcelas que venceram entre 31.8.2003 e 30.9.2005. Disse que, diante do inadimplemento, ajuizou execução, que está suspensa por falta de bens penhoráveis. Alegou ter diligenciado junto à Receita Federal e descobriu que o apelado tinha dois imóveis, que foram vendidos para os apelados Luiz Gustavo Lagata e José Harley Roberto de Camargo, nas datas de 1°.10.2003 e 16.10.2003, ou seja, após a constituição da dívida. Aduz a ocorrência de fraude contra credores, pedindo a anulação das alienações.

Os apelados Luiz Gustavo Lagata e José Harley Roberto de Camargo contestaram, afirmando que também eram credores de Olavo Bilac de Souza e que os imóveis foram alienados para saldar tais dívidas.

O apelado Luiz Gustavo Lagata afirmou ter emprestado a quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais) para Olavo Bilac de Souza, no final de 2002, com vencimento ocorrente em maio de 2003. Informou que, vencida a dívida, Olavo Bilac de Souza disse que não tinha como saldá-la, e então lhe propôs a venda do imóvel de que se pede a anulação, cujo valor era de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), sendo que Luiz Gustavo Lagata abateu o valor da dívida no valor pago. Alegou que, antes de realizar a transação, procurou saber se o imóvel estava desembaraçado, bem como obteve certidões acerca de eventuais protestos ou processos contra Olavo Bilac de Souza, sendo todas negativas.

O apelado José Harley Roberto de Camargo emprestou R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para Olavo Bilac de Souza, em outubro de 2000, dívida que foi representada em nota promissória com vencimento em outubro de 2001. De igual forma, não tendo como saldar a dívida, Olavo Bilac de Souza o procurou e quitou-a com o outro imóvel objeto desta lide. José Harley Roberto de Camargo afirmou que também obteve certidões, a fim de resguardar a transação realizada.

O apelado Olavo Bilac de Souza, por seu turno, contestou a ação, afirmando também que os imóveis foram alienados para quitar dívida com os apelados Luiz Gustavo Lagata e José Harley Roberto de Camargo. Disse que a dívida de R$ 8.000,00 (oito mil reais) foi contraída no final de 2002, para quitar cédulas de crédito rural junto ao Banco Bradesco, que venceram em 19.5.2002. Alegou que a nota promissória da dívida com José Harley Roberto de Camargo tinha vencimento anterior ao contrato que deu origem à dívida com a apelante.

Para caracterizar a fraude contra credores, é preciso que o negócio celebrado leve o devedor à insolvência, que o credor tenha crédito constituído antes do negócio e que exista conjunção de interesses entre o devedor e o adquirente dos bens, ou seja, que o último tenha ciência de que o vendedor pode ir à insolvência com a alienação de seus bens. É o que dizem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> 6. Ação pauliana. Requisitos. - Os negócios jurídicos celebrados em fraude contra credores podem ser anulados desde que presentes os seguintes requisitos: a) que haja prejuízo para o credor quirografário (*eventus damni*); b) que o negócio tenha levado o devedor à insolvência; c) que os credores sejam quirografários; d) que haja anterioridade do crédito (os credores já o eram à época em que foi celebrado o negócio). (*Código Civil comentado*, 2008, p. 341.)

Os dois requisitos que são necessários para a caracterização da fraude contra credores - *eventus damni* e *consilium fraudis* - devem ser provados na ação pauliana, não necessariamente pelo autor da ação.

Yussef Cahali ensina que, mesmo não sendo notória a insolvência, o negócio jurídico que venha a gerá-la poderá ser anulado, se houver presunção de sua possível ocorrência:

> Não demonstrada a notoriedade da insolvência, ainda assim o contrato oneroso pode ser invalidado através da revocatória, desde que presumido o conhecimento da insolvabilidade do alienante pelo adquirente, no sentido de que havia motivo para ser conhecida do outro contraente (CC, art. 159, *in fine*).
>
> Os motivos que induzem o reconhecimento presumido da insolvência relacionam-se, mais particularmente, com as pessoas envolvidas no negócio jurídico e com as circunstâncias que o cercam.
>
> A respeito, lembra Butera que, normalmente, o devedor que deseja se desfazer de seu patrimônio para fraudar seus credores aliena os bens a uma pessoa de sua confiança, isto é, a um amigo íntimo, a um agregado ou parente próximo, ou a uma pessoa da família, como um filho, um irmão, a mulher; sob tal aspecto, revela-se então importante o fato da coabitação dos contratantes, que mais revela se tratar de uma insidiosa trama em família, isto é, de uma *domestica fraus*: nasce assim a *conjunctio sanguinis et afecctio contrahenctium* de que falam os doutores. Ou o devedor aliena o bem a pessoa de sua confiança, seja porque a alienação é simplesmente aparente, e se tem, então, a simulação fraudulenta, ou porque a venda é por um preço menor que o devido, ou, enfim, porque é confortado pela esperança de burlar os seus credores com seu estado aparente de insolvência e de retomar o bem quando lhe retornar a melhor sorte (*Fraudes contra credores*, 2009, p.186).

Ainda na página 185, faz referência a um julgado nesse sentido:

> Admite-se que o *consilium fraudis* possa ser deduzido do fato de morar, o comprador, na mesma pequena cidade do interior onde havia o estabelecimento do vendedor, não podendo assim ignorar a cessação da atividade de sua indústria e a dispensa dos empregados, ao lado das notícias que corriam sobre as dívidas de seu vendedor (Ac. 1° GCC, TLSP, 16.8.1977, RT 519/71, recebendo embargos ao acórdão publicado na RT 506/97), cf. Yussef Cahali, *ibidem*, p. 185.

No caso, a análise das provas demonstra o que se segue.

O apelante trouxe aos autos cópia da ação executiva em face do apelado Olavo Bilac de Souza, ajuizada em 2.3.2004 (f. 12). Também acostou cópia do instrumento particular de confissão de dívida, datado de 27.8.2003, na qual Olavo Bilac de Souza e Lúcia Helena Carvalho de Souza são fiadores da quantia de R$ 372.015,68 (trezentos e setenta e dois mil quinze reais e sessenta e oito centavos) (f. 93/100).

O instrumento particular de confissão, assunção e parcelamento de dívida, com garantia de fiança (f. 108/115, bem assim f. 93/100-TJ) é celebrado entre a autora, Bunge Fertilizantes S.A., como credora, e

Carvalho e Souza Representações Ltda. (que tinha Lúcia Helena Carvalho de Souza, mulher de Olavo Bilac de Souza - estes, os primeiros réus - como sócia), na qualidade de devedora e cedente da dívida; outrossim, como cessionária (assuntora) da dívida (dita terceira interessada), Agropecuária Linda Terra Ltda., cujos sócios são Olavo Bilac de Souza e sua mulher, Lúcia Helena Carvalho de Souza, ora primeiros réus; e, como fiadores solidários e principais pagadores da terceira interessada, Agropecuária Linda Terra Ltda., os mesmos primeiros réus, os apelados, Olavo Bilac de Souza e sua mulher, Lúcia Helena Carvalho de Souza (cláusula nona, f. 99, também f. 114).

Os apelantes Luiz Gustavo Lagata e José Harley Roberto de Camargo acostaram certidões emitidas pela Secretaria do Juízo da Comarca de Bueno Brandão, datadas de 2.10.2003, cujo teor afirma inexistirem ações contra o apelado Olavo e sua esposa (f. 40/41). Às f. 42/43, certidões do Cartório de Protestos da mesma Comarca, datadas de 30.9.2003, também informando não haver protestos contra Olavo Bilac de Souza e sua esposa. Juntaram escrituras públicas tanto da compra e venda do imóvel, realizada entre Luiz Gustavo Lagata e Olavo Bilac de Souza, datada de 1°.10.2003 (f. 44/45), quanto da dação em pagamento entre Olavo Bilac de Souza e José Harley Roberto de Camargo, datada de 16.10.2003 (f. 48), da qual consta que o imóvel é para saldar dívida de nota promissória apresentada no ato.

O apelado Olavo Bilac de Souza juntou cópia das cédulas de crédito rural (f. 61/71), cujo vencimento era em 19.5.2002, no valor de R$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais). Cópia da nota promissória (f. 73), na qual se verifica que José Harley Roberto de Camargo era credor de Olavo Bilac de Souza da quantia de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), cujo vencimento foi em 14.10.2001.

Foram colhidos depoimentos pessoais dos apelados Luiz Gustavo Lagata e José Harley Roberto de Camargo, que repetiram aquilo que foi dito em suas contestações (f. 196/197).

Também foram ouvidas duas testemunhas (f. 198/199), não trazendo nenhum dado novo aos autos.

Com relação ao *eventus damni*, esse é fato provado pela presunção *iuris* advinda da inexistência de bens penhoráveis, geradora de suspensão da execução (proc. n° 0091.04.001258-4, da Comarca de Bueno Brandão), não ilidida por nenhuma prova contrária, irrelevante a tentativa de alusão a créditos a receber, feita, genericamente, pelos primeiros réus, às f. 54-TJ (comissões de vendas dos produtos da requerente que os ora requeridos representavam).

Também há dupla evidência da insolvência dos primeiros réus: a alegação na contestação dos adquirentes e a inexistência de alusão dos primeiros réus a qualquer outro bem de sua propriedade.

Esse requisito restou denunciado até mesmo pela contestação dos réus José Harley Roberto de Carvalho e Luiz Gustavo Lagata, ambos residentes e domiciliados em Munhoz-MG, ambos comerciantes. Veja-se o que declaram às f. 32: "[...] o imóvel transmitido tratava-se do único bem imóvel remanescente dos devedores Olavo e esposa [...]."

Não se pode olvidar que a mesma contestação induz presunção de conhecimento do estado de insolvência dos alienantes, primeiros réus. Referindo-se a Luiz Gustavo Lagata (f. 30-TJ), revela: "[...] tendo laços de amizade com os Requeridos Olavo e esposa [...]."

Também não se pode desconhecer que ainda a própria contestação, referindo-se a José Harley Roberto de Camargo, induz outra presunção (f. 31): "[...] à pessoa de Olavo Bilac, com o qual manteve outras relações comerciais."

Tem-se, portanto, a confirmação da afirmativa feita à f. 03-TJ, na inicial dessa pauliana, de que Lúcia Helena Carvalho de Souza e Olavo Bilac de Souza vendiam seus dois últimos bens imóveis aos contestantes: a partir dos dados da declaração de renda dos primeiros réus dessa pauliana, do ano de 2004, prova constante dos autos da execução, suspensa. Tinham plena ciência, os adquirentes, da insolvência dos dois primeiros réus, quer por amizade com os mesmos (Luiz Gustavo Lagata), quer por transações comerciais (José Harley Roberto de Camargo).

Não fossem bastantes tais evidências, o adquirente Luiz Gustavo Lagata venderia o bem que adquirira dos primeiros réus, dois anos depois, a Edina Márcia de Carvalho Santos (f. 46/47-TJ), irmã da primeira ré, como será, adiante, discutido.

A dívida de Olavo Bilac de Souza e Lúcia Helena Carvalho de Souza para com a apelante foi constituída em 27.8.2003, e os imóveis foram vendidos em 1°.10.2003 e 16.10.2003. O simples confronto de datas já geraria suspeita de fraude contra credores, pois as alienações foram posteriores à dívida.

Ademais, toda a prova constante dos autos mostra que os apelados adquirentes saberiam da existência da dívida dos primeiros réus para com a apelante, Bunge Fertilizantes S.A. Embora asseverado pela sentença que o instrumento de assunção e confissão de dívida, celebrado entre a apelante e Olavo Bilac de Souza e Lúcia Helena Carvalho de Souza, foi particular (f. 232), não haveria como os adquirentes dos bens ou terceiros não conhecerem a existência da dívida objeto desta lide, *data venia*. Faltasse ao referido contrato publicidade, não faltaria, jamais, o pleno conhecimento privado dos adquirentes, necessário e suficiente a que se caracterize a fraude contra credores.

Equivoca-se, *data venia*, a douta Sentenciante de Primeiro Grau, ao assinalar, defrontando o ponto fulcral da espécie, que (f. 232):

> Em que pese ser Munhoz cidade pequena e, assim, alta a probabilidade da notoriedade da insolvência dos primeiros réus, a prova não concorreu para o reforço dessa suposição. [...]
> O instrumento de assunção e confissão de dívida foi particular.
> Entendo assim que a insolvência superveniente e a assunção da dívida pelos primeiros réus poderia não ser notória, já que aos olhos do público e, em consequência, dos ora adquirentes, os primeiros réus poderiam não ser devedores da autora, mas, sim, aqueles clientes que, efetivamente, haviam comprado seus produtos.
> Os demais elementos probatórios coligidos em nada socorrem a pretensão da autora neste particular, não havendo nos autos prova da má-fé dos adquirentes.

No que se refere ao *consilium fraudis*, antes é preciso fazer a seguinte digressão acerca da transferência dos bens.

Os autos provam documentalmente: venda por Lúcia Helena Carvalho de Souza e seu marido, Olavo Bilac de Souza, de uma gleba de 00.54.75ha (cinquenta e quatro deciares e setenta e cinco centiares) a Edina Márcia de Carvalho Santos, em 2 de agosto de 2003, com registro em 23 de outubro de 2003 (f. 17); venda por Lúcia Helena Carvalho de Souza e seu marido, Olavo Bilac de Souza, de uma gleba de 04.35.02ha (quatro hectares, trinta e cinco deciares e dois centiares) a Luiz Gustavo Lagata, residente e domiciliado em Munhoz-MG, em 1º de outubro de 2003, com registro em 23 de outubro de 2003 (f. 17), também f. 44/45); venda por este último, Luiz Gustavo Lagata e sua mulher, da mesma gleba de 04.35.02ha (quatro hectares, trinta e cinco deciares e dois centiares) a Edina Márcia de Carvalho Santos, em 24 de outubro de 2005, com registro em 25 de janeiro de 2006 (f. 17 e f. 46/47); e dação em pagamento, por Olavo Bilac de Souza e sua mulher, Lúcia Helena Carvalho de Souza, de imóvel urbano com galpão e área de terreno de 183,00m2 (cento e oitenta e três metros quadrados) a José Harley Roberto de Camargo, residente e domiciliado em Munhoz-MG, em 16 de outubro de 2003, com registro em 23 de outubro de 2003 (f. 15-TJ, também f.16-TJ e f. 48 e verso-TJ).

A prova, nos autos, do *consilium fraudis* é exuberante.

Da contestação pelos subadquirentes, Edina Márcia de Carvalho Santos e seu marido, Jorge Evangelista dos Santos, têm-se as seguintes afirmativas:

> [...] Edina é irmã de Lúcia e comunheira do imóvel desde a conclusão do inventário do pai das mesmas, que se deu no ano de 1992, inclusive já tendo adquirido parte do mesmo imóvel junto aos requeridos Olavo Bilac de Souza e Lúcia Helena Carvalho de Souza, em 2.8.1993, o que pode ser confirmado pela certidão de f. 17.
> [...] Os contestantes Edina e Jorge já adquiriram a parte que coube às irmãs/cunhadas Lúcia e Francisca [...] (Lúcia e Francisca, irmãs de Edina, cunhadas de Jorge).

Houve, portanto, subaquisição, em família, entre irmãs, por interposta pessoa.

Os demais elementos probatórios, também, conspiram gravemente contra os adquirentes.

Assim, desde a contestação dos primeiros réus, tem-se:

> [...] no tocante ao valor do instrumento particular de confissão de dívida, R$ 331.448,68 (f. 51-TJ), [...] estavam também com dificuldades no recebimento das vendas dos insumos agropecuários da própria empresa requerente, a qual representavam (f. 53-TJ), [...] eis que revenderam os produtos da requerente e ainda não receberam de vários agricultores-bataticultores (f. 54-TJ).

Carvalho e Souza Representações Ltda., ao tempo do instrumento particular de f. 93/99 (também f. 108/115), tinha como sócias Lúcia Helena Carvalho de Souza, mulher de Olavo Bilac de Souza, e Terezinha Brandão Bueno, mulher de Sebastião de Souza Bueno, sogra de Lúcia Helena Carvalho de Souza, esta, outorgada donatária, conforme os dizeres de escritura de 7 de agosto de 2001, com registro em 1º de setembro de 2003 (f. 15-TJ).

Sebastião de Souza Bueno e Terezinha Brandão Bueno são os pais de Olavo Bilac de Souza. Ao filho e sua mulher, Lúcia Helena Carvalho de Souza, era feita a referida doação do imóvel (f. 15-TJ), que, depois, seria objeto de dação em pagamento a José Harley Roberto de Camargo.

A representação comercial era exercida pela primeira ré e sua sogra, Terezinha Brandão Bueno, na Carvalho e Souza Representações Ltda. - a devedora e cedente, no instrumento de confissão de dívida (e de consolidação de diversas duplicatas, sacadas pela representante contra clientes, acerca de insumos agrícolas).

Logo, patente a notoriedade da insolvência, bastante o conhecimento privado dos adquirentes e subadquirentes dos imóveis: amizade familiar ou constantes negócios com os primeiros réus. Evidentemente, conheceriam que as transações se dariam a crédito da representada, Bunge Fertilizantes S.A., e não da representante ou das pessoas de seus sócios. A representante sacava duplicatas, por mandato da representada. Do contrário, não haveria por que assumirem os primeiros réus dívidas de seus clientes com sua empresa de representação, na condição de fiadores solidários da cessionária da dívida, quando do instrumento particular de f. 93/100.

É irrelevante que as transações tenham sido aparentemente regulares, mesmo que sobre os imóveis e a pessoa de Olavo Bilac de Souza, bem como sua esposa, não constasse qualquer tipo de restrição.

Com a palavra Rubens Requião:

> O representante comercial, para quitar ou emitir duplicatas referentes a vendas promovidas, há de estar investido de poderes expressos. Esses poderes não se presumem, nem

> são implícitos no poder de tradicionar mercadoria. Dependem de poderes expressos em mandato, integrante do contrato de representação comercial.
> O fato de o representante ser incumbido da cobrança não importa desnaturar a relação jurídica. (*Do representante comercial*. Forense. 2005, p. 208.)

Acresce considerar que o contrato (o instrumento particular de f. 93/100) é anterior ao Código Civil de 2002, sendo inaplicável, por conseguinte, seu art. 698 (que restabeleceria o *del credere*). Assim, vedada a cláusula *del credere* no contrato de representação comercial, adveio a assunção de dívida mediante cessão a outra empresa, Agropecuária Linda Terra Ltda., com a fiança solidária de Olavo Bilac de Souza e Lúcia Helena Carvalho de Souza.

E, assim, o que se passou no mundo exterior, no campo da notoriedade da insolvência dos primeiros réus, é de se perquirir, ainda com abono em lição de Requião:

> É preciso compreender a sutileza, que não é fácil de ser deslindada para os brasileiros, acostumados ao conceito de representação integrada com um elemento do mandato. Segundo se colhe na lição dos mestres, sobretudo de Vivante e Rocco, o mandato representa uma simples 'relação interna' entre o mandante e mandatário. O mandante 'delibera' a realização do negócio para o mandatário.
> Essa deliberação não é dada a conhecer ao mundo exterior, aos terceiros, pelo mandatário. (*Do representante comercial*. Forense. 2005, p. 34.)

Ainda, pois, que aos olhos do grande público - como inferiu, com acuidade, a sentença apelada - não aparecesse a autora, Bunge Fertilizantes, apareceria, sempre e sempre, Carvalho e Souza Representações Ltda. Daí a necessidade da assunção de dívida por Agropecuária Linda Terra Ltda., em tentativa de desvinculação da origem das duplicatas referidas, embora no instrumento particular, e cujos valores eram, aí, consolidados.

A novação subjetiva objetivou impedir a propositura de ação contra a representante, Carvalho e Souza Representações Ltda., quando a vinculação com promissórias não pagas ainda tornaria mais fácil a prova de fraude, com a probabilidade de desconsideração da pessoa jurídica.

A triangulação, não obstante, restou evidente: de Olavo Bilac de Souza e Lúcia Helena Carvalho de Souza a Luiz Gustavo Lagata (f. 44/45), em 1°.10.2003, com registro em 23.10.2003; e deste e sua mulher a Edina Márcia de Carvalho Santos, irmã de Lúcia Helena Carvalho de Souza (f. 46/47), em 24.10.2005, com registro em 25.10.2006, depois de suspensa a execução contra os primeiros, por falta de bens penhoráveis.

Mais uma vez, repita-se, ainda que o apelante não tivesse buscado, por seus meios, a prova da existência do *consilium fraudis*, porque insistia na aplicabilidade do art. 158 do Código Civil (ato gratuito), quando aplicável o art. 159 do mesmo Código, há prova de intenção objetiva de lesar credores. E mais, o apelante alegou em sua inicial (f. 05):

> [...] o primeiro requerido, com a finalidade clara de prejudicar os direitos da requerente, de forma maliciosa, vendeu os únicos bens que possuía, livres e desembaraçados, suscetíveis de penhora e suficientes para garantia do débito exequendo.

Essa alegação atrai, pelo princípio *iura novit curia* - a teor do disposto no art. 131 do CPC, já que em instância ordinária -, a invocabilidade do *consilium fraudis*.

A existência de conluio dos adquirentes com os alienantes restou provada pela amizade, pelas relações comerciais e pela subaquisição, em movimento de retorno, por Edina Márcia de Carvalho Santos, uma das irmãs da primeira ré, Lúcia Helena Carvalho de Souza.

Dessa forma, tenho que restou caracterizada a fraude contra credores, equivocada a sentença, *data venia*.

Assim sendo, com esses fundamentos, dou provimento ao recurso, para anular as escrituras e registros dos imóveis constantes da referência de f. 03-TJ, quer os da aquisição por José Harley Roberto de Camargo, quer os da aquisição por Luiz Gustavo Lagata, quer os da aquisição, junto a este último, por Edina Márcia de Carvalho Santos, e condeno os apelados nos honorários de sucumbência, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Custas, pelos apelados.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BATISTA DE ABREU e SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação ordinária - Nulidade de negócio jurídico - Bem imóvel - Doação de ascendente para descendente - Adiantamento de legítima - Discussão sobre excesso - Juízo do inventário - Colação - Honorários advocatícios

Ementa: Direito civil. Ação ordinária. Nulidade de negócio jurídico. Doação de bem imóvel de ascendente para descendente. Adiantamento de legítima. Discussão sobre excesso. Juízo do inventário. Colação. Honorários.

- "Não é passível de anulação a doação de bem para alguns filhos com exclusão de outros, havidos fora do

casamento, não exigindo o CC, para tanto, a anuência dos demais filhos, como ocorre na compra e venda, de modo que inocorre qualquer simulação".

- "A Lei Civil Brasileira dispõe que os bens doados ficam sujeitos a colação, a qual tem por finalidade apurar eqüitativamente os quinhões hereditários, inexistindo dessa forma, prejuízo para os filhos excluídos".

- Os honorários advocatícios devem ser arbitrados levando-se em conta o grau de zelo profissional, o local da prestação do serviço, bem como a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço prestado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0009.06.007768-3/001 - Comarca de Águas Formosas - Apelante: Maria Aparecida Silva do Espírito Santo - Apelados: Viemar Moreira Souto e outro, Conceição de Fátima Santana e outro - Relator: DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL

Belo Horizonte, 30 de setembro de 2009. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Maria Aparecida Silva do Espírito Santo apela da sentença de f. 120/130, que, nos autos de ação ordinária ajuizada contra Viemar Moreira Souto, Conceição de Fátima Santana, Anamar Gonçalves Moreira Aguiar, Viemar Moreira Filho, Angélica Gonçalves Moreira Terenze e Vianei Gonçalves Moreira Filho, julgou improcedente o pedido inicial e condenou-a a pagar as custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$5.000,00 (cinco mil reais), suspensa a exigibilidade mediante a condição prevista no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Inicialmente deixo consignado que a falta de assinatura do advogado nas razões de apelação constitui mera irregularidade, pois a assinatura na petição de encaminhamento do recurso é suficiente para suprir a falta.

> Processual. Ausência de assinatura nas razões recursais. Assinatura presente na petição recursal. Inexistência de recurso. Princípio da instrumentalidade das formas.
> 1. A falta de demonstração clara e objetiva de violação a dispositivos de lei federal caracteriza deficiência de fundamentação do recurso especial, a teor da Súmula 284/STF.
> 2. Uma assinatura do procurador já é suficiente para os efeitos do recurso, esteja ela nas respectivas razões ou na petição que o interpôs, não se podendo falar em inexistência recursal neste caso, ante o princípio da instrumentalidade das formas.
> 3. Recurso especial provido (STJ, REsp 1085641/RS, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, j. em 16.12.2008, *DJe* de 18.02.2009).

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para sua admissibilidade.

A petição inicial revela que a apelante ajuizou ação ordinária objetivando "ver reconhecida e declarada o excesso de doação ultrapassando aos 50% especificado pelo Código Civil Brasileiro" (*sic*), sob os seguintes fundamentos:

> Informações dão conta que o Senhor Viemar Moreira Souto, fez adiantamento de legítima a 05 (cinco) herdeiros necessários, filhos constantes do casamento com a senhora Ana Angélica Moreira, e que o mesmo não se preocupara com o atendimento à legislação vigente, excedendo na doação, e ferindo o art. 549 do Código Civil brasileiro de 2002.
> [...]
> Nesse diapasão, fica configurado o risco de dilapidação do patrimônio recebido, o que de fato traria prejuízo de toda monta a legítima da autora. Sem contar que, doando as terras especificadas, e os donatários recebendo-as, estes passaram a ter oportunidades de comércio e de atividades nas terras doadas, crescendo financeiramente e patrimonialmente, enquanto a autora se ver morando de favores e passando necessidades básicas à sobrevivência (f. 03/04, *sic*).

A apelante foi reconhecida filha do Sr. Viemar Moreira Souto por sentença proferida nos autos de ação de investigação de paternidade, em 18.05.2005, f. 12/13.

A certidão do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Águas Formosas revela que, em 19 de abril de 1991, o Sr. Viemar Moreira Souto e sua esposa Ana Angélica Moreira doaram a cada um dos cinco filhos do casamento 182,06 ha da Fazenda Rancho de Casca, com área total de 910,30 ha, f. 11.

A apelante afirma que

> nada mais havendo a partilhar entre os irmãos filhos do casal Viemar Moreira Souto e Ana Angélica Moreira, estes poderão assistidos por advogados, aplicarem o que determina a segunda parte do art. 982 do CPC, lesando de forma irreparável a autora (f. 135, *sic*).

Entretanto, o receio da apelante de que o inventário seja feito por escritura pública (CPC, art. 982) não procede, porque um dos requisitos necessários para a realização é que todos os interessados estejam de acordo quanto aos termos do inventário e quanto à partilha, o que não é o caso, pois a apelante entende que está sendo preterida.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero lecionam:

> Inventário extrajudicial. Atendidos os requisitos legais (arts. 982 do CPC e 2.015 do CC), pode-se realizar o inventário extrajudicial mediante partilha amigável. Todas as partes devem ser capazes e concordes. O inventário extrajudicial realiza-se por escritura pública, a qual consistirá em título hábil para o registro civil, para o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para a promoção de todos os atos necessários à materialização e notícia das transferências de bens e levantamento de valores (art. 3º Resolução nº 35, de 2007, do Conselho Nacional de Justiça). É da substância do ato que as partes estejam assistidas por advogado, dispensada procuração ou defensor público (art. 982, parágrafo único, CPC, e art. 8º, Resolução 35, de 2007, do Conselho Nacional de Justiça). É nula a partilha amigável realizada sem a participação de advogado, ainda que de comum a todos os herdeiros. Os arts. 11 a 32, Resolução 35, de 2007, do Conselho Nacional de Justiça disciplinam de um modo geral o inventário extrajudicial (*Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 876).

Recentemente, a Lei 11.965, de 3 de julho de 2009 deu nova redação ao art. 982 do Código de Processo Civil para determinar a participação do defensor público na lavratura da escritura pública de inventário e de partilha.

A citação para esta ação de conhecimento produz os efeitos da interpelação (CPC, arts. 219 e 867).

A apelante diz que

> diferentemente do que manifestou o MM. Juiz existe sim o risco iminente de que a autora venha a ser prejudicada em seus direitos hereditários, se prevalecer as doações sem a reintegração do excedente ao que poderia ser doado (f. 135, *sic*).

A discussão sobre o fato de a doação, supostamente, exceder a parte que o doador poderia dispor deve ser postergada para o Juízo do inventário, pois é juridicamente impossível discutir "herança de pessoa viva".

O direito da apelante à sua parte na herança está resguardado pelo instituto da colação previsto na lei civil, que obriga os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação (CC/1916, art. 1.786).

Sílvio de Salvo Venosa pontifica:

> Salvo vontade expressa do doador, como veremos, toda doação feita em vida pelo autor da herança a um de seus filhos (ou netos, que concorram com outros netos, por exemplo) presume-se como um adiantamento de herança. Desse modo, tal doação se computará dentro da legítima desse herdeiro, compensando-se com os demais herdeiros do mesmo grau. Trata-se de uma obrigação de trazer o valor. Só haverá dispensa dessa colação quando o testador assim se manifestou de forma expressa (arts. 2.005 e 2.006; antigo, arts. 1.788 e 1.789), determinando que a doação seja extraída da parte disponível (*Direito civil: Direito das sucessões*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, v. 7, p. 362).

Veja a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso especial. Sucessões. Inventário. Partilha em vida. Negócio formal. Doação. Adiantamento de legítima. Dever de colação. Irrelevância da condição dos herdeiros. Dispensa. Expressa manifestação do doador.
> - Todo ato de liberalidade, inclusive doação, feito a descendente e/ou herdeiro necessário nada mais é que adiantamento de legítima, impondo, portanto, o dever de trazer à colação, sendo irrelevante a condição dos demais herdeiros: se supervenientes ao ato de liberalidade, se irmãos germanos ou unilaterais. É necessária a expressa aceitação de todos os herdeiros e a consideração de quinhão de herdeira necessária, de modo que a inexistência da formalidade que o negócio jurídico exige não o caracteriza como partilha em vida.
> - A dispensa do dever de colação só se opera por expressa e formal manifestação do doador, determinando que a doação ou ato de liberalidade recaia sobre a parcela disponível de seu patrimônio.
> Recurso especial não conhecido (REsp 730483/MG, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, *DJ* de 20.06.2005, p. 287).

Cabe citar trecho do voto da eminente Ministra Nancy Andrighi:

> II - Do dever de colação - violação aos arts. 1.721 e 1.776, CC/16
> Ainda nos ensinamentos de Pontes de Miranda, 'quem é descendente e herdeiro necessário tem de colacionar o que lhe foi atribuído, salvo se explicitamente se afastou a incidência da regra jurídica que estabeleceu, como *ius dispositivum*, ser adiantamento da legítima necessária o que o descendente, herdeiro necessário, recebeu'(Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Parte Especial, tomo LV, p. 317, Direito das Sucessões: Sucessão em Geral. Sucessão legítima, 1972, 3ª Edição, Editor Borsoi, Rio de Janeiro).
> Os ora recorrentes, em suas razões, procuraram excluir o dever de colação, argumentando que, na ocasião da doação da fazenda Santa cândida, em 1965, a recorrida nem sequer havia nascido (o que se deu em 1971) de modo que não teria direito à parcela do referido bem. Quanto a outra fazenda, aduziram os recorrentes que foi objeto da separação de bens por ocasião do desquite, e que, por esse motivo, não poderia ser atribuída parcela do bem à recorrida. E, argumentam por fim que, se dever de colação existir, ele só deve incidir sobre 25% dos bens, considerada esta a parcela indisponível dos bens do falecido.
> Primeiramente, 'não importa o tempo em que foi feita a liberalidade, se doada antes de ter nascido o filho, ou antes do casamento do decujo com o genitor do herdeiro necessário' (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Parte Especial, tomo LV, p. 318, Direito das Sucessões: Sucessão em Geral. Sucessão legítima, 1972, 3ª Edição, Editor Borsoi, Rio de Janeiro). Ou seja, é irrelevante o fato de a recorrida ter nascido após a doação. Para cumprir-se o dever de colação, também, não existe diferença entre os descendentes, sejam irmãos germanos ou unilaterais, e mesmo supervenientes à separação ou divórcio do doador.
> Nos moldes dos princípios estatuídos pela Constituição Federal, não há qualquer distinção entre os filhos: é irrelevante falar em irmãos, filhos dos mesmos pais ou de pais diferentes, supervenientes à liberalidade, supervenientes à

> separação judicial ou divórcio do doador, ou mesmo os havidos fora do casamento. Já não se fala sequer em herdeiros legítimos e ilegítimos. O dever de colação é imperioso para aquele herdeiro descendente que recebeu qualquer bem do doador/falecido, a título de liberalidade ou doação, que, como dito, nada mais é que adiantamento de legítima. Nesse sentido, REsp 9081/SP, desta 3ª Turma, de Relatoria do Ministro Cláudio Santos, publicado no DJ de 20/04/1992, assim ementado:
> 'Recurso especial. Inventario. Doação. Colação. Provimento. Devem os herdeiros donatarios trazer a colação os bens recebidos em doação a fim de ser mantida a igualdade das legitimas. Recurso especial provido.'
> Importante destacar que o dever de colacionar os bens recebidos a título de liberalidade só se dispensa por expressa manifestação do doador, determinando que a doação seja extraída da parte disponível de seus bens, o que também não ocorreu na hipótese presente, conforme noticiado no acórdão recorrido. Diante disso, tampouco prospera o argumento dos recorrentes no sentido de se admitir a colação tão somente sobre 25% das fazendas. Em vista da inexistência de dispensa do dever de colacionar pelo falecido, o que só se admitiria sobre a parcela disponível de seu patrimônio, a colação deve-se dar sobre os 50% das fazendas, tal como determinado pelo juiz de primeiro grau e confirmado pelo acórdão do TJMG.
> Não prosperam, portanto, os argumentos dos recorrentes. E, não se configurando a alegada violação aos dispositivos legais mencionados, é de se manter a decisão recorrida.
> Forte em tais razões, não conheço do recurso especial.

No mesmo sentido, a jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada:

> Ação anulatória. Doação. Descendente. Adiantamento da legítima. Cotação. Ausência de prejuízo. - Não é passível de anulação a doação de bem para alguns filhos com exclusão de outros, havidos fora do casamento, não exigindo o CC, para tanto, a anuência dos demais filhos, como ocorre na compra e venda, de modo que inocorre qualquer simulação. A Lei Civil Brasileira dispõe que os bens doados ficam sujeitos a colação, a qual tem por finalidade apurar eqüitativamente os quinhões hereditários, inexistindo dessa forma, prejuízo para os filhos excluídos (TAMG - Ap. 0212336-0 - 2ª Câmara Cível - Rel. Juiz Caetano Levi Lopes, j. em 11.06.1996).

Por fim, a apelante alega que

> a condenação [...] ao pagamento de honorários advocatícios no valor a que foi atribuído pelo MM. Juiz 'R$ 5.000,00' feriu frontalmente o art. 20 do CPC diante do valor da causa, ainda que a autora esteja sob a gratuidade judiciária reconhecido pelo mesmo Juiz, e portanto suspensa a exigibilidade da cobrança das verbas sucumbenciais (f. 135, *sic*).

Levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, de acordo com o disposto no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios arbitrados na sentença devem ser reduzidos para R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), para cada um dos diferentes advogados dos réus, revelando-se, dessa forma, condizente com o trabalho desenvolvido pelo patrono dos recorridos.

Diante do exposto, com fundamento no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e no art. 131 do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso para reformar a sentença e arbitrar os honorários advocatícios em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), para cada um dos diferentes advogados dos réus (Dr. José João Ferreira de Souza e Dr. Cezar Cândido Neves), de acordo com os §§ 3º e 4º do art. 20 do Código de Processo Civil. Fica mantida a sentença quanto ao mais.

Condeno os recorridos ao pagamento das custas recursais, com fundamento no parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NILO LACERDA e SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Agravo de instrumento - Indenização - Fase de cumprimento de sentença - Desconsideração da personalidade jurídica - Requisitos exigidos pelo art. 50 do Código Civil - Ausência - Impossibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Fase de cumprimento de sentença. Desconsideração da personalidade jurídica. Ausência dos requisitos exigidos pelo art. 50 do CCB. Impossibilidade.

- Não existindo nos autos prova convincente acerca da ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial apta a demonstrar que os sócios atuaram de forma voluntária e consciente, no sentido de causar prejuízo a terceiros através do uso desvirtuado da personalidade jurídica, como determina o art. 50 do Código Civil, não é possível a autorização para desconsideração da personalidade jurídica da devedora.

Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0148.03.012993-3/004 - Comarca de Lagoa Santa - Agravante: Janete Valeria Ribeiro de Souza - Agravada: Cosméticos Eldorado Distribuidora de Produtos Ltda. - Relatora: DES.ª ELECTRA BENEVIDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incor-

porando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de setembro de 2009. - *Electra Benevides* - Relatora.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela agravante, o Dr. Eder Silva Diamantino.

DES.ª ELECTRA BENEVIDES - Extrai-se dos autos que a agravante ajuizou, em face de Cosméticos Eldorado Distribuidora de Produtos Ltda., ação de indenização por danos morais, ao argumento de que foi surpreendida ao tentar realizar um financiamento, o qual foi negado, pois seu nome constava dos cadastros de proteção ao crédito por uma dívida junto à empresa ré, sendo que jamais realizou com esta nenhum negócio jurídico.

Na oportunidade, requereu a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 1.080.000,00 (um milhão e oitenta mil reais), tendo o pedido sido julgado procedente em parte pelo MM. Juiz *a quo*, para condenar a ré, ora agravada, ao pagamento de R$ 6.000,00 (seis mil reais), devidamente atualizados e acrescidos de juros moratórios de 0,5% a partir da data do fato - 25.3.2002.

Em fase de cumprimento de sentença e, segundo a agravante, esgotados todos os meios a seu alcance para a satisfação de seu crédito, requereu a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade agravada, tendo sido o pedido indeferido pelo MM. Juiz de primeira instância.

Desta decisão é que se recorre.

Inicialmente, cumpre destacar que o Código de Processo Civil, em seus arts. 592, II, e 596, prevê a hipótese de os bens dos sócios responderem por dívidas contraídas pela sociedade; porém, o redirecionamento da ação executiva reclama o cumprimento de certas condições previstas em lei.

Por seu turno, o novo Código Civil, em seu art. 50, adotou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevendo de forma expressa a possibilidade de se afastar o escudo da separação patrimonial existente entre sócio e sociedade, quando esta última tiver sua finalidade desviada ou nos casos de confusão patrimonial.

A Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 279.273/SP, proferiu voto-vista em que abordou, com notável precisão, a questão relativa à desconsideração da personalidade jurídica, diferenciando os requisitos necessários ao seu deferimento, seja quando invocada com base no art. 28 e § 5º do Código de Defesa do Consumidor, seja quando invocada com base no art. 50 do Código Civil:

> A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, quanto aos pressupostos de sua incidência, subdivide-se em duas categorias: teoria maior e teoria menor da desconsideração.
> A teoria maior não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial.
> A prova do desvio de finalidade faz incidir a teoria (maior) subjetiva da desconsideração. O desvio de finalidade é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica.
> A demonstração da confusão patrimonial, por sua vez, faz incidir a teoria (maior) objetiva da desconsideração. A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica e do de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas.
> A teoria maior da desconsideração, seja a subjetiva, seja a objetiva, constitui a regra geral no sistema jurídico brasileiro, positivada no art. 50 do CC/02.
> A teoria menor da desconsideração, por sua vez, parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconsideração com base na teoria menor, basta a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.
> Para esta teoria, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.
> No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria menor da desconsideração foi adotada excepcionalmente, por exemplo, no Direito Ambiental (Lei nº 9605/98, art. 4º) e no Direito do Consumidor (CDC, art. 28, § 5º). (STJ - REsp. nº 279.273/SP - 3ª Turma - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - j. em 4.12.2003.)

Portanto, cumpre ao credor que requer o levantamento do véu protetor da sociedade demonstrar, por meios idôneos e inequívocos de convicção, que os sócios atuaram de forma voluntária e consciente no sentido de causar prejuízo a terceiros através do uso desvirtuado da personalidade jurídica.

No caso em questão, apesar de a agravante ter demonstrado todo o seu esforço na tentativa de localizar os bens da agravada passíveis de penhora, não trouxe aos autos prova convincente acerca da ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, limitando-se a afirmar que a sociedade agravada foi extinta de forma irregular, o que enseja a responsabilização dos sócios pelas dívidas da empresa.

Logo, assumiu a agravante as consequências de sua inatividade, uma vez que quem não obtém êxito em provar o que alegou não terá reconhecido o direito pretendido.

Dito de outra maneira: é ônus de quem afirma provar o que alega, já que, em Direito - como no antigo

brocardo jurídico *allegare sine probare et non allegare paria sunt* -, alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal:

> Ação pauliana com pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Necessidade de comprovação de fraude ou abuso do direito. Observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Possibilidade de constrição dos bens do sócio, com sua devida inclusão no polo passivo e citação, em nome próprio. Pressupostos da ação pauliana. Fraude contra credores. Bem móvel. Alienação para parente. Revogação do ato. *Eventus damni* e *consilium fraudis* demonstrados.
> - Para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, necessárias a demonstração e a comprovação de situações fáticas revestidas de má-fé, ilegalidade, fraude ou abuso de direito.
> - Os sócios que tiverem agido irregularmente, ou mesmo a pessoa jurídica constituída de modo fraudulento, para fraudar os direitos dos credores de outra, poderão ser chamados a integrar o pólo passivo da execução, sendo imprescindível, para tanto, como condição para que seus bens possam ser penhorados, a citação de todos os envolvidos, em nome próprio.
> - A dissolução irregular, que se vislumbra no caso analisado, sobretudo diante da emissão dos títulos com a esquiva de pagamento, permite a penhora de bens do sócio, terceiro requerido.
> - Para que se caracterize a fraude contra credores, mister se faz demonstrar a existência de seu duplo pressuposto, qual seja o *eventus damni* e o *consilium fraudis*.
> - O autor da ação pauliana deve comprovar a anterioridade do crédito em relação ao ato fraudulento, os aludidos requisitos objetivo e subjetivo, sob pena de se afigurar impossível invalidar o ato hostilizado.
> - O requisito subjetivo, o *consilium fraudis*, é presumido em casos como o ora analisado, pois a alienação foi realizada entre parentes (TJMG - Recurso de Apelação nº 1.0071.06.029498-1/001 - Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha - j. em 21.2.2008).

> Agravo. Ação ordinária. Fase de cumprimento de sentença. Inadimplência da empresa devedora. Desconsideração da personalidade jurídica. Impossibilidade. Ausência de prova dos requisitos do art. 50 do CC.
> 1 - Para que haja a desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa, deve ser demonstrado o abuso da personalidade jurídica, quer o caracterizado pelo desvio de finalidade, quer o dedutível de confusão patrimonial (art. 50, CC).
> 2 - A inadimplência da empresa agravante, seja neste processo, seja em outros que tramitam na Comarca de Uberaba, não traduzem, por si só, abuso da personalidade jurídica, comportamento fraudulento dos sócios ou descumprimento de lei ou do contrato social.
> 3 - Agravo provido (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0701.02.020017-9/001 - Rel. Des. José Marcos Vieira - j. em 8.7.2009).

Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, não vislumbrando os requisitos que autorizam o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

Custas, *ex lege*.

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - De acordo.

DES. PEREIRA DA SILVA - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

. . .

Ação de cobrança - Cooperativa de crédito - Prejuízo - Rateio entre os associados - Razão direta dos serviços usufruídos - Comprovação - Ausência

Ementa: Ação de cobrança. Cooperativa de crédito. Prejuízos. Rateio entre os associados. Razão direta dos serviços usufruídos. Comprovação. Ausência. Sentença mantida.

- Os prejuízos ocorridos na cooperativa de crédito devem ser suportados pelos associados mediante rateio, nos termos do art. 89 da Lei nº 5.764/71, sendo o *quantum* para cada participante apurado tomando-se por base os serviços usufruídos, devendo estes ser efetivamente comprovados.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0382.05.049736-3/001 - Comarca de Lavras - Apelante: Crediacil - Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Comerciantes de Materiais de Construção de Lavras Ltda. - Apelados: José Maria Sales, Ronaldo Elizei, Maria Aparecida Ribeiro Santos. - Relator: DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de julho de 2009. - *Irmar Ferreira Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 105/110, que, nos autos da Ação de Cobrança proposta por Crediacil - CECM dos Comerciantes de Materiais de Construção de Lavras Ltda. contra José Maria Sales, Ronaldo Elizei e Maria Aparecida Ribeiro Santos, julgou

parcialmente procedente o pedido inicial em relação ao réu Ronaldo Elizei, e extinguiu o processo, sem resolução de mérito, em relação aos demais réus.

Inconformada, insurge-se a autora às f. 112/115, sustentando, em relação ao réu Ronaldo Elizei, que o valor entendido pelo Juízo *a quo* como saldo da conta corrente constituía, de fato, capital social integralizado. Assim, seria indevida a compensação de créditos e débitos entre as partes determinada na sentença.

Já em relação aos demais requeridos, Maria Aparecida Ribeiro Santos e José Maria Sales, argumenta que eles não são meros correntistas, e sim cooperados. Nessa qualidade, inclusive, usufruíram de todos os benefícios oferecidos e, se houvesse lucros, receberiam seus dividendos; porém, no caso de prejuízos, arcariam proporcionalmente com eles.

Segundo o apelante, a interpretação do art. 3º do Estatuto Social da apelante não pode ser feita de maneira restritiva, e sim ampliativa, de modo a incluir no rol de possíveis cooperados todos aqueles que lidam no ramo do comércio.

Com esses fundamentos, pede a reforma da sentença, julgando-se procedente o pedido autoral em relação aos três requeridos.

Sem contra-razões (certidão de f. 116-v.).

Conheço do recurso, já que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Cuida o caso em comento de ação de cobrança, através da qual a Cooperativa autora pretende receber dos réus o rateio dos seus prejuízos, conforme definido em assembleia.

O Magistrado singular julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar apenas o réu Ronaldo Elizei ao pagamento de sua quota-parte nos prejuízos da Cooperativa, deduzido o saldo de sua conta corrente, bloqueado.

A sentença deve ser mantida, embora por outros fundamentos.

Inicialmente, é necessário frisar que, a despeito do que foi decidido pelo Magistrado singular, a relação jurídica existente entre as partes é, sim, de cooperativismo.

As fichas de cadastro anexadas às f. 08, 11 e 15, apesar de não contarem com a assinatura do presidente da Cooperativa, constituem, exatamente, a associação dos réus como cooperados.

Dessa maneira, entendo que foi comprovada a qualidade de cooperados dos réus José Maria Sales e Maria Aparecida Ribeiro Santos, uma vez que a autora, como Cooperativa de Crédito, não está aberta a clientes e terceiros, mas tão somente aos associados - *in casu*, comerciantes de materiais de construção de Lavras e outras pessoas que o estatuto permita.

Ademais, nas propostas assinadas às f. 08, 11 e 15, consta expressamente a admissão do cooperado, nos seguintes termos:

> O acima qualificado e abaixo assinado, tendo pleno conhecimento do Estatuto Social, que se obriga a cumprir, solicita sua admissão como associado dessa Cooperativa, subscrevendo e integralizando, mensalmente, as cotas de capital estipuladas no estatuto.

Restando confirmada a relação de cooperativismo existente entre as partes, merece ser analisado o dever de rateio pelos associados, no que se refere aos prejuízos sofridos pela Cooperativa.

Pretende o autor a condenação dos réus ao pagamento do valor de rateio estipulado na Assembleia, em trinta parcelas, relativo à compensação das perdas da Cooperativa.

A meu sentir, o pedido é improcedente em relação aos réus José Maria Sales e Maria Aparecida Ribeiro Santos e parcialmente procedente em relação a Ronaldo Elizei.

O art. 89 da Lei nº 5.764/71, legislação que regula as cooperativas de crédito, dispondo a respeito dos prejuízos, define que

> os prejuízos verificados no decorrer do exercício serão cobertos com recursos provenientes do Fundo de Reserva e, se insuficiente este, mediante rateio, entre os associados, na razão direta dos serviços usufruídos, ressalvada a opção prevista no parágrafo único do art. 80.

Também o art. 80 da mesma lei, quando dispõe acerca da distribuição de despesas por rateio, toma por base justamente a "proporção direta da fruição de serviço".

Contudo, analisando as provas trazidas nos autos, não se vislumbra qualquer demonstração da proporção dos serviços supostamente usufruídos por José Maria Sales e Maria Aparecida Ribeiro, se houve a utilização de crédito, em que valores, bem como se foram usados cheques e outras vantagens ou benefícios em razão do cooperativismo.

Para o rateio dos prejuízos, faz-se necessária a comprovação da proporção dos serviços usufruídos pelo apelado, o que não ocorreu nos autos. Tais provas vieram apenas no que diz respeito a Ronaldo Elizei, com a juntada dos extratos bancários relativos à sua movimentação financeira após a audiência de conciliação.

Assim, conclui-se que a autora não se desincumbiu do ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, a teor do art. 333, I, do CPC, no que tange aos dois réus acima mencionados.

Nessa esteira de raciocínio, em que pese serem os réus cooperados, reconhecendo-se a relação jurídica entre os litigantes como de cooperativismo, não há nos autos a demonstração de quanto os associados usufruíram dos serviços oferecidos pela Cooperativa, ou uma planilha indicando, de forma individualizada, quanto caberia a cada cooperado, conforme pretende a autora.

Em hipóteses semelhantes, colhe-se da jurisprudência deste eg. Tribunal:

Apelação. Ação de cobrança. Sociedade cooperativa. Rateio de prejuízos financeiros entre os cooperados na proporção dos serviços. - A sociedade cooperativa norteia-se pela mútua cooperação de seus integrantes, ausente a finalidade lucrativa. Tendo havido deliberação expressa pela assunção de dívidas da cooperativa, a decisão é obrigatória para todos os cooperados, mas dentro dos limites legais e estatutários. Prevendo o estatuto da cooperativa que os prejuízos verificados no decorrer do exercício serão cobertos com recursos provenientes do fundo de reserva e, se insuficiente este, mediante rateio entre os associados, na razão direta dos serviços usufruídos, cabe à cooperativa provar que os cooperados usufruíram de algum serviço, para que sejam compelidos a arcar com o débito. (Apelação Cível nº 1.0707.04.081962-5/001 - 15ª Câmara Cível - Rel. Des. Mota e Silva - j. em 17.8.2006.)

Ementa: Cooperativa de crédito. Prejuízos ocorridos. Rateio entre os associados. Razão direta dos serviços usufruídos. Necessidade de comprovação. - Os prejuízos ocorridos na cooperativa de crédito devem ser suportados pelos associados, nos termos do art. 89 da Lei nº 5.764/71, sendo o *quantum* para cada participante apurado em relação aos serviços usufruídos, devendo estes ser comprovados. (Apelação Cível nº 1.0707.04.081822-1/001 - 11ª Câmara Cível - Rel. Des. Fernando Caldeira Brant - j. em 23.8.2006.)

Já em relação ao réu Ronaldo Elizei, o pedido procede, haja vista a juntada aos autos de extratos indicando a movimentação financeira, utilização de cheque especial e empréstimos (f. 85), o que torna devida a cobrança.

Não obstante, registro que, conforme acertadamente assinalou o Magistrado singular, os extratos de f. 84/90 indicam a existência de saldo na conta mantida pelo réu, os quais deverão ser deduzidos da condenação.

Sobreleva mencionar que o autor não demonstrou de forma clara qual seria o valor relativo ao capital a ser integralizado pelo réu, tanto é assim que o saldo da conta corrente, aparentemente, sempre coincidia com o suposto valor do capital social.

Dessarte, embora por outros fundamentos, a sentença deverá ser mantida, para se condenar apenas o réu Ronaldo Elizei ao pagamento da sua parte no rateio dos prejuízos da Cooperativa autora, deduzido o crédito apurado em sua conta corrente.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante, suspensa a exigibilidade, uma vez que se encontra litigando sob o pálio da assistência judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e MÁRCIA DE PAOLI BALBINO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de cobrança - Servidor público - Demissão e reintegração - Decisão judicial transitada em julgado - Ônus da prova - Fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito - Ausência de prova

Ementa: Ação de cobrança. Servidora pública demitida e reintegrada por força de decisão judicial transitada em julgado. Ônus da prova. Ausência de prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito. Recurso provido para julgar procedente o pedido.

- A reintegração de servidora no cargo que ocupava por força de decisão judicial transitada em julgado, que reconheceu a ilegalidade da exoneração, implica o direito de recebimento dos vencimentos que deveriam ter sido pagos no período de afastamento.

- O ônus da prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de tal direito incumbe, no caso, à Administração, que praticou o ato reconhecidamente ilegal, dando ensejo à propositura da ação de cobrança (art. 333, inciso II, do CPC).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0183.06.120644-1/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: Margarida Bárbara da Cruz - Apelado: Município de Rio Espera - Relator: DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 2 de julho de 2009. - *José Francisco Bueno* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO - Trata-se de recurso de apelação (f. 130/132), interposto da sentença de f. 123/127, que julgou improcedente o pedido da ação proposta por Margarida Bárbara da Cruz em face do Município de Rio Espera, visando a receber o pagamento dos vencimentos e vantagem referentes ao período compreendido entre janeiro de 1997 e novembro de 2005, o que, segundo se extrai da inicial, seria devido em razão de a autora ter sido reintegrada ao cargo que ocupava em decorrência de decisão judicial.

Alega a apelante, em síntese, que, ao contrário do que consta na sentença recorrida, especificou todos os pedidos na petição inicial; que a planilha com os cálcu-

los devidos pelo recorrido seria apresentada ao final do processo; que, se anteriormente impetrou mandado de segurança, foi justamente porque não recebeu o que era devido; que caberia ao recorrido apresentar comprovantes da quitação de seu débito; que o recorrido sempre se esquivou de apresentar os documentos solicitados acerca dos pagamentos que deve à recorrente; que o fato de ter sido exonerada do cargo do qual ficou afastada injustamente, necessitando ingressar com uma ação de reintegração ao cargo, na qual saiu vencedora, já é prova suficiente de seu direito ao recebimento dos vencimentos de todo o período em que esteve afastada de forma ilegal. Pugna pelo provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, julgando-se procedentes os pedidos da inicial.

Sem contrarrazões, por decurso de prazo (certidão f. 136-v.).

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos de admissibilidade.

A matéria não é nova neste Tribunal, sendo assentado o entendimento de que a reintegração de servidor no cargo que ocupava, em razão da ilegalidade da exoneração, implica o direito de recebimento dos vencimentos que deveriam ter sido pagos no período de afastamento.

Nesse sentido, pertinente a transcrição dos seguintes julgados deste Tribunal:

> Ação de cobrança. Vencimentos. Regime estatutário. Competência da Justiça Comum. Servidor público. Reintegração. Valores devidos. Prescrição quinquenal. Aplicabilidade. Juros de mora 1% ao mês. Honorários. - É competente a Justiça Comum Estadual para processar e julgar ação de servidor público municipal objetivando o recebimento de direitos relativos ao regime estatutário, não desnaturando a natureza administrativa do pedido o fato de incluir na contagem de tempo, para concessão do benefício, período em que o servidor era regido pelo regime celetista. Com a reintegração do servidor, cabe à administração reparar integralmente os prejuízos que advieram do ato injurídico que o atingiu. Os juros de mora incidentes sobre os valores a serem restituídos devem ser de 1% (um por cento) ao mês, dado o caráter alimentar do débito, e contados a partir da citação, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e precedentes do STF. Nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, nas ações em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do mesmo dispositivo legal. (Apelação Cível nº 1.0400.05.017747-8/001. Relatora: Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Publicação: 16.3.2007.)

> Indenização. Servidor público reintegrado judicialmente no cargo. Cobrança de verba salarial não percebida durante o período da ilícita exclusão. Prescrição. Contagem a partir do trânsito em julgado da decisão que reconheceu a ilegalidade da exoneração. Prazo quinquenal. Juros de mora. Aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97. Honorários advocatícios. Redução. Sentença parcialmente reformada. - A cobrança das parcelas não percebidas pelo servidor durante o período em que permaneceu ilicitamente afastado de seus trabalhos na Administração Pública prescreve no prazo de cinco anos, a contar da data do trânsito em julgado da decisão judicial que reconheceu a ilegalidade do ato de exoneração, pois é nesse momento que surge para o servidor o direito à percepção das verbas que não auferiu por exoneração irregular perpetrada pelo Poder Público. - O servidor público concursado que é ilegalmente destituído do cargo e que, após reconhecida a ilegalidade do ato, é reintegrado aos quadros da administração, tem direito ao recebimento do valor correspondente ao que faria jus no período do afastamento. - Em ação ajuizada após a entrada em vigor da Medida Provisória 2.180-35/2001, os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos, decorrentes do desligamento ilegal do serviço público, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano, nos termos do art. 1º-f da Lei 9494/97, com a redação dada pela mencionada Medida Provisória. - Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixados com base no § 4º do art. 20 do CPC. Entendendo-se elevada a fixação pelo Juízo de Primeiro Grau dos honorários advocatícios, impõe-se sua redução a patamares justos, sem que isso represente qualquer demérito à excelência do trabalho do causídico beneficiado. (Apelação Cível nº 1.0145.04.162863-0/001. Relator: Des. Dídimo Inocêncio de Paula. Publicação: 18.11.2008.)

Com efeito, no caso dos autos, o direito à reintegração foi reconhecido judicialmente em ação proposta anteriormente, transitada em julgado (f. 54), não cabendo mais qualquer discussão sobre essa questão.

Portanto, consoante o entendimento jurisprudencial já mencionado, inegável também o direito da apelante ao recebimento dos valores a que fazia jus, relativo ao período em que ficou ilegalmente afastada do cargo.

Ressalto, ainda, que, como Relator, já tive também a oportunidade de me manifestar sobre a matéria em várias oportunidades, adotando o mesmo posicionamento, conforme se verifica da leitura dos seguintes julgados:

> Ação de cobrança. Servidora pública demitida e reintegrada por força de decisão judicial. Mandado de Segurança. Cobrança dos vencimentos em atraso. Prescrição. Inocorrência. Recurso provido. (Apelação Cível nº 1.0182.05.931498-5/001. Relator: Des. José Francisco Bueno. Publicação: 7.10.2005.)

> Cobrança. Servidor público municipal. Reintegração determinada por força de decisão judicial. Restabelecimento de todos os direitos. Pedido procedente. Sentença reformada em parte, no reexame obrigatório, ou apenas para reduzir a verba honorária. Recurso voluntário prejudicado. (Apelação Cível nº 1.0000.00.264967-1. Relator: Des. José Francisco Bueno. Publicação: 1º.11.2002.)

Assim, constata-se que a sentença recorrida não se encontra em consonância com o posicionamento do Tribunal acerca da matéria.

O fundamento da sentença recorrida, que concluiu pela improcedência do pedido, parte da premissa de que a autora não teria produzido prova que lhe incumbida.

Entendeu o Juízo sentenciante que caberia ao autor explicitar quais seriam as vantagens a que faz jus e que deveria ter apresentado planilha discriminada dos valores referentes ao vencimento.

Com a devida vênia, ao fazer certa digressão sobre questões processuais, a sentença recorrida incorre em equívoco ao referir-se ao § 1º do art. 162 do CPC, não tendo considerado a alteração do referido dispositivo pela Lei nº 11.232/05.

Com efeito, o Direito Processual, especialmente nos últimos anos, tem passado por uma série de modificações, visando sempre a uma maior efetividade do processo, prestigiando-se a entrega efetiva da prestação jurisdicional, com o exame da matéria posta em juízo para decisão, em detrimento de questões meramente formais.

Portanto, com a devida vênia, ao contrário do que consta na fundamentação da sentença recorrida, a sentença, em regra, não mais põe fim ao processo, não sendo necessária a apresentação de planilha sobre os valores no momento da fase de conhecimento, o que não seria necessário nem mesmo antes das referidas mudanças na lei processual.

Ademais, diferentemente do que consta do fundamento da sentença recorrida, o ônus da prova, no presente caso concreto, incumbia ao requerido, e não à autora.

Isso porque, além de se tratar de pretensão decorrente de fato negativo, os documentos relativos à vida funcional da autora pertencem à Administração, a qual deveria ter feito prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de direito, já que a pretensão e o direito da autora decorrem de decisão judicial transitada em julgado, o que restou devidamente comprovado nos autos.

Nesse sentido, oportuna a transcrição do seguinte precedente:

> Ação de cobrança. Servidor público. Dispensa. Reintegração ao cargo. Vencimentos atrasados. Não comprovação do pagamento. Ônus da prova. Enriquecimento ilícito do Município. Vedação. - Reintegrado o servidor sem o pagamento dos vencimentos em atraso, correta a decisão que determina a quitação dos atrasados, em estrita observância aos princípios da legalidade e moralidade com que se deve pautar o Poder Público. - Ausente a prova de pagamento das verbas salariais reivindicadas, a dívida existe e deve ser solvida, sob pena de enriquecimento ilícito do Poder Público mediante jactância do prestador de serviço e afronta aos princípios administrativos anteriormente referidos. - A teor do art. 333, II, do CPC, é do Município o *onus probandi* da quitação da obrigação resultante da prestação de serviços pelo servidor, haja vista que é da essência dos atos administrativos a forma escrita justa, em razão de cotejá-los como prova dos atos administrativos respectivos. (Apelação Cível nº 1.0327.04.012488-2/001. Relator: Des. Belizário de Lacerda. Publicação: 21.6.2007.)

É de ressaltar, ainda, que - além de a pretensão da ação decorrer de decisão transitada em julgado, tendo a autora apresentado a prova que lhe incumbia nesse sentido, competindo, como já afirmado, ao requerido a prova acerca de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de direito - os fatos narrados na inicial restaram incontroversos nos autos, na medida em que não foram impugnados pelo Município, o qual, na contestação apresentada (f. 79/80), se limitou basicamente a argumentar que mandado de segurança não constitui o meio próprio para cobrança de valores pretéritos, sendo que a ação em comento não foi proposta como mandado de segurança. Assim, a teor do disposto no inciso III do art. 334 do CPC, os fatos incontroversos no processo não dependem de prova, sendo que, também sob esse ângulo, não se sustenta, *data venia*, a fundamentação da sentença recorrida.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para reformar a sentença, julgando procedentes os pedidos da inicial, para reconhecer o direito da autora ao recebimento dos valores devidos relativamente ao tempo em que esteve afastada ilegalmente do cargo, condenando o requerido, ora apelado, ao pagamento dos referidos valores, com juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, a partir da citação, corrigidos monetariamente pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, a serem apurados oportunamente. Condeno o apelado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, em consonância como os parâmetros das alíneas do § 3º do mesmo artigo da Lei Processual.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AUDEBERT DELAGE e MOREIRA DINIZ.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Responsabilidade civil - Indenização - Dano moral - Boletim de ocorrência - Exercício regular de direito - Exorbitância - Não comprovação - Dano não caracterizado

Ementa: Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Furto. Boletim de ocorrência. Inquérito policial. Exercício regular do direito. Exorbitância indemonstrada. Recurso improvido.

- O ordenamento civil brasileiro adotou, como regra, a teoria subjetiva ou da culpa, segundo a qual três requisitos devem estar presentes para gerar a responsabilidade civil: uma conduta antijurídica do agente, potencialmente danosa (*eventus damni*), uma lesão efetiva

(dano) e a relação de causa e efeito entre elas (nexo causal). Ausente qualquer desses elementos, afasta-se o dever indenizatório.

- Não há imputar responsabilidade civil e consequente obrigação de indenizar àquele que age no exercício regular de um direito, ao acionar a Polícia Militar, a fim de ser lavrado Boletim de Ocorrência, para apuração de furto ocorrido em seu estabelecimento, se não se comprova que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada e de má-fé.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0433.06.173185-0/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Nascimento Leão Neto e outro - Apelado: Dalton Lúcio da Mota Freitas - Relator: DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2009. - *Tarcísio Martins Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - Cuida-se de recurso de apelação aviado contra a r. sentença de f. 131-134, proferida pelo digno Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Montes Claros, que, nos autos da ação de indenização por danos morais movida por Nascimento Leão Neto e outro, em face de Dalton Lúcio da Mota Freitas, julgou improcedente o pedido, condenando os autores nos ônus sucumbenciais, suspensa, contudo, sua exigibilidade, por se encontrarem sob os auspícios da gratuidade judiciária.

Consubstanciado o seu inconformismo nas razões recursais de f. 137-140, pretendem os autores a reforma do r. *decisum,* sustentando, em síntese, que foram expostos a situação vexatória perante familiares e vizinhos, por lhes ter sido imputada, injustamente, pelo apelado, a prática de crime de furto ocorrido nas dependências de seu estabelecimento.

Afirmam que a atitude do apelado, ao apontá-los como autores do fato, lhes acarretou intenso constrangimento na vizinhança, obrigando-os a mudar de bairro, em virtude da pecha de bandidos que carregavam, a despeito de os verdadeiros criminosos terem sido identificados, posteriormente.

Sustentam que a prova testemunhal coligida comprovou a "cinematográfica cena hollywoodiana", perpetrada pela polícia, ao adentrar em suas residências, "colocando roupas ao chão, e derrubando tudo de estante a gavetas", diante de seus filhos, esposa e vizinhos, que foram obrigados a presenciar a truculência utilizada pelos policiais, tudo isso, em virtude da irresponsável e imprudente atitude do requerido, que, além de incriminá-los, injustamente, pelo furto de R$ 60.000,00, quando da lavratura do boletim de ocorrência (f. 24-25), ainda propalou pela cidade que foram eles "...os criminosos que haviam furtado o dinheiro".

As contrarrazões vieram através das peças de f. 144-152, em óbvia infirmação, batendo-se pelo desprovimento do apelo.

Presentes os pressupostos que regem sua admissibilidade, conheço do recurso.

Mostram os autos que os autores/apelantes buscaram a tutela jurisdicional ao amparo da ação de indenização por danos morais, em virtude de constrangimento que alegam haver sofrido, por lhes ter sido imputada, injustamente, pelo réu, a prática de crime de furto, ocorrido nas dependências de seu estabelecimento.

Asseveram que, ante as informações prestadas pelo requerido, de que sabiam da existência de dinheiro em seu escritório, pelo fato de um deles, Saulo Simões Toledo Júnior, ter sido seu funcionário, bem assim por terem sido vistos nas proximidades da empresa no dia dos fatos, instaurou-se inquérito policial, no qual foram indiciados como suspeitos do referido crime. Deferida, judicialmente, busca e apreensão em suas residências, por se tratar de renomado empresário da região, alegam que se viram humilhados perante a família, vizinhos e toda a municipalidade, em virtude do forte aparato policial que adentrou em seus domicílios, de forma truculenta e desrespeitosa, no afã de encontrar o suposto produto do furto.

Afirmam que, como se não bastasse a irresponsável e imprudente incriminação feita às autoridades policiais, o requerido ainda teria propalado, por toda cidade, a falsa imputação da autoria do crime.

O requerido, por sua vez, além da prefacial de carência de ação, contrapõe que apenas prestou informações à Polícia Militar, quando da lavratura do Boletim de Ocorrência, ficando a cargo da autoridade policial competente as investigações e diligências. Esclarece, ainda, que, em momento algum, noticiou a outras pessoas que os autores teriam cometido o delito (f. 34-47).

Sobreveio a r. sentença de f. 131-134, julgando improcedente o pedido autoral, ao fundamento de que o réu agiu, no exercício regular de um direito seu, não havendo, assim, falar em ato ilícito e, via de consequência, em responsabilidade civil.

Tenho que incensurável o r. *decisum* atacado.

Prima facie, cumpre assinalar que a responsabilidade civil pode ser definida como a obrigação de reparar o dano, imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem.

Desse conceito, extraem-se os seguintes requisitos essenciais.

Em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário ao direito, omissivo ou comissivo, sem necessidade de indagar se houve, ou não, o propósito de malfazer.

Por segundo, a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial.

E, em terceiro, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre um e outro, de forma a se precisar que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que, sem a verificação do comportamento contrário ao direito, não teria havido o atentado ao direito.

Ausente qualquer desses elementos, não há se cogitar do dever indenizatório.

Anoto, ainda, que conduta ilícita é aquela que, apresentando-se em contrariedade ao direito, tem energia suficiente para gerar o resultado lesivo. Todavia, não basta o dano potencial. Mister se faz que a lesão tenha existência concreta e entre esta e aquela haja um liame indissolúvel de causalidade. Enfim, a conduta antijurídica geradora do dano é essencial para resultar no dever ressarcitório.

A lição é de Caio Mário da Silva Pereira, em *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 83:

> 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 o 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.

A seu turno, Rui Stoco, ao tratar do "ilícito como fator gerador de responsabilidade", cita a lição de Carlos Alberto Bittar, esclarecendo que:

> ... para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem. 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) *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 94).

Cuidando-se, pois, de responsabilidade civil, decorrente de ato ilícito, e tendo-se, como regra, a responsabilidade subjetiva, o lesado deve provar a conduta positiva ou omissiva do agente, o dano e o nexo causal.

Na hipótese dos autos, *suma venia*, tenho que não restou comprovada a antijuridicidade da conduta do requerido, ao prestar informações à Polícia Militar, quando da lavratura do respectivo Boletim de Ocorrência, dele constando, expressamente, *litteris*:

> ... segundo a solicitante nesta data ao chegar no local, percebeu que pessoa (s) desconhecida (s) havia arrombado treis gavetas da recepção e uma porta que dava acesso a sala da vítima. Em contato com a vítima ele relatou que havia na gaveta da sua sala a quantia de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), em dinheiro que foi furtado. Diante do exposto foi feito contato com a 'perícia', que não compareceu no local. Vítima suspeita de um indivíduo conhecido por 'Saulo'... (*sic*) (f. 25).

É sabido e ressabido que a comunicação à autoridade policial de fato, em tese, previsto como crime ou contravenção, não configura, por si só, ato ilícito, a gerar o dever de indenizar daquele que denunciou ou promoveu o processo, tratando-se, na verdade, de exercício regular de direito.

A propósito, ponderou acertadamente o douto Juiz singular:

> ... sabe-se que a representação criminal não configura ato ilícito capaz, por si só, de acarretar a obrigação indenizatória, pois caracteriza tal conduta exercício regular do direito, uma vez que o ordenamento jurídico vigente concede a todo cidadão o direito de levar ao conhecimento da autoridade policial a suspeita de prática de crime (f. 132).

Com efeito, não gravitam na órbita do dano moral aquelas ações que, embora possam causar dano a outrem, se desenvolvem no exercício regular de um direito. E assim é porque o direito e o ilícito são antíteses absolutas - um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não pode existir ilícito.

No presente caso, verifica-se que, ante o furto ocorrido em sua empresa, o requerido acionou a Polícia Militar, a fim de que fosse lavrado o respectivo Boletim de Ocorrência, para apuração do fato pelas autoridades policiais competentes, ao fito de recuperar o numerário furtado de seu estabelecimento. Ato contínuo, foi instaurado, pelo Delegado de Polícia, o competente inquérito policial de nº 261/2005 (f. 21), e, posteriormente, requerida ao Juiz de Direito da Comarca de Montes Claros busca e apreensão, no endereço dos suspeitos, a qual foi deferida (f. 19-20).

Desse contexto, extrai-se que o apelado nada mais fez do que exercer o seu direito, constitucionalmente assegurado, ao requerer a investigação do delito ocorrido em sua empresa, não havendo, por óbvio, falar em ato ilícito e, por conseguinte, em dever de indenizar.

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 (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. Causas de irresponsabilidade. 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 71).

A seu turno, o insigne Carvalho dos Santos elucida que:

> A improcedência do processo ou o fato da denúncia ter sido julgada improcedente não induzem, por si só, a temeridade daquele que denunciou ou promoveu o processo (*Código Civil brasileiro interpretado*, III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 131).

Ainda, a esse respeito, vale citar:

> Há hipóteses excepcionais que não constituem atos ilícitos apesar de causarem danos aos direitos de outrem, isto porque o procedimento lesivo do agente, por motivo legítimo estabelecido em lei, não acarreta o dever de indenizar, porque a própria norma jurídica lhe retira a qualificação de ilícito. Assim, ante o artigo *sub examine* não são ilícitos: a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estado de necessidade (*Código Civil anotado* por Maria Helena Diniz, art. 160, 2. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p. 170).

> A simples *notitia criminis* sem intenção clara de lesar ou prejudicar a outrem não pode configurar denunciação caluniosa para efeito de reparação civil do dano (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Responsabilidade civil*, São Paulo: Leud, 1986, p. 36).

Na mesma vertente, a jurisprudência:

> Se alguém, no uso normal de um direito, lesar outrem não terá qualquer responsabilidade pelo dano, por não ser um procedimento ilícito. Só haverá ilicitude se houver abuso de direito ou seu exercício irregular ou anormal (*RT* 434/239).

> O exercício de uma atividade lícita, qual seja a iniciativa de levar a conhecimento da polícia a prática de delito cometido por alguém sem demonstrar comportamento antijurídico, de modo a configurar ilícito absoluto previsto no art. 159 do Código Civil, não acarreta para o agente a obrigação de indenizar danos morais e patrimoniais, se o réu vem ser absolvido no processo criminal (*RJTAMG* 56-57/139).

Do que não discrepa a jurisprudência desta eg. Corte de Justiça:

> Indenização. Instauração de ação penal. Denúncia julgada improcedente. Dano moral. Inexistência. Antecedentes criminais (...). Sentença mantida.
> - A abertura de inquérito policial, mediante a requisição da autoridade judiciária da qual resultou em denúncias contra o autor, não possui a capacidade de gerar indenização por dano moral, se não se comprova que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada e de má-fé, mas, ao contrário, constituiu exercício regular de direito (...) (Apelação n. 1.0672.98.013443-7/001, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Edilson Fernandes, j. em 06.12.2005).

> Apelação cível. Danos morais. Representação criminal. Exercício regular de direito. Ausência de indicação explícita quanto ao autor do fato. Dano não caracterizado. A provocação de autoridade policial exclusivamente na defesa de interesses, sem o propósito único de prejudicar o indiciado, ou intenção de ofender a honra e denegrir a imagem daquele contra quem reclamou, não enseja a condenação por danos morais. Não pode ser considerada como conduta geradora de ato indenizável, em face da ausência de dano e da má-fé na formalização da denúncia criminal por parte de quem comunica, apenas, fato supostamente criminoso, sem indicar o autor (Apelação Cível nº 1.0521.05.040019-6/001, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, 11ª Câm. Cível, j. em 30.01.2008).

Por todo o exposto, não se pode pretender seja imputada responsabilidade civil e consequente obrigação de indenizar àquele que age no exercício regular de um direito previsto no ordenamento jurídico, quando não demonstrada qualquer exorbitância na atividade, positiva ou negativa (ação ou omissão), do titular desse direito, por se tratar de excludente de ilicitude, consoante o art. 188, inciso I, do NCCB (CC/1916, art. 160).

No vertente caso, ao que se vê, contrariamente do que afirmam os apelantes, o requerido não cometeu qualquer abuso ou excesso quanto à sua atitude após o furto do qual foi vítima.

Ressalte-se que a busca e apreensão contra a qual se insurgem se deu a requerimento da autoridade policial, efetivando-se por mandado judicial.

Concernente à alegação de que o apelado teria propalado na região, de forma leviana e perversa, que os apelantes foram os responsáveis pelo furto, melhor sorte não lhes assiste.

Como bem anotou o d. Sentenciante, *litteris*:

> *Data venia maxima*, em sede de instrução probatória nesta seara, nenhuma prova foi capaz de estabelecer a intenção do requerido em prejudicar os requerentes, o que seria essencial à procedência do pedido.
> Vejamos a testemunha de f. 108: 'Que o depoente nunca presenciou o requerido humilhando ou difamando os autores'.
> Na mesma linha, a testemunha de f. 109: 'Que o depoente não presenciou o requerido fazer qualquer acusação ou discriminação contra os autores da presente ação; Que o depoente não tem condições de informar especificamente qual foi a pessoa que fez os comentários no posto policial (f. 133).

Com efeito, a responsabilidade por dano moral pela notícia de fato delituoso ou transgressão é subjetiva, estando condicionada à prova convincente e concre-

ta, de que a atitude do denunciante ou vítima tenha se revestido de dolo, temeridade ou má-fé, o que, não demonstrado, afasta a alegação do excesso no exercício regular de direito.

A sistemática adotada pelo Diploma Processual Civil pátrio, no que concerne ao ônus da prova, está muito clara no art. 333, CPC, segundo o qual, ao autor, compete o ônus da prova de seu direito, e, ao réu, o ônus da prova de qualquer fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor.

Assim, caberia aos autores comprovar o aventado abuso de direito por parte do requerido, bem assim o deliberado intuito de prejudicá-los, ao propalar, injusta e irresponsavelmente à comunidade, a suposta prática de crime cometida pelos apelantes, o que poderia até justificar seu pleito; todavia, permaneceram no terreno infértil das meras alegações.

Como já dito, à exaustão, só há ilicitude se houver abuso do direito ou seu exercício irregular ou anormal (*RT* 434/239, 445/229, 403/218, 494/225), impondo-se que isso fique demonstrado, e os apelantes, embora todas as oportunidades de provas lhe tenham sido asseguradas, delas descuraram, não logrando se desvencilhar do ônus imposto pelo art. 333, I, do Diploma Instrumental.

Nesse contexto, outra não poderia ter sido a r. decisão de primeiro grau.

Com essas razões de decidir, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume o respeitável trabalho decisório de primeiro grau, por seus e por estes fundamentos.

Custas recursais, pelos apelantes, suspensa, contudo, a sua exigibilidade, no interstício do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTÔNIO BRAGA e GENEROSO FILHO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Cooperativa - Prestação de serviço médico - Ingresso de novos cooperados - Limitação - Possibilidade - Critério de conveniência e viabilidade

Ementa: Cooperativa de trabalho médico (Unimed/Uberaba). Ingresso de novos médicos cooperados. Limitação. Impossibilidade técnica. Lei nº 5.764/71. Disposições estatutárias. Análise de critérios econômico-financeiros. Possibilidade. Recurso desprovido. - Nos termos dos arts. 4º, I, e 29, ambos da Lei nº 5.764/71, as cooperativas regem-se pela adesão livre e voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços. Tal impossibilidade técnica engloba a inviabilidade operacional decorrente do número excessivo de profissionais em determinada área de atuação, preservando-se a viabilidade econômico-financeira da entidade. Está claro que o aumento indiscriminado do número de médicos cooperados causa impactos no funcionamento da sociedade, em função da proporcional elevação dos custos operacionais e despesas administrativas decorrentes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.08.226161-4/003 - Comarca de Uberaba - Apelante: Unimed Uberaba Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - Apelado: Ricardo Pastore - Relator: DES. LUCAS PEREIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de agosto de 2009. - *Lucas Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Raimundo Cândido Júnior.

DES. LUCAS PEREIRA - Trata-se de ação ordinária com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Ricardo Pastore em face de Unimed - BH Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.

Sustentou o autor que, na qualidade de médico, com especialização em gastroenterologia e cirurgia de aparelho digestivo, preenche todos os requisitos técnicos e legais necessários à associação ao quadro de cooperados da requerida.

Afirmou que a ré vem praticando verdadeira "reserva de mercado", uma vez que denegou a admissão do autor em seus quadros, ao argumento de que "não há necessidade de novas admissões na especialidade solicitada", violando o disposto no art. 29 da Lei nº 5.764/71, bem como os princípios da liberdade do exercício de profissão e de associação. Formulou pedido de antecipação de tutela, para efeitos de restar compelida a ré a inscrevê-lo como cooperado, integrando o quadro de médicos conveniados, postulando, ao final, a procedência do pedido.

Regularmente citada, a ré apresentou contestação (f. 62/69), aduzindo, em suma, que o princípio do livre

acesso à cooperativa sofre limitação pela impossibilidade técnica de prestação dos serviços, nos termos do art. 4º da Lei nº 5.764/71. Sustentou que os critérios de admissão de novos cooperados previstos em seu edital são legais, sendo, *in casu*, econômico-financeiramente inviável a pretendida adesão, por já ser suficiente o número de cooperados na especialidade do autor proporcionalmente à demanda de serviços da área. Disse que tal inviabilidade econômica decorre do aumento dos custos operacionais da manutenção de excessivo número de profissionais associados, enquadrando-se no conceito de "impossibilidade técnica" previsto no citado art. 4º da Lei de Cooperativas. Requereu, por derradeiro, a improcedência dos pedidos.

Às f. 227/229, o ilustre Juiz singular proferiu sentença, através da qual julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando

> a ré, a admiti-lo no seu quadro de médicos cooperados, na especialidade aqui perseguida, mediante a apresentação da documentação exigida no contrato, no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária que fixo em R$500,00.

Condenou a requerida, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Inconformada, a requerida interpôs apelação (f. 231/240), reiterando as razões postas na contestação, pugnando pela reforma da decisão primeva, visando à improcedência do pedido.

Em contrarrazões de f. 244/256, o apelado bateu-se pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, presente os pressupostos de admissibilidade.

Dispõe o art. 4º da Lei Federal nº 5.764/71:

> Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:
> I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços.

Por sua vez, reza o art. 29 do mesmo diploma:

> Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no artigo 4º, item I, desta Lei.

Vê-se que o dispositivo supra, muito embora estabeleça que o ingresso nas sociedades cooperativas é livre àqueles que assim desejarem, condiciona-o ao atendimento das condições estatutárias, além de ressalvar expressamente o disposto no referido art. 4º, I, vale dizer, excepcionando as hipóteses de ausência de viabilidade técnica.

E, não disciplinando a legislação de regência os critérios e requisitos ensejadores da aludida impossibilidade técnica, cabe ao estatuto fazê-lo. No caso dos autos, o Estatuto da Unimed-Uberaba, em seu art. 13, assim dispõe:

> Art. 13. Para se associar o médico deverá apresentar proposta de admissão por ele assinada e anexados os documentos solicitados pelo Conselho de Administração.
> [...]
> § 2º A aceitação de novas propostas de admissões de Cooperados ficam subordinadas às normas aprovadas pelo Conselho de Administração, depois de ouvido o Conselho Ético-Técnico (*sic* - f. 115).

Dispõem, ainda, os critérios de admissão aprovados pelo Conselho de Administração:

> Critérios de Admissão de Novos Cooperados
> Unimed Uberaba
> Período de inscrição:
> 1. Obedecerá a critérios de admissão de acordo com as necessidades da cooperativa. Caberá ao Conselho Ético-Técnico a determinação do número de vagas para cada especialidade.
> Necessidades da cooperativa:
> I. Demanda reprimida e ou índice da especialidade conforme pontuação da portaria SUS 1101/GM
> II. Carência de especialistas em novas tecnologias (*sic* - f. 99).

Dessarte, referidas disposições constituem critérios de inviabilidade técnica, que delimitam a admissão de novos cooperados à necessidade da cooperativa, levando-se em consideração a demanda da especialidade na região.

Com efeito, o que é legalmente vedado é a proibição imotivada e desarrazoada do ingresso de novos associados, não a restrição de tal acesso como forma de resguardar a viabilidade técnico-econômica da sociedade.

Conforme bem ressaltou a eminente Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade, então Juíza do hoje extinto TAMG, no julgamento da Apelação Cível nº 384.905-6, acerca do livre ingresso de novos cooperados, "Dizer que é livre não é o mesmo que dizer que é obrigatório".

Permito-me, aqui, trazer à colação, citação doutrinária de Leda Maria Messias da Silva, in *Princípios do cooperativismo*)

> [...]
> Evidentemente que a livre adesão não enseja um princípio absoluto, pois é impensável que em todas as cooperativas possa ser associada toda e qualquer pessoa, eis que a associação ajustada pressupõe uma harmonia de interesses para com o objetivo e às necessidades de seu funcionamento. Podem, portanto, ser estipuladas características próprias para a associação, sem quebra do princípio da livre adesão, como acontece nas cooperativas agrícolas, de habitação, de serviços e de consumo.

[...]
A livre adesão não pode ser entendida no sentido de que todas as cooperativas sejam obrigadas a aceitar todas as solicitações de adesão. Os candidatos a cooperados não têm um direito subjetivo à admissão, nem as cooperativas estão jungidas a um dever jurídico de aceitarem todas as candidaturas. O que esse princípio traceja é a proscrição de 'restrições artificiais', para que se admitam 'restrições não artificiais', resultando que, toda e qualquer restrição à entrada de novos associados deva resultar da própria natureza da cooperativa, e não de um juízo arbirtrário de rejeição de candidaturas, este sim discriminatório e violador do princípio maior da isonomia. [...]
Obviamente, também não podemos nos esquecer de que, em tratando-se de 'impedimentos de ordem técnica', temos que vislumbrar a possibilidade de continuidade dos fins econômicos da cooperativa, de tal forma que o número excessivo de sócios possa inviabilizar o seu andamento, ou seja, como muito bem lembra Marcelo Mauad:
'O número de sócios não pode ser tal que acarrete a impossibilidade técnica de prestação de serviços. Isso significa que a cooperativa somente admitirá novos parceiros quando lhe for economicamente interessante'.
Na realidade, os critérios para admissão de novos sócios devem estar claramente expostos nos estatutos e devem ser compatíveis 'com os objetivos de produção, comercialização ou prestação de serviços almejados e decididos pelo grupo, e também coerentes com a missão econômica, política e social da associação'. Portanto, tudo deve estar bem transparente nos estatutos da sociedade cooperativa, a fim de que esta realmente atenda ao Princípio em comento.

Enfim, a impossibilidade técnica excepcionada pelo art. 4º, I, da Lei nº 5.764/71 engloba, nos termos das disposições estatutárias da apelante, a inviabilidade operacional decorrente do número excessivo de profissionais em determinada área de atuação, preservando-se a viabilidade econômico-financeira da entidade cooperativa.

Nesse sentido:

Cooperativa - Prestação de serviço - Médico - Contrato. - A cooperativa de trabalho médico, como a Unimed, pode limitar o número de profissionais associados se houver impossibilidade técnica de prestação de serviços ou se a cooperativa já conta com os mesmos serviços desempenhados de forma satisfatória, consoante exegese dos arts. 4, I e XI, e 29 da Lei 5.764/71. (TAMG, Apelação Cível nº 231.428-5, Relator Antônio Carlos Cruvinel, j. em 08.05.97).

Associação - Unimed - Cooperativa *sui generis* - Limitação de ingresso de cooperados - Possibilidade - Critério de conveniência e viabilidade. - A associação se rege pelo estatuto, que se destina a disciplinar o empreendimento comum a vários associados, regulamentando os seus direitos e deveres, inclusive de modo a definir as condições de ingresso (TAMG, Apelação Cível nº 384.905-6, Relatora Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. em 24.06.03).

E está claro que o aumento indiscriminado do número de médicos cooperados causa impactos no funcionamento da sociedade, em razão da proporcional elevação dos custos operacionais e despesas administrativas decorrentes.

Com efeito, entendo que legítima a recusa da requerida em admitir o autor em seus quadros, sob a alegação de que "não há necessidade de novas admissões na especialidade solicitada", razão pela qual deve ser julgado improcedente o pedido formulado na inicial.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para reformar a decisão objurgada, julgando improcedente o pedido formulado na inicial, condenando o autor ao pagamento das custas processuais, incluídas as recursais, e honorários advocatícios fixados em R$1.500,00 (mil e quinhentos reais).

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Tive acesso aos autos e cheguei à mesma conclusão do eminente Relator, por entender que a impossibilidade técnica engloba a inviabilidade operacional, em virtude do número excessivo de profissionais em determinada área de atuação, preservando-se a viabilidade econômico-financeira da cooperativa.

DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS - Sr. Presidente, estou acompanhando o voto do Relator e com as considerações feitas pelo Revisor.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Recurso - Recebimento - Súmula impeditiva de recurso

Ementa: Agravo de instrumento. Processual civil. Apelação. Recebimento. Súmula impeditiva de recurso. Recurso conhecido e provido.

- A norma do art. 518, § 1º, do Código de Processo Civil, que permite ao juiz não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, deve ser interpretada contextualmente, somente devendo ser aplicada quando a irresignação do apelante se circunscrever a matéria decidida com fundamento na súmula.

Recurso conhecido e provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0313.08.260293-6/001 - Comarca de Ipatinga - Agravante: Município de Ipatinga - Agravada: Vanda Maria Ferreira Cota Louredo - Relator: DES. BITENCOURT MARCONDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incor-

porando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de agosto de 2009. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Ipatinga em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Fábio Torres de Souza, da Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Ipatinga, que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Vanda Maria Ferreira Cota Louredo, deixou de receber o recurso de apelação aviado pelo agravante, nos termos do art. 518, § 1°, do Código de Processo Civil.

Recurso recebido apenas no efeito devolutivo à f. 27.

Informações prestadas à f. 37.

Contraminuta às f. 39/43.

É o relatório.

Pleiteia a reforma da decisão que deixou de receber o recurso de apelação, com fulcro no art. 518, § 1°, do Código de Processo Civil, aduzindo as seguintes alegações:

- os fundamentos do recurso não se baseiam apenas no fato de o salário-mínimo poder ou não ser utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade;

- foi requerida, no recurso de apelação, a reforma da sentença no que tange aos reflexos do adicional na remuneração do servidor;

- nas razões recursais foi questionado o fato de ter a sentença incluído, na condenação, parcelas que nem sequer foram objeto do pedido.

O MM. Juiz *a quo* deixou de receber o recurso de apelação aviado pelo ora agravante, aos seguintes fundamentos:

> [...]
> A discussão referente à utilização do salário-mínimo como indexador da gratificação de insalubridade já está sumulada de forma vinculante no STF, sendo útil trazer aos autos o verbete sumular:
> 'Súmula Vinculante n°4. Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial'.
> Acerca da previsão legal da súmula vinculante, anote-se o texto constitucional.
> 'Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.' (EC n°45/04.)
> Noutro giro, por ser questão processual de ordem pública e não se relacionar diretamente com o mérito do processo, deve-se determinar, *ex officio*, a remessa dos autos para reexame necessário, nos termos do art. 475, I, do CPC.
> Posto isso, estando a sentença deste juízo em conformidade com a Súmula Vinculante n° 04, deixo de receber o recurso de apelação aviado pelo Município de Ipatinga e determino a remessa dos autos ao eg. TJMG para reexame necessário, nos termos do art. 475, I, do CPC.
> [...].

O Município de Ipatinga interpôs recurso de apelação, pleiteando a reforma da sentença que julgou procedente a ação ajuizada por Vanda Maria Ferreira Cota Louredo, para condená-lo ao pagamento do adicional de insalubridade, em grau médio (20%), parcelas vencidas e vincendas, tendo por base de cálculo a remuneração da autora, o adicional de 1/3 de férias (efetivamente gozadas), a gratificação de função (enquanto se exercer a função gratificada), quinquênio, abono salarial (quando houver), férias, décimo terceiro salário, horas extras e outras parcelas com natureza jurídica salarial que eventualmente sejam pagas, sendo excluído do cômputo o RSR (já diluído na remuneração mensal).

Pela leitura da peça recursal, depreende-se ter pleiteado a reforma da sentença, pelas seguintes razões:

- impossibilidade de pagamento do adicional sobre o valor da remuneração da servidora, haja vista a ausência de lei municipal nesse sentido, devendo prevalecer, portanto, a norma inserta no art. 192 da CLT, que estabelece o salário-mínimo como base de cálculo para incidência do adicional de insalubridade;

- caso seja mantida a condenação, o percentual devido a título de adicional de insalubridade (20%) deve incidir somente sobre o vencimento básico da apelada, devendo ser excluída da condenação sua incidência sobre demais verbas remuneratórias e vantagens, até porque não foi deduzido pedido nesse sentido na inicial.

O Magistrado aplicou a norma inserta no art. 518, § 1°, do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz a não receber o recurso de apelação, quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que a irresignação demonstrada no recurso de apelação não se refere apenas à questão da utilização do salário-mínimo como base de cálculo para pagamento de adicional a servidor público, o que, de fato, caso fosse a única matéria decidida, encontraria óbice na Súmula Vinculante n° 4.

Contudo, a interpretação teleológica da norma nos faz concluir que sua incidência somente ocorre quando não houver outras questões decididas, como se verifica no presente caso, em que o recorrente se insurge em face da sentença quanto às questões relativas à existência de julgamento *ultra petita* e aos reflexos decorrentes do pagamento do adicional de insalubridade, notada-

mente a proibição contida na norma constitucional do art. 37, XIV, da Constituição da República, porquanto o Magistrado determinou o pagamento sobre a remuneração integral, e não sobre o vencimento básico.

Conclusão.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo para determinar o recebimento do recurso de apelação interposto pelo Município de Ipatinga.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDGARD PENNA AMORIM e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

. . .

Cancelamento de hipoteca - Outorga de escritura - Impossibilidade jurídica do pedido - Contrato - Promessa de compra e venda - Financiamento imobiliário - Unidade imobiliária - Terceiro adquirente - Cancelamento de garantia - Hipoteca - Prestações - Pagamento integral - Outorga definitiva da escritura - Possibilidade - Súmula 308 do STJ

Ementa: Civil e processo civil. Ação de cancelamento de hipoteca e outorga de escritura. Impossibilidade jurídica do pedido. Preliminar rejeitada. Contrato de promessa de compra e venda. Financiamento imobiliário. Terceiro adquirente de unidade imobiliária. Cancelamento da garantia. Hipoteca. Pagamento integral das prestações. Outorga definitiva da escritura. Possibilidade. Súmula 308 do STJ. Apelo não provido.

- Há interesse processual quando a parte sofre lesão ou ameaça a seu direito e vem a juízo pleitear a concretização do direito substancial que entende lhe assistir.

- O consumidor que adquire fração ideal de um imóvel em condomínio e que paga a totalidade do financiamento que contraiu para comprar a sua unidade não pode ficar à mercê de uma dívida existente entre a construtora do imóvel e o banco que financiou a obra. "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel" (Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.05.262627-3/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Banespa - Banco do Estado de São Paulo S.A. - Apelada: Marta Aparecida Faria - Litisconsorte: Fonseca e Freitas Construtora Comércio Ltda. - Relator: DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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, 23 de setembro de 2009. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Conheço do apelo porque recurso próprio e tempestivo. Presentes os demais requisitos de admissibilidade.

O caso é o seguinte: a apelada ajuizou ação cominatória em face do banco apelante e da construtora que lhe vendeu um imóvel visando à liberação da hipoteca que recai sobre o bem, o registro da escritura e a desconstituição de penhora realizada nos autos da execução. Sobreveio a r. sentença recorrida, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, apenas para a liberação da hipoteca sobre o imóvel e o registro da escritura.

Da preliminar de falta de interesse processual

Preliminarmente, o banco apelante alega a falta de interesse de agir da parte autora para pleitear a adjudicação do imóvel, pois o contrato de promessa de compra e venda não foi registrado no cartório imobiliário da matrícula do imóvel objeto da lide.

Contudo, razão não lhe assiste, até porque toda a sua argumentação se confunde com o mérito da demanda. Não há que se falar em ausência de tal condição de ação, uma vez que é flagrante o interesse da parte recorrida em buscar a tutela jurisdicional, tendo em vista a ameaça de lesão a seu direito, já que, mesmo tendo quitado integralmente o imóvel objeto do contrato de promessa de compra e venda firmado com a construtora, a escritura do bem lhe está sendo negada em virtude da não liberação pelo banco apelante do ônus hipotecário instituído a seu favor.

Há interesse processual quando a parte sofre lesão ou ameaça a seu direito e vem a juízo pleitear a concretização do direito substancial que entende lhe assistir. Nessa linha, necessária e útil a intervenção do órgão jurisdicional para compor a lide instaurada entre as partes.

Rejeito, pois, a preliminar.

Do mérito.

No mérito, alega o banco apelante, em apertada síntese, que a apelada conhecia a hipoteca sobre o imóvel, pois o gravame é parte integrante do registro do imóvel e consta também na cláusula 7.2 do contrato de promessa de compra e venda firmado entre a apelada e a construtora; que a apelada não comprovou o pagamento integral do preço ajustado na promessa de compra e venda e, mesmo que tivesse pagado, a construtora ré não repassou tais recursos ao banco apelante, o que impossibilita a liberação da única garantia que o banco possui.

Contudo, a r. sentença deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, não merecendo qualquer censura.

Mister esclarecer ao apelante que a relação presente nos autos é regida pelas normas e princípios da legislação consumeirista. Ora, nos contratos de promessa de compra e venda em que a incorporadora se obriga à construção de unidades imobiliárias, mediante financiamento, é fornecedora de produto, ou seja, imóveis, além de prestadora de serviço quando realiza a construção. Já a apelada é consumidora, pois adquiriu o imóvel como destinatário final.

A princípio, teria o apelante razão em seu inconformismo, uma vez que a hipoteca como direito real de garantia, devidamente registrada, vincula-se ao bem imóvel e tem eficácia *erga omnes*, gerando o direito de sequela para o seu titular.

Entretanto, é público e notório que o banco tem conhecimento de que as unidades habitacionais que lhe são dadas em garantia pela construtora financiada se destinam à venda a terceiros. Por via de consequência, estes somente serão responsabilizados pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora.

A r. sentença deve ser mantida porque não se pode impedir que o consumidor, adquirente de boa-fé, após a quitação do valor do imóvel (cf. declaração de quitação de f. 16), tenha o direito de efetuar o registro imobiliário de seu bem sem que sobre ele incida qualquer ônus real que tenha sido objeto de avença entre a construtora da obra e o banco que a tenha financiado.

Assim, não pode ficar o consumidor que cumpriu integralmente o compromisso firmado com a empresa construtora sujeito a ter seu imóvel gravado de garantia hipotecária em favor do agente bancário em virtude de contrato firmado entre este e aquela, já que a dívida que a construtora contraiu perante a entidade de crédito não pode atingir o direito do promitente comprador que não poderia ficar vinculado à adimplência daquela para obter seu imóvel livre e desembaraçado de qualquer ônus.

O consumidor que adquire fração ideal de um imóvel em condomínio e que paga a totalidade do financiamento que contraiu para comprar a sua unidade não pode ficar à mercê de uma dívida existente entre a construtora do imóvel e o banco que financiou a obra. Uma vez quitado o financiamento, ao consumidor é assegurado o direito de efetuar o registro imobiliário de seu bem sem que sobre ele pese qualquer ônus real que tenha sido objeto de contrato entre a construtora da obra e o banco que a tenha financiado.

E, com o objetivo de unificar a jurisprudência e a interpretação da legislação infraconstitucional sobre a questão, o colendo Superior Tribunal de Justiça aprovou recentemente a Súmula 308, *in verbis*:

> A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. (Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça.)

O banco apelante também alega que não é possível a desconstituição da penhora efetuada no processo 0702.970.399-87, pois tem direito real sobre o bem.

Todavia, não conheço da alegação em razão da falta de interesse recursal, pois o referido pedido autoral foi indeferido pela r. sentença no último parágrafo da f. 148.

Finalmente, quanto à sua insatisfação atinente ao valor da multa diária pelo descumprimento da sentença, fixada em R$100,00 (cem reais), até o limite de R$10.000,00 (dez mil reais), não a considero exacerbada, pelo contrário, é razoável e se aproxima da modicidade. E, se o banco não pretende pagar o limite da multa, basta cumprir a decisão a contento.

Com esses fundamentos, rejeito a preliminar de falta de interesse para agir e no mérito nego provimento ao apelo e mantenho a r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos e pelos que ora se acrescenta.

Condeno o apelante no pagamento das custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OTÁVIO PORTES e WAGNER WILSON.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Contrato bancário - Representação - Defeito inexistente - Nulidade - Não ocorrência - Perícia - Cerceamento de defesa - Não configuração - Laudo conclusivo - Comissão de permanência - Cumulação com outros encargos - Impossibilidade

Ementa: Contrato bancário. Representação. Defeito inexistente. Nulidade inexistente. Perícia. Cerceamento de defesa. Inexistência. Laudo conclusivo. Comissão de

permanência. Impossibilidade de cumulação com outros encargos moratórios.

- A cópia de procuração, se não contestado o seu conteúdo, é suficiente para demonstrar o mandato.

- O que a apelante chama de "justificativa da perita" são esclarecimentos acerca da desnecessidade de juntada aos autos dos primeiros contratos celebrados entre as partes. O d. perito prestou os esclarecimentos nas f. 216/217, informando que, sendo objeto da perícia os contratos que estão nos autos, é desnecessário o exame dos outros contratos.

- É vedada a cumulação da comissão de permanência com correção monetária ou outras sanções moratórias.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.485230-2/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1ª) Elis Regina da Silva Lacerda - 2º Banco Itaú S.A. - Apelados: Elis Regina da Silva Lacerda, Banco Itaú S.A. - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E AO ADESIVO.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2009. - *Batista de Abreu* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BATISTA DE ABREU - Elis Regina da Silva propôs ação ordinária em face de Banco Itaú S.A., sob o fundamento de que celebrou com o réu contrato de mútuo contendo várias cláusulas nulas de pleno direito, tendo sua dívida passado de R$ 920,00 (novecentos e vinte reais) para R$ 30.178,80 (trinta mil cento e setenta e oito reais e oitenta centavos); que, nos termos do art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, tem direito à modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais; que os juros cobrados pelo réu são excessivos e capitalizados, devendo ser reduzidos, incidindo sem capitalização; que está sendo cobrada, indevidamente, a comissão de permanência cumulada com outras parcelas; que os valores cobrados em excesso devem ser devolvidos em dobro, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC; pretende declaração de nulidade da cobrança: de juros em taxa superior a 12% (doze por cento) ao ano, de juros capitalizados, de comissão de permanência cumulada com juros remuneratórios e correção monetária; devendo ser recalculada a dívida levando-se em consideração os juros remuneratórios de 1% (um por cento) ao mês e deduzindo-se o valor da repetição, em dobro, do valor pago indevidamente.

O réu contestou alegando, em síntese, que o contrato foi celebrado entre as partes para composição de dívida de R$16.615,00 (dezesseis mil seiscentos e quinze reais), com emissão de boletos para cobrança; que os contratos foram celebrados por meio eletrônico, tendo a autora usado terminal eletrônico para obter os empréstimos; que a inicial não veio acompanhada de prova das alegações da autora, não sendo caso de inversão do ônus da prova; que são lícitas as taxas de juros cobradas acima do patamar de 12% (doze por cento) ao ano, bem como lícita a capitalização mensal dos juros, principalmente quando consubstanciados em cédula de crédito bancário, como é o caso dos autos; que é lícita a cobrança de permanência em substituição da correção monetária; que é válido o desconto dos valores devidos da conta-corrente da autora; que é lícita a inclusão do nome da autora em cadastro de proteção ao crédito; e descabida a pretensão de repetição em dobro; que são integralmente improcedentes os pedidos (f. 34/105).

A sentença de f. 218/230, ao fundamento de que os juros contratados à taxa superior a 12% (doze por cento) ao ano não são ilegais; que não houve capitalização de juros, conforme se apurou em perícia, no quesito 02 (f. 165); que a cobrança de comissão de permanência é lícita, desde que não cumulada com juros moratórios, remuneratórios ou multa contratual; que é lícita a cobrança de juros moratórios à taxa de 12% (doze por cento) ao ano; que não é caso de devolução em dobro, porque não há má-fé já que as cobranças eram fundadas no contrato revisto; julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para determinar a extirpação da comissão de permanência do débito da autora calculado pelo réu.

Insurge-se a autora suscitando preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa, porque não foi intimada para se manifestar sobre a "justificativa da perita", pugnando pela aplicação da pena de confissão ao réu, porque seus advogados não apresentaram mandato regular. No mérito, afirmando, em síntese, que é defeituosa a perícia porque não se manifestou sobre o débito originário, não podendo haver certeza sobre a existência de cobrança de juros extorsivos ou dos abusos alegados na inicial, devendo ser cassada a sentença para que seja realizada nova perícia para se apurar o valor devido (f. 233/238).

Adesivamente, insurge-se o réu, renovando o argumento de que é lícita a cobrança de permanência em substituição da correção monetária, tal como posto nas Súmulas 294 e 296, do STJ, devendo ser reformada a sentença para julgar totalmente improcedente o pedido.

Contrarrazões ao recurso principal nas f. 257/282. Sem contrarrazões ao adesivo.

Insurgem-se autora e réu contra a sentença de f. 218/230, que julgou parcialmente procedente pedido de declaração de nulidade formulado por Elis Regina da Silva em face de Banco Itaú S.A., declarando nula apenas a cobrança de comissão de permanência, ao fundamento de que a parcela não pode ser cumulada com outros encargos moratórios.

Da apelação principal.

A apelante principal suscita preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa, porque não foi intimada para se manifestar sobre a "justificativa da perita".

Data venia, o que a apelante chama de "justificativa da perita" são esclarecimentos acerca da desnecessidade de juntada aos autos dos primeiros contratos celebrados entre as partes. A d. perita prestou os esclarecimentos nas f. 216/217, informando que, sendo objeto da perícia os contratos que estão nos autos, é desnecessário o exame dos outros contratos.

Sendo o juiz o destinatário da prova, e, ainda, inexistindo possibilidade de interposição de recurso contra a manifestação do perito, proferiu-se a sentença.

Ora, não há qualquer nulidade. Com efeito, é o magistrado o destinatário da prova pericial. Os esclarecimentos requeridos pela autora foram feitos. Era inútil, porque inerte, a sua intimação para se manifestar sobre a resposta técnica dada pela perita, mormente quando a resposta é óbvia. Não decorreu do fato qualquer prejuízo, seja porque o destinatário da prova é o juiz, não havendo utilidade no contraditório entre parte e perito, seja porque não há recurso cabível contra manifestação de perito.

Rejeito a preliminar.

Também improcede a alegação de inexistência dos atos do réu por defeito de representação. Não é nula a apresentação de mandato por fotocópia se o conteúdo não é contestado. Recorde-se que o papel escrito é o instrumento do mandato, a prova escrita do mandato. O mandato, porque é contrato, é por natureza imaterial. Se não se contestou a existência do mandato como no caso, é ineficaz a alegação, exacerbadamente formal, de que a cópia é inválida. A cadeia de mandatos foi claramente demonstrada nas f. 106/109. O signatário da contestação comprovou satisfatoriamente ser mandatário do réu.

Quanto ao mérito, também improcede o apelo principal.

A inexistência de exame dos contratos originários não afasta a validade da perícia ou da sentença. Observe-se que na inicial foi impugnado o conteúdo do contrato vigente, sendo do discurso da parte que o contrato vigente contém cláusulas abusivas.

De outro lado, não se demonstrou sequer por indício que nos contratos passados houvesse cláusulas diversas das examinadas e declaradas lícitas na sentença.

Ou seja, a inexistência de exame das relações que culminaram no contrato em reexame judicial não prejudica o pedido da parte, que, ao que parece, pretende ser alargado diante da derrota. Recorde-se, por fim, que os pedidos são interpretados restritivamente. E, da leitura da inicial, o entendimento é de que o contrato em reexame é o vigente, que foi objeto da perícia e da sentença.

Da apelação adesiva.

O réu Banco Itaú S.A. insurge-se apenas renovando o argumento de que é lícita a cobrança de permanência em substituição da correção monetária, tal como posto nas Súmulas 294 e 296, do STJ, devendo ser reformada a sentença para julgar totalmente improcedente o pedido.

Em que pese o alegado, o apelo adesivo também não prospera.

Tenho me manifestado reiteradamente, nos termos da orientação do STJ, no sentido de que é válida a cobrança de comissão de permanência desde que não cumulada com correção monetária ou quaisquer outros acréscimos moratórios, como juros ou multa.

Com efeito, o propósito da comissão de permanência não é apenas o de corrigir monetariamente o valor da dívida, mas também remunerar o capital do mutuante e sancionar o inadimplemento do mutuário. E, incidindo a comissão de permanência sobre o valor da dívida, a incidência de correção monetária, de juros moratórios, multa ou qualquer outro encargo moratório configuraria *bis in idem*.

Nesse sentido, já me manifestei, por exemplo, no julgamento das Apelações nº 1.0145.02.022764-4/001, em 11.06.2008, e nº 1.0701.05.106786-9/002, em 10.03.2009.

Igualmente manifesta-se o STJ, como se vê do seguinte trecho de ementas de julgado:

> É admitida a cobrança da comissão de permanência no período da inadimplência nos contratos bancários, à taxa de mercado, desde que (i) pactuada, (ii) cobrada de forma exclusiva - ou seja, não cumulada com outros encargos moratórios, remuneratórios ou correção monetária - e (iii) que não supere a soma dos seguintes encargos: taxa de juros remuneratórios pactuada para a vigência do contrato; juros de mora; e multa contratual (AgRg no REsp 1068574/MS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 05.03.2009, *DJe* 24.03.2009).

Nessa linha de entendimento, não sendo exclusiva a comissão de permanência, como no caso em exame, não é licita a sua cobrança.

Em síntese, a r. sentença não merece reparo.

Assim sendo, nego provimento aos recursos de apelação e adesivo.

Custas recursais, pelos respectivos recorrentes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA e OTÁVIO PORTES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E AO ADESIVO.

...

Negócio jurídico - Anulação - Impossibilidade - Compra de veículo usado - Vício oculto - Reparos suportados pelo vendedor - Persistência dos defeitos - Ausência de comprovação

Ementa: Compra de veículo usado. Vício oculto. Reparos suportados pelo vendedor. Persistência dos defeitos. Ausência de comprovação. Impossibilidade da anulação do negócio.

- O apelante não consegue comprovar suas alegações, por outro lado, a apelada logrou êxito ao trazer aos autos documentos que demonstram fatos impeditivos e modificativos do direito do apelante, conforme disposto pelo art. 333 do CPC. As notas e recibos trazidos aos autos pelo apelante não indicam qualquer conserto relacionado aos defeitos relatados na peça de ingresso.

- Diante da ausência de provas que apontem persistência dos defeitos no veículo adquirido pelo apelante, não há que se falar em anulação do negócio jurídico firmado entre as partes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.594811-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Reinaldo Tavares dos Santos - Apelada: Real Minas Automóveis Ltda. - Relator: DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2009. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Reinaldo Tavares dos Santos, em face da improcedência da ação de rescisão contratual c/c restituição de valores e indenização por danos morais, movida em face de Real Minas Automóveis Ltda.

Sustenta que, em 17.01.2007, comprou da apelada um veículo da marca Gol Plus; contudo, em fevereiro de 2007, o referido bem começou a apresentar diversos defeitos.

Alega que levou o veículo até a apelada e esta se prontificou a providenciar os devidos reparos em uma oficina credenciada; entretanto, mesmo após ter sido consertado, o automóvel voltou a apresentar defeitos e teve que voltar à oficina por diversas vezes.

Afirma que, desconfiado em relação à qualidade do bem adquirido, decidiu levá-lo a uma oficina de sua confiança, onde foi detectado que o veículo já havia sofrido uma violenta batida, além de ter sido "turbinado", o que gerou graves defeitos na caixa de câmbio.

Aduz que, apesar de o motor do automóvel ter sido retificado, ele ainda apresenta diversos problemas que impossibilitam o devido funcionamento do bem; assim, o negócio deve ser desfeito.

O apelante deixou de comprovar o preparo em face da concessão do benefício da justiça gratuita.

As contrarrazões foram apresentadas às f. 107/111.

É o relatório. Decido:

Conheço do recurso de apelação, uma vez que o mesmo atende aos pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminar - cerceamento de defesa:

Analisando a preliminar arguida pelo apelante, percebe-se que este não merece guarida.

Alega o apelante que houve cerceamento de defesa, pois o Juízo de primeira instância, apesar de deferir a inversão do ônus da prova, entendeu, na sentença primeva, que o apelante não aproveita tal inversão.

Verifica-se que a sentença assim entendeu a respeito deste ponto:

> [...] entendo que o Autor não logrou demonstrar que os vícios perduraram ainda após os consertos providenciados. Neste ponto entendo que não lhe aproveita a inversão do ônus da prova operada, uma vez que a Ré demonstrou que cuidou de reparar os defeitos manifestados dentro do prazo de garantia, e não pode ser compelida à produção de prova negativa, quanto à suposta subsistência posterior dos vícios.

Nesse diapasão, não vislumbro que o entendimento do Juízo *a quo* tenha causado qualquer cerceamento de defesa ao apelante. Tal Juízo não voltou atrás em sua decisão de deferimento do ônus da prova, ele apenas entendeu que, apesar de ter sido deferida, a inversão em nada beneficiou o apelante, uma vez que a apelada conseguiu comprovar fatos modificativos e impeditivos do direito do apelante.

Dessa forma, considerando que os elementos constantes dos autos eram suficientes à prestação jurisdicional, não há que se falar em cerceamento de defesa, razão pela qual, rejeito a preliminar arguida.

Mérito:

Cinge-se o cerne da questão, à anulação do negócio jurídico firmado entre as partes, devido aos vários defeitos apresentados pelo veículo vendido pela apelada ao apelante.

Analisando detidamente o conjunto probatório dos autos, constata-se que a apelada apresenta as notas referentes a todos os consertos que efetuou no automóvel

adquirido pelo apelante (f. 38/46). Verifica-se, assim, que os problemas apresentados no veículo foram solucionados e suportados pela apelada, não tendo o apelante arcado com nenhum dos reparos.

O apelante, por sua vez, apesar de alegar que o bem em discussão ainda apresenta graves defeitos em seu motor e caixa de câmbio, nada consegue provar.

As notas e recibos trazidos aos autos pelo apelante não indicam qualquer conserto relacionado aos defeitos relatados na peça de ingresso. Os reparos realizados pelo apelante, logo após a compra do bem, são reparos comuns a qualquer veículo com vários anos de uso, tais como: troca de óleo, filtro, bateria, lona de freio, vela, etc.

Conforme documentação acostada aos autos (f. 38), constata-se que o último conserto providenciado pela apelada no veículo do apelante se deu em 25.05.2007; após essa data o apelante não consegue comprovar que tenham ocorrido novos defeitos no automóvel. O apelante não traz aos autos provas de que houve gastos com reparos de supostos defeitos em seu veículo, após o último conserto mecânico realizado pela apelada.

Diante da ausência de provas que apontem persistência dos defeitos no veículo adquirido pelo apelante, não há que se falar em anulação do negócio jurídico firmado entre as partes.

Entendo ainda que a violenta colisão e modificação do motor que o veículo em questão supostamente sofreu poderiam ter sido facilmente verificadas caso o apelante tivesse providenciado a vistoria do bem em um mecânico de sua confiança, antes de concretizar a compra. No meu modesto inteligir, o apelante, ao comprar um veículo com vários anos de uso, poderia ter se precavido de maneira mais efetiva acerca das condições de circulação do veículo.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial:

> Ementa: Apelação cível. Indenização. Veículo usado. Vício redibitório. Possibilidade de vistoria pelo adquirente antes da aquisição. Inexistência de defeito oculto. - Se o adquirente, antes de efetivada a compra e venda pode examinar o veículo não podendo alegar ignorância de defeito que poderia ser detectável por exame acurado [...] No caso dos autos não há provas de que os defeitos do bem eram ocultos, porque se tratava de veículo usado, fora das garantias normais dadas pelo fabricante, especialmente porque há desgaste natural do motor e das demais peças do automóvel. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0672.06.225115-8, Rel. Des. Afrânio Vilela, julg. em 19.11.2008.)

Nesse diapasão, entendo que o apelante não consegue comprovar suas alegações; por outro lado a apelada logrou êxito ao trazer aos autos documentos que demonstram fatos impeditivos e modificativos do direito do apelante, conforme disposto pelo art. 333 do CPC.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial:

> Ação ordinária. Nulidade. Negócio jurídico. Vício de consentimento não demonstrado. Nulidade afastada. - A teor do que determina o art. 333 do Digesto Instrumental Civil, imputa-se ao autor o dever de comprovar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu a demonstração da existência de evento impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral. Não restando comprovadas as alegações apresentadas na exordial e constatando-se que o negócio jurídico realizado não foi eivado de vícios, não há que se falar em sua anulação. (TJMG, Apelação Cível nº 2.0000.00.495481-0/000, Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, julg. em 22.05.2006.)

Dessarte, não tendo o apelante logrado êxito em suas pretensões, rejeito a preliminar e nego provimento ao apelo, mantendo, assim, intacta a sentença combatida, por seus próprios fundamentos.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FRANCISCO KUPIDLOWSKI e CLÁUDIA MAIA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

ProUni BH - Bolsa de estudos - Concessão - Cancelamento - Requisitos - Preenchimento

Ementa: ProUni BH. Bolsa de estudos. Requisitos para concessão e cancelamento. Preeenchimento.

- Deve ser indeferido o pedido de manutenção da bolsa do ProUni, quando verificado que o beneficiário não alcançou o rendimento escolar exigido pelo programa e, ainda, que deixou de recorrer, em tempo hábil, contra o cancelamento do benefício.

De ofício, parte do recurso não conhecido e recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.791707-8/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Cleber Luciano Barbosa - Apelada: Fundac-BH - Fundação Cultural de Belo Horizonte - 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, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM, DE OFÍCIO, NÃO CONHECER DE PARTE DO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de setembro de 2009. - *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

Adoto o relatório da sentença de f. 186/194, por fiel aos presentes autos, acrescentando tão somente que a MM. Juíza julgou prejudicado o pedido de manutenção do direito à bolsa do ProUni no segundo semestre de 2007, por perda de objeto. Quanto aos demais pedidos, julgou-os improcedentes.

Em face da sucumbência, condenou o requerente ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$800,00 (oitocentos reais), suspensa a exigibilidade do pagamento, em razão do deferimento da justiça gratuita.

Inconformado, reitera o autor os termos da inicial, transcrevendo os argumentos anteriormente despendidos, aduzindo ainda que o corte de sua bolsa foi feito de forma sumária por uma única pessoa e sem nenhuma explicação por escrito. Alerta que não foi cumprida determinação do MEC, no sentido de autorizar por uma única vez a continuidade da bolsa, ouvida a comissão responsável.

Alega que seu baixo rendimento escolar foi decorrente de problemas familiares.

Reabre discussão acerca da revelia da UniBH, defendendo sua legitimidade para responder pelo presente feito, além de apontar a competência da Justiça Estadual.

Afirma que a apelada não contestou o fato de ter sido sumariamente excluída do programa sem a oitiva da comissão, bem como o fato de uma funcionária ter alegado que não preenchia o perfil socioeconômico para a manutenção da bolsa, quando apresentou a ocorrência policial que comprovava o conflito familiar que estava vivendo.

Cita o art. 205 da CF, alegando que o prazo administrativo para recorrer contra o corte do ProUni não pode superar o dispositivo constitucional.

Argumenta que a sentença violou o art. 5°, XXXV, da CF, ao fundamentar a sentença com base no atraso em apresentar o recurso administrativo.

Por fim, requer sejam apreciadas todas as questões suscitadas e discutidas no processo, principalmente a revelia arguida na impugnação da contestação, com a consequente reforma da sentença e deferimento dos pedidos iniciais.

E, se assim não entender, requer o reconhecimento do equívoco da sentença, ao reconhecer a perda do objeto do pedido principal e a improcedência dos demais. Afirma que, em sendo sucessivos, caem por terra automaticamente, não havendo que se falar em improcedência dos pedidos sucessivos.

Requer, ainda, a condenação da ré em custas e honorários de 20% sobre o valor da causa.

Contrarrazões apresentadas às f. 208/223.

Feito o breve relatório, decido.

Preliminar de ofício - Não conhecimento parcial do recurso.

Tenho que, inicialmente, deve ser analisada a alegada revelia da UniBH, em decorrência de sua legitimidade, e, ainda, a competência da Justiça Estadual, matérias confusamente reeditadas pelo apelante.

Verifica-se que as referidas questões, trazidas pela defesa como preliminar de mérito e na impugnação, já foram devidamente examinadas pela d. Magistrada primeva em seu despacho saneador de f. 97/98, bem como pela decisão de f. 129.

Ora, se as questões já foram decididas pela d. Magistrada em decisões que não foram objeto de qualquer recurso por parte do apelante, operou-se a preclusão, razão pela qual não se pode conceber sejam as mesmas reavivadas nesta oportunidade.

De tal sorte, de ofício, não conheço das referidas argumentações, porquanto cuidam de matérias cobertas pelo manto da preclusão.

Quanto ao mérito propriamente dito, com efeito, entendo que a decisão foi acertada, não estando a merecer censura.

O ProUni - Programa Universidade para Todos - é regulamentado pela Lei nº 11.096/05 e destina-se à concessão de bolsas de estudo integrais e parciais, que variam de acordo com as condições econômicas do estudante, conforme art. 1º.

No art. 2º, parágrafo único, está consagrado que o aluno beneficiário do programa deverá cumprir os requisitos de desempenho acadêmico, estabelecidos em normas expedidas pelo Ministério da Educação.

O Decreto nº 5.493/05, que regulamenta a Lei do ProUni, dispõe que o estudante deverá apresentar aproveitamento acadêmico em, no mínimo, 75% (setenta e cinco por cento) das disciplinas cursadas em cada período letivo. Conforme comprovante apresentado à f. 90, o aluno foi reprovado em 2 (duas) disciplinas das 5 (cinco) cursadas e apresentou desempenho acadêmico de 60% (sessenta por cento).

Na espécie, o apelante, não obstante tenha alcançado o direito à bolsa de estudos através do ProUni, não preencheu os requisitos necessários à continuidade do benefício.

Isso porque, mesmo sabendo de seu deficitário desempenho, o apelante não cuidou de interpor os recursos cabíveis em tempo hábil, conforme se infere dos documentos de f. 75/80, tendo deixado para tomar as providências - que entendia pertinentes para o restabelecimento do benefício - após o início do semestre letivo seguinte ao cancelamento, f. 82.

Assim, ao contrário do alegado, foi oportunizado ao apelante defender-se do cancelamento do benefício, não podendo persistir a alegação de ofensa ao art. 5°, LV, da CF.

Ressalta-se que o prazo para requerer a oitiva dos professores das matérias em que foi reprovado e sua apreciação pela Comissão se encontrava entre aqueles amplamente divulgados pela UniBH, f. 75, e ignorados pelo apelante.

Desse modo, entendo que a situação não tem como ser revertida, sob pena de inviabilizar o próprio programa, não se prestando a embasar a pretensão do apelante o direito constitucional à educação que, sabe-se, não é absoluto.

Por fim, as alegações do apelante acerca de sua condição socioeconômica, supostamente apontada por funcionária da ré, não estão em discussão nestes autos, sendo impertinentes para o deslinde da questão.

No mais, correta a decisão que entendeu pela perda do objeto do pedido referente à manutenção da bolsa no segundo semestre de 2007, uma vez que a sentença foi proferida em dezembro de 2008, e improcedente o pedido para dar efetividade ao art. 205 da Constituição Federal, uma vez que o pedido não tem relação com os demais.

Com essas razões, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEREIRA DA SILVA e CABRAL DA SILVA.

Súmula - DE OFÍCIO, NÃO CONHECERAM DE PARTE DO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Mandado de segurança - Autoridade coatora - Legitimidade - Manipulação de medicamento - Proibição - Portaria da Anvisa - Limitação inexistente em lei - Ilegalidade - Direito líquido e certo - Configuração

Ementa: Mandado de segurança. Autoridade coatora. Legitimidade. Farmácia de manipulação. Proibição de manipulação de medicamento. Portaria 344/98 da Anvisa. Limitação inexistente em lei. Ilegalidade. Direito líquido e certo configurado.

- Por não encontrar fundamento de validade na Lei 5.991/73, é abusiva a proibição de manipulação em farmácias das substâncias constantes da lista "C2" (retinóicas), na preparação de medicamentos de uso sistêmico ou tópico.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0024.08.976660-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Autora: Farmácia de Manipulação Vida Natural - Réu: Superintendente da Vigilância Sanitária de Minas Gerais - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 15 de setembro de 2009. - *Edilson Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de reexame necessário da r. sentença de f. 399/407, que, nos autos do mandado de segurança impetrado pela Farmácia de Manipulação Vida Natural Ltda. contra ato do Diretor de Vigilância Sanitária da Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais, após rejeitar preliminar de ilegitimidade passiva, concedeu a segurança para "assegurar à impetrante e filiais o direito de comprar, manipular e comercializar as substâncias na lista C2 da Portaria nº 344 da Anvisa, de acordo com as prescrições médicas apresentadas".

A impetrante afirma que, embora esteja legalmente autorizada a funcionar, o impetrado, com base na Portaria 344/98 da Anvisa, lhe veda a manipulação de isotretinoína - substância retinóica. Salienta que a proibição de manipulação das substâncias constantes da lista "C2" na preparação de medicamentos de uso sistêmicos direcionada apenas contra as farmácias de manipulação viola os princípios da legalidade, proporcionalidade, isonomia e livre iniciativa e concorrência (f. 02/26).

Intimada, a autoridade impetrada afirma, preliminarmente, que não tem legitimidade passiva para a causa, visto que, "embora competente para determinar o cumprimento de ordens superiores e legais, não exerce ação fiscalizadora". No mérito, salienta que a restrição foi imposta devido "aos vários efeitos adversos" e ao uso indiscriminado dos medicamentos retinóicos (f. 336/340).

Sem recurso (f. 416-v.).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do reexame necessário.

Em primeiro plano, examino a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo impetrado, ao fundamento de que sua atuação é de mera determinação de execução de ações de saúde.

Em sede de mandado de segurança, não é o interesse do órgão estatal que determina a legitimidade da

autoridade coatora, mas sim quem pratica o ato tendente à lesão do direito individual.

A propósito, Hely Lopes Meirelles leciona que:

> Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal (in *Mandado de segurança e ação popular.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 08).

No caso, a autoridade apontada como coatora admite que exerce função de comando como Superintendente de Vigilância Sanitária, visto que,

> dentre suas diversas atribuições está a de gerenciar as ações sanitárias no âmbito de sua competência territorial, ou seja, na jurisdição das gerências regionais de saúde e nos municípios, por meio de assessoria técnico-administrativa, para execução de todas as ações de vigilância sanitária (f. 337),

sendo responsável, pois, pela fiscalização no estabelecimento da impetrante, detendo, por isso, legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual instaurada nestes autos.

A preliminar ora em exame não merece prosperar, ainda mais quando se constata que a defesa apresentada não se limitou a arguir a carência da ação, e sim contestou o mérito, encampando o ato dito coator.

Rejeito a preliminar.

A controvérsia consiste em saber se é legal a Portaria 344/98 da Anvisa, que aprova o regulamento técnico de substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, vedando à impetrante e suas filiais manipular, de acordo com as prescrições médicas, as substâncias constantes na lista "C2".

A limitação administrativa à liberdade e à propriedade denomina-se "poder de polícia", assim considerada a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade, sempre a fim de evitar comportamentos danosos à sociedade. Compreende a elaboração de atos preventivos ou repressivos, como a fiscalização e imposição de sanções, respectivamente.

Entretanto, essa elaboração de atos normativos não é ilimitada, estando sujeita à necessária observância do princípio da legalidade.

Referido princípio está inserido no art. 37, *caput*, CF, traduzindo a idéia de que toda a Administração Pública, no exercício de suas funções, somente poderá agir conforme o estabelecido em lei.

Inexistindo previsão legal para uma hipótese, não há possibilidade de atuação administrativa, visto que a vontade da Administração é a vontade expressa na lei.

Logo, diz-se que a Administração, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei.

No presente caso, a Portaria 344/98 da Anvisa estabelece que:

> Art. 29 Fica proibida a manipulação em farmácias das substâncias constantes da lista 'C2' (retinóicas), na preparação de medicamentos de uso sistêmico, e de medicamentos à base das substâncias constantes da lista 'C3' (imunossupressoras) deste Regulamento Técnico e de suas atualizações.
> Art. 30 A manipulação de substâncias retinóicas (lista 'C2' deste Regulamento Técnico e de suas atualizações), na preparação de medicamentos de uso tópico, somente, será realizada por farmácias que sejam certificadas em Boas Práticas de Manipulação (BPM).
> Parágrafo único. Fica proibida a manipulação da substância isotretinoína (lista 'C2' - retinóides) na preparação de medicamentos de uso tópico (f. 313).

A Lei Federal 5.991/73, que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos (f. 287/291), nada estabelece sobre essas restrições.

Conforme se observa do teor desta lei federal, a dispensação de medicamentos é privativa de farmácia, drogaria, posto de medicamento e unidade volante, e dispensário de medicamentos (art. 6º). Ainda segundo a Lei 5.991/73, farmácia é o "estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica".

Dispõe o art. 21 que

> o comércio, a dispensação, a representação ou distribuição e a importação ou exportação de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos será exercido somente por empresas e estabelecimentos licenciados pelo órgão sanitário competente dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, em conformidade com a legislação supletiva a ser baixada pelos mesmos, respeitadas as disposições desta lei.

Compete aos órgãos de fiscalização sanitária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios a fiscalização dos estabelecimentos que menciona, para a verificação das condições de licenciamento e funcionamento das atividades farmacêuticas (art. 44), inexistindo proibição legal para que seja impedida de manipular a Isotretinoína contida na lista "C2".

Se é certo que constitui direito fundamental do cidadão, consagrado pelo ordenamento jurídico constitucional vigente, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", é certo também que atos normativos editados pelo Poder Público - regra jurídica de natureza abstrata e impessoal - encontram-se situados no exercício do poder regula-

mentar, editados em função de uma lei possibilitando a sua fiel execução.

O poder regulamentar é um meio de disciplinar a discricionariedade da Administração. Possui função uniformizadora de critérios da lei e de procedimentos, assegurando a observância do princípio da igualdade, visto que a atuação concreta do Poder Público será a mesma diante de casos equivalentes.

Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho disserta que:

> É legítima, porém, a fixação de obrigações subsidiárias (ou derivadas) - diversas das obrigações primárias (ou originárias) contidas na lei - nas quais também se encontra imposição de certa adequação às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas as normas que as prevêem e, em conseqüência, as próprias obrigações. Se, por exemplo, a lei concede algum benefício mediante a comprovação de determinado fato jurídico, pode o ato regulamentar indicar quais documentos o interessado estará obrigado a apresentar. Esta obrigação probatória é derivada e legítima por estar amparada por lei. O que é vedado e claramente ilegal é a exigência de obrigações derivadas impertinentes ou desnecessárias em relação à obrigação legal; neste caso, haveria vulneração direta ao princípio da proporcionalidade e ofensa indireta ao princípio da reserva legal, previsto, como vimos, no art. 5º, II, CR/88 (*Manual de direito administrativo*. 17. ed. Editora Lumen Juris, p. 49).

No caso em exame, a proibição imposta à impetrante exorbita o poder regulamentar do Estado, estabelecendo novas exigências não previstas na lei de regência, o que configura interferência indevida do Poder Executivo na esfera de competência do Poder Legislativo.

Não existe razão jurídica suficiente para a diferenciação entre as farmácias e os laboratórios farmacêuticos no tocante à capacidade e habilitação para manipulação de substâncias retinóicas. Se estas substâncias são nocivas à saúde da população, o seu comércio deve ser proibido. A proibição de manipulação imposta apenas às farmácias deste gênero revela o propósito discriminador da norma.

Em caso análogo, a egrégia 1ª Câmara Cível deste Tribunal concluiu:

> Mandado de segurança - Atividade privada - Proibição de captação e intermediação de receita para manipulação de medicamento - Resolução da Anvisa - Limitação inexistente em lei - Restrição limitadora da liberdade de iniciativa e da livre concorrência - Ilegalidade. - Constitui ilegalidade, passível de ser afastada pela via do mandado de segurança, a restrição que limita a atividade realizada por farmácias e drogarias sem prévia disposição legal, e ainda por ferir os princípios da iniciativa e livre concorrência (AC nº 1.0024.07.567263-4/001, Rel. Des. Geraldo Augusto, j. em 22.07.2008).

Diante da existência do abuso de poder, configurado pelo excesso no poder regulamentar da Administração Pública, aliado ao fato de o ato normativo impugnado não encontrar fundamento de validade na Lei 5.991/73, forçoso admitir que padece do vício de ilegalidade, situação ensejadora da confirmação da segurança, uma vez que presente direito líquido e certo a ser protegido.

Em reexame necessário, confirmo a sentença.

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

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

...

Dissolução de sociedade mercantil - Cerceamento de defesa - Não ocorrência - Julgamento simultâneo destes autos e da cautelar de exibição de documentos conexa - Desnecessidade - Indenização - Falta de fundamentação - Mérito - Dissolução total ou parcial - Pedidos alternativos - Despesas do processo - Perícia especial - Apuração contábil - Art. 20, § 4º, do CPC - Honorários advocatícios

Ementa: Apelação cível. Ação de dissolução de sociedade mercantil. Preliminarmente. Vislumbrado o interesse recursal. Inocorrência de cerceamento de defesa. Desnecessidade de julgamento simultâneo destes autos e da cautelar de exibição de documentos conexa. Ausência de falta de fundamentação na parte relativa à indenização pleiteada. Sentença que não fora *extra petita*. Mérito. Pedidos alternativos de dissolução total ou parcial. Acertado o acolhimento do pedido de dissolução parcial diante da concordância expressa do réu. Despesas do processo que devem ser pagas pelo sócio-réu. Perícia especial onde há inclusive apuração contábil. Mantida a aplicação do art. 20, § 4º, do CPC. Majorados os honorários. Parcial provimento.

- Legítimo o interesse recursal do apelante, pois ele aponta diversos motivos que poderiam ensejar a nulidade da r. sentença monocrática, além de questionar o deferimento da dissolução parcial e não total da sociedade mercantil, invocando importantes questões processuais. A prova documental fora amplamente produzida no feito, e a não oitiva do depoimento pessoal do recorrido não causou prejuízo ao apelante, inocorrendo o cerceamento de defesa aventado.

- O art. 105 do CPC não torna obrigatório o julgamento simultâneo de processos conexos. O d. Juiz primevo entendeu que o pedido de indenização pelas despesas

com advogado deveria ter sido feito na forma própria, não havendo que se falar em falta de fundamentação desta parte da sentença.

- Sem acolhida a alegação de que a r. sentença fora *extra petita* ao determinar que os aluguéis recebidos por ambos os sócios sejam depositados em juízo, uma vez que o réu fez pedido neste sentido. Os pedidos do autor-apelante não foram sucessivos, mas alternativos, de forma que, tendo havido a concordância do réu relativamente à dissolução parcial, acertada fora a r. sentença ao deferir a dissolução parcial da sociedade mercantil. Está claro na sentença que quem fora condenado a arcar com as custas e honorários do processo fora o espólio de Gastão de Lima Franco, e não a sociedade mercantil dissolvenda. Não há dúvida de que, na perícia, será apurada a situação patrimonial da empresa, chegando-se ao valor da quota do autor, nos termos do art. 1.031, *caput*, do CC/02. Mantida a aplicação do art. 20, § 4º, do CPC e majorados os honorários, diante da natureza da causa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.059916-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ivan de Lima Franco - Apelado: Espólio de Gastão Lima Franco - Litisconsorte: Irmãos Franco Ltda. - Relatora: DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 12 de agosto de 2009. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Hélcio Barbosa Cambraia Júnior.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Ouvi com a devida atenção a sustentação oral feita da tribuna.

Trata-se de recurso de apelação, interposto por Ivan de Lima Franco contra a r. sentença de f. 298/305, que, na ação de dissolução de sociedade por ele movida contra Gastão Lima Franco e Irmãos Franco Ltda., julgou procedente o pedido para dissolver parcialmente a sociedade Irmãos Franco Ltda., com a retirada do sócio Ivan de Lima Franco e a apuração de haveres após o trânsito em julgado desta decisão, na fase de liquidação, nos termos do CC vigente, através do balanço especial de determinação, considerando a razão de 1/2 de suas contas sobre a totalidade do patrimônio da sociedade segundo o valor real (de mercado), observando-se, no que couber, o art. 1.032 do CC.

Em suas razões de recurso, aduz o autor apelante as seguintes preliminares:

- Preliminar de nulidade de sentença em decorrência do cerceamento do direito de defesa.

Aventa o apelante haver requerido a produção de prova documental e o depoimento pessoal do recorrido, tendo a prova documental sido produzida parcialmente, devendo vir o restante dos documentos após o exaurimento dos atos processuais do processo conexo.

Quanto ao depoimento pessoal do requerido, importante como início de prova dos demais pedidos formulados na exordial, afirma o apelante ter o douto Juiz primevo deixado de se manifestar sobre o assunto, julgando antecipadamente a lide, restando claro o cerceamento de defesa, de forma que deve ser cassada a r. sentença monocrática.

- Preliminar de nulidade da sentença, em virtude do processo conexo.

Salienta o apelante que a cautelar de exibição de documentos, conexa aos presentes autos, deveria ter sido sentenciada na mesma oportunidade, conforme dispõe o art. 105 do CPC.

Requer, assim, seja cassada a r. sentença, retornando os autos ao Juízo de origem, para que os dois processos sejam decididos simultaneamente.

- Preliminar de nulidade da sentença - ausência de fundamentação relativamente ao pedido de indenização pelas despesas processuais pagas pelo autor apelante.

Afirma o autor apelante haver requerido indenização das despesas que despendeu com a contratação de advogado, já que fora o recorrido quem se recusou a dissolver amigavelmente a sociedade Irmãos Franco Ltda.

E, segundo aponta o autor, a r. sentença, mesmo depois de declarada, não deixou claro haver deferido ou não o referido pedido de indenização, não tendo sido devidamente fundamentada. Requer seja a mesma anulada por falta de fundamentação.

- Preliminar de nulidade - Decisão *extra petita*.

Argumenta, ainda, o autor apelante não haver pedido nos autos para que os aluguéis recebidos por ambos os sócios fossem depositados em juízo.

Afirma serem os aluguéis a única fonte de renda que cada sócio recebe da empresa, mesmo porque, quanto a este ponto, os sócios não dissentiram, conforme se vê na inicial e na contestação.

Aponta ser *extra petita* o r. *decisum* nesta parte e pugna para que seja decotada tal decisão *extra petita*, acolhendo-se a preliminar.

Mérito.

Inicialmente, pede a reforma da condenação em honorários, que, após o julgamento dos embargos de

declaração, chegou a ser irrisória, pedindo a reforma da sentença para fixar os honorários em 20% (vinte por cento) sobre o valor que caberá ao recorrido espólio de Gastão de Lima Franco na divisão da empresa, ou pelo menos 20% sobre o valor da causa.

Em seguida, alega o autor apelante que o pedido principal da inicial fora a dissolução total da sociedade, e não parcial, de forma que o pedido sucessivo de dissolução parcial somente poderia ser apreciado se o MM. Juiz *a quo* tivesse afastado o pedido principal, conforme predica o art. 289 do CPC.

Afirma que o referido pedido principal não fora sequer apreciado na r. sentença recorrida, sendo o caso dos autos de dissolução total, e não parcial.

Quanto à condenação do réu nas custas e honorários, salienta não ter ficado claro na sentença qual réu teria sido condenado, o espólio de Gastão Lima Franco ou a sociedade Irmãos Franco Ltda.

Aduz que quem deu causa à instauração do processo fora o recorrido, como já salientado.

Por fim, no que se refere à perícia determinada na sentença, alega o apelante que a perícia de engenharia se mostrará incompleta, sendo necessário, também, se fazer uma perícia contábil, para determinar os créditos que ele, apelante, detém junto à empresa, inclusive por conta do *pro labore* não recebido e despesas com construções no imóvel, além de verificar os débitos que a empresa possui na praça, seja com IPTU e demais impostos, seja com terceiros. Além disso, afirma a necessidade de apurar os valores que foram recebidos pelo Sr. Gastão Lima Franco, cuja importância deverá ser devolvida à sociedade.

O espólio recorrido apresentou contrarrazões às f. 333/351, aduzindo, preliminarmente, a falta de interesse recursal por parte do autor, que requereu a dissolução parcial da sociedade caso não fosse acolhido o pedido anterior, tendo havido expressa concordância por parte do réu em relação à dissolução parcial.

Se ultrapassada a preliminar, pugna o réu apelado pela manutenção da r. sentença *a qua*.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos para sua admissibilidade.

Preliminar aduzida pelo réu apelado.

Primeiramente, vejo por bem analisar a preliminar aventada pelo réu apelado, de falta de interesse recursal por parte do apelante.

Ora, o recurso do apelante aponta diversos motivos que poderiam levar à nulidade da r. sentença monocrática, além de questionar o deferimento da dissolução parcial, e não total, da sociedade mercantil, invocando questões processuais importantes, de forma que é legítimo o interesse recursal do recorrente.

Rejeito, pois, a preliminar.

Preliminares do apelante.

Inicialmente, não há que se falar, como quer o apelante, em cerceamento de defesa.

Realmente, ele requerera a produção de prova documental e o depoimento pessoal do recorrido.

No que tange à prova documental, verifico que, ao longo dos autos, fora deferida pelo MM. Juiz monocrático a juntada de documentos por ambas as partes, de forma que a referida prova fora amplamente produzida no feito. Quanto à questão dos documentos juntados no processo conexo, tenho que, com a decisão dos embargos de declaração (f. 314), considerou-se a cautelar como medida satisfativa, desvinculada do processo de dissolução, de forma que os documentos exibidos naquela já foram levados em conta pelo MM. Julgador primevo, além de não ter o autor apelante impugnado tal decisão proferida nos embargos.

Quanto ao pedido de depoimento pessoal do recorrido, ele não fora reiterado na audiência de conciliação e, tampouco, após o pedido de suspensão do processo para se tentar um acordo amigável. Além disso, a sua falta não causou prejuízo ao autor, de forma que possível o julgamento antecipado da lide, devendo ser afastada a nulidade da r. sentença *a qua*.

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Quanto à alegação de que a cautelar de exibição de documentos deveria ter sido sentenciada em conjunto com a presente ação de dissolução, há apenas a faculdade do juiz de ordenar o julgamento simultâneo, nos termos do art. 105 do CPC, não sendo obrigatória a decisão conjunta, tal como tenta fazer entender o apelante.

Rejeito, assim, a preliminar de nulidade da sentença em virtude de processo conexo.

Quanto ao pedido de indenização pelas despesas com advogado, o MM. Julgador monocrático entendeu que ele deveria ter sido feito na forma própria, isto é, em ação própria, de forma que não há que se falar em falta de fundamentação desta parte da sentença.

Dessa forma, rejeito, também, a preliminar de nulidade por falta de fundamentação.

Ainda preliminarmente, não tem acolhida a alegação de que a r. sentença fora *extra petita* ao determinar que os aluguéis recebidos por ambos os sócios sejam depositados em juízo, uma vez que o réu, na petição de f. 287/290, requereu, como medida de prudência, que toda e qualquer receita decorrente dos ativos da sociedade dissolvenda fosse depositada à disposição do juízo.

Rejeito, pois, a preliminar de sentença *extra petita*.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - De acordo.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Ouvi com a devida atenção a objetiva sustentação oral produzida pelo ilustrado Dr. Procurador.

No tocante ao julgamento, estou subscrevendo o voto da eminente Desembargadora Relatora.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Mérito.

Ressalto, inicialmente, que os pedidos do autor apelante foram alternativos, conforme se vê claramente na exordial. O autor defende à f. 7 que nenhuma pessoa é obrigada a se associar ou manter-se associada, invocando o direito dos sócios de se retirarem da sociedade, levando consigo seus haveres, nos termos do art. 1.031 do CC/02 (dissolução parcial). Mais à frente, na mesma linha de pensamento, sustenta o autor (f. 8) que o CC/02 também admite a possibilidade de dissolução judicial sempre que a sociedade exaurir seu fim social, nos termos do seu art. 1.034, II (dissolução total).

Os pedidos não foram sucessivos, mas alternativos, de forma que, tendo havido a concordância do réu relativamente à dissolução parcial, conforme se verifica na contestação e ao longo do feito, o d. Juiz primevo houve por bem deferir a dissolução parcial da sociedade.

Ressalto que, na inicial, o autor fora contraditório nos itens 11.4 e 11.5, explicitando, no primeiro, serem os pedidos alternativos e fazendo entender, no segundo, que eles seriam sucessivos. Ocorre que, da leitura da peça exordial e do próprio item 11.4, chega-se à conclusão de que ele pede a procedência do pedido para determinar a dissolução da sociedade, seja pela perda da *affectio societatis,* seja pelo exaurimento do fim social, sendo que a perda da *affectio societatis* foi explicitada ao longo da peça inicial como sendo a retirada do sócio (dissolução parcial).

Assim, não ficou clara a existência de pedidos sucessivos, mas sim alternativos, de forma que acertada a r. sentença ao julgar procedente o pedido inicial, determinando a dissolução parcial, já que o réu apelado concordou com a saída do autor da sociedade, ratificando sua concordância às f. 287/290, não tendo havido negativa do autor relativamente à dissolução parcial nem reiteração de pedido de dissolução total.

Quanto à condenação do réu em custas e honorários, está claro na sentença que quem fora condenado fora o espólio de Gastão de Lima Franco, e não a sociedade mercantil dissolvenda, pois fora o espólio réu quem concordara com a dissolução parcial (vide f. 304, *in fine*).

Ademais, não faz qualquer sentido que a sociedade arque com as custas e os honorários, mas sim o sócio que deu causa à instauração do processo, tal como bem arguiu o apelante.

Quanto à perícia, não há nada na sentença que mencione tratar-se de perícia de engenharia, estando explícito no julgado que haverá apuração contábil. Em verdade, trata-se de apuração de haveres via balanço especial de determinação, que visa realizar uma avaliação real da empresa no momento do efetivo afastamento do sócio da mesma.

Não há dúvida de que será apurada a situação patrimonial da empresa, créditos, débitos, chegando-se ao valor da quota do autor, nos termos do art. 1.031, *caput*, do CC/02.

No que tange aos honorários arbitrados na sentença declarada (f. 314), mantenho a aplicação do art. 20, § 4º, tendo em vista que não houve condenação, e vejo por bem majorá-los para R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), diante da natureza da causa.

Em face do exposto, rejeito a preliminar de falta de interesse recursal, aventada pelo réu apelado, rejeito as preliminares do autor apelante e dou parcial provimento ao recurso, apenas para majorar os honorários arbitrados na r. sentença primeva para R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais).

Custas recursais, pelo apelante, tendo saído vencedor em parte mínima do pedido.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Com a Relatora, uma vez que, diante da ruptura da *affectio societatis*, é de ser deferida a dissolução parcial da sociedade, com apuração de haveres, no que decidiu com o costumeiro acerto o MM. Juiz *a quo*.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Ação de cobrança - Mensalidade escolar - Juros de mora - Correção monetária - Termo inicial - Vencimento da obrigação - Voto vencido

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Mensalidade escolar. Juros moratórios e correção monetária. Termo inicial. Vencimento obrigação. Voto vencido.

- Sobre o débito decorrente da inadimplência no pagamento de mensalidade devem incidir juros moratórios e a correção monetária desde o vencimento da obrigação.

- V.v.: - Tratando-se de ação de cobrança de mensalidade escolar, a correção monetária deverá incidir a partir do ajuizamento da ação e os juros moratórios desde a citação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.076009-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Apelada: Ana Rita Medeiros - Relatora: DESª. 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 DAR PROVIMENTO, VENCIDO O 1º VOGAL.

Belo Horizonte, 09 de setembro de 2009. - *Selma Marques* - Relatora.

Notas taquigráficas

DESª. SELMA MARQUES - Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 70/71, que julgou procedente o pedido contido na ação de cobrança ajuizada por Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais contra Ana Rita Medeiros, para condenar a ré

> a pagar à autora a quantia de R$2.936,13. O valor da condenação deverá ser corrigido monetariamente segundo os índices publicados pela Corregedoria Geral de Justiça no Jornal Minas Gerais, a partir da propositura da ação e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data de citação da ação até final liquidação.

Inconformada, f. 73/79, busca a apelante a reforma da r. sentença, apenas no que tange ao termo *a quo* de incidência da correção monetária e dos juros moratórios, requerendo que incidam da data do vencimento da obrigação.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Versam os autos sobre ação de cobrança de mensalidade da faculdade ajuizada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais contra Ana Rita Medeiros, julgada procedente pelo magistrado singular. Não obstante seu êxito, insurge-se a autora, ora apelante, no tocante ao termo de incidência dos juros moratórios e correção monetária, requerendo sejam devidos desde o vencimento da obrigação.

Com razão a apelante.

Isto porque, como os valores devidos representam obrigação líquida e positiva, os juros e a correção monetária devem incidir a partir do vencimento.

Em relação aos juros moratórios, a aplicação de tal encargo decorre diretamente dos arts. 394 e 397 do CC, que assim estabelecem:

> Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.
>
> Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

No que respeita à correção monetária, consiste na recomposição do poder aquisitivo da moeda, corroída em função da espiral inflacionária que assola a economia do país, visando a preservar o poder aquisitivo da moeda de modo a que alcance, no ato do pagamento, o valor real que guardava à época do inadimplemento.

Por conseguinte, não é seu papel ampliar a dívida, mas guardar sua identidade no tempo, razão pela qual, sob pena de enriquecimento sem causa daquela parte a quem incumbia o pagamento das mensalidades vencidas, não poderá ser adotado outro *dies a quo*, que não a data de vencimento de cada uma das mensalidades postas à cobrança.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já teve a oportunidade de manifestar-se, decidindo que:

> A correção monetária não se constitui em um plus, senão em uma mera atualização da moeda, aviltada pela inflação, impondo-se como um imperativo de ordem jurídica, econômica e ética. Jurídica, porque o credor tem o direito tanto de ser integralmente ressarcido dos prejuízos da inadimplência, como o de ter por satisfeito, em toda a sua inteireza, o seu crédito pago com atraso. Econômica, porque a correção nada mais significa senão um mero instrumento de preservação do valor do crédito. Ética, porque o crédito pago sem correção importa em um verdadeiro enriquecimento sem causa do devedor, e a ninguém é lícito tirar proveito de sua própria inadimplência (RSTJ - 74/387).

Neste sentido, a jurisprudência deste egrégio TJMG:

> Ação de cobrança. Prestação de serviços educacionais. [...] Moratórios. Termo inicial. Data do vencimento da prestação. [...] Em se tratando de obrigações líquidas, certas e a termo, o termo inicial dos juros moratórios é a data do vencimento de cada prestação (TJMG. Rel. Desª. Heloisa Combat, AP 2.0000.00.505.084-6/000, j. em 05.05.05).
>
> Ementa: Ação de cobrança. Mensalidade escolar. Título executivo extrajudicial. Prescrição. Art. 206, § 3º, VIII, Código Civil. Dívida líquida com termo certo. Juros e correção monetária. Termo inicial de incidência. Aplicável à cobrança de mensalidades escolares o prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, VIII, do Código Civil de 2002. Nos termos do art. 397 do Código Civil, o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Portanto, estando em mora, os juros contam-se do vencimento de cada prestação devida, o mesmo ocorrendo com a correção monetária, pois esta tem como escopo recompor o valor da moeda (TJMG. Rel. Des. Mota e Silva, Ap 1.0024.06.995814-8/001, j. em 27.03.2008).
>
> Civil e processual civil. Apelação. Ação de cobrança. Rito sumário. Contrato de prestação de serviços educacionais. Obrigação do pagamento das mensalidades. Alegação de incapacidade à época da celebração do contrato. Ausência de comprovação. Infrequência às aulas. Irrelevância. Juros de mora e correção monetária. Termo *a quo*. Dívida líquida e positiva. Vencimento da obrigação. Recurso principal conhecido e não provido. Recurso adesivo conhecido e provido. Restando comprovado que a parte ré contratou os serviços da instituição de ensino, que foram colocados à sua disposição, e inexistindo formalização quanto à desistência do curso, são devidas as mensalidades relativas ao semestre avençado, ainda que haja infreqüência. Havendo alegação de incapacidade para os atos da vida civil, que não restou comprovada à época da celebração do contrato, é de se manter a obrigação da parte ré em adimplir as mensalidades decorrentes do contrato. A correção monetária deverá ser calculada desde a data do vencimento de cada mensali-

dade, eis que não representa um acréscimo ao valor original, mas mera atualização da expressão econômica da moeda desde o tempo em que o crédito existia. Os juros de mora, em se tratando de mensalidade escolar, que representa obrigação positiva e líquida, incidem desde o vencimento de cada uma das parcelas inadimplidas. Recurso principal conhecido e não provido. Recurso adesivo conhecido e provido. (TJMG. Rel. Desª. Márcia de Paoli Balbino, Ap 1.0024.05.900821-9/002, j. em 29.05.08).

Ação de cobrança. Mensalidade escolar. Inadimplência. Prova. Rescisão do contrato. Ausência de prova. Correção monetária. Juros de mora. Termo *a quo*. - Existindo cláusula permissiva de rescisão contratual, mediante comunicação, através de preenchimento de impresso próprio, à disposição do contratante, e não tendo a ré se desincumbido de seu ônus de provar que cumpriu a referida exigência, são devidas as parcelas da mensalidade escolar dos meses em que esteve o serviço educacional à disposição do aluno. - O IGP-M/FGV, não se reveste de abusividade, podendo ser livremente utilizado como fator de correção monetária, desde que pactuado. - A correção monetária, por ser mero atualizador do débito, deve incidir, em casos de cobranças de mensalidades escolares, a partir do vencimento de cada prestação. - Em se tratando de obrigações líquidas, certas e a termo, o termo inicial dos juros moratórios é a data do vencimento de cada prestação. Assim, os juros moratórios sobre o valor das mensalidades inadimplidas devem incidir a partir dos respectivos vencimentos, e não da citação. (TJMG. Rel. Des. Lucas Pereira, Ap 1.0024.06.986322-3/001, j. em 27.02.09).

Aliado à fundamentação acima expendida, cumpre registrar que o contrato de f. 11/14 é expresso ao determinar, em sua cláusula sexta, que o atraso de qualquer parcela enseja na incidência de correção monetária e juros moratórios de 1% ao mês, "a contar da data de vencimento da parcela não paga", devendo, pois, por respeito ao Princípio do *Pacta Sunt Servanda*, ser obedecido.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para determinar que, sobre a condenação imposta pelo juízo *a quo*, incidam os juros moratórios e a correção monetária a partir da data do vencimento de cada mensalidade inadimplida pela ré.

Custas, pela apelada, suspenso o pagamento, no entanto, vez que amparada pelos benefícios da gratuidade de justiça.

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de apelação interposta por PUC - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos da "Ação de Cobrança pelo Procedimento Sumário" ajuizada em desfavor de Ana Rita Medeiros, julgou procedente o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de R$2.936,13, corrigido monetariamente a partir do ajuizamento da ação e acrescido de juros de 1% ao mês, a contar da citação, além das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação.

A eminente Relatora, Des. Selma Marques, deu provimento ao recurso, determinando que os juros remuneratórios e a correção monetária incidam desde o vencimento de cada mensalidade inadimplida pela ré.

Data venia, ouso divergir de Sua Excelência.

Isso porque, analisando detidamente os cálculos de f. 06/10, verifica-se que a apelante, para chegar ao montante da dívida mencionada na inicial, já incidiu sobre o valor histórico de cada prestação inadimplida, correção monetária e juros moratórios.

Dessa forma, decidiu corretamente o douto magistrado de primeira instância ao determinar a incidência da correção monetária a partir do ajuizamento da ação e dos juros moratórios desde a citação, pois, caso contrário, estar-se-ia atualizando a mesma dívida duas vezes, configurando, sem nenhuma dúvida, enriquecimento ilícito.

Mediante tais considerações, renovando vênia, nego provimento ao recurso, para manter a sentença hostilizada, pelos seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

DES. DUARTE DE PAULA - Estou acompanhando a Relatora.

Súmula: DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O 1º VOGAL.

...

Licitação - Serviços advocatícios - Contratação - Notória especialização - Licitação - Inexigibilidade - Critérios objetivos - Impossibilidade de aplicação

Ementa: Direito administrativo. Licitação. Contratação serviços advocatícios. Notória especialização. Inexigibilidade licitação. Impossibilidade aplicação critérios objetivos.

- A inexigibilidade da licitação é decorrência da inviabilidade de competição. A licitação, entendida como conjugação de atividades públicas e privadas, visa escolher, dentre as diversas alternativas ofertadas, aquela mais adequada ao atendimento do interesse público. Neste prisma tem-se que, quando ausente mais de uma alternativa, inexistente o mercado concorrencial ou impossível a aplicação de critérios objetivos na escolha do serviço ou objeto, configura-se a hipótese de inexigibilidade da licitação.

- Em se tratando da contratação de serviços de assessoria jurídica, somado à notória especialização do profis-

sional o administrador, no exercício de sua atividade discricionária, pauta também sua escolha em virtude da confiabilidade que possui em relação ao profissional. Assim, ante o caráter eminentemente subjetivo, impossível a aplicação de critérios objetivos no julgamento de propostas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.124269-9/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Município de Belo Horizonte, Paulo de Moura Ramos e Flávio de Souza e Silva, em causa própria. - Relatora: DES.ª MARIA ELZA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 23 de julho de 2009. - *Maria Elza* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA ELZA - Trata o presente feito de ação civil pública por atos de improbidade administrativa interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do Município de Belo Horizonte, de Paulo de Moura Ramos e de Flávio de Souza e Silva, no qual pugna pela declaração da nulidade dos contratos administrativos firmados entre os requeridos para prestação de assessoria jurídica, bem como pela condenação das sanções previstas no art. 12, inciso II, da Lei 8.429/92.

Aduziu o *Parquet* às f. 02/10-TJ que, contrariamente ao infirmado pelos requeridos, não estaria configurada a hipótese de inexigibilidade de licitação por notoriedade dos serviços, sendo, portanto, nulo o contrato firmado e em desacordo com a Lei 8.666/93. Pugnou, desse modo, pela condenação dos requeridos pela prática de atos de improbidade administrativa, bem como pela declaração de nulidade do ato que autorizou a contratação direta de um dos requeridos.

O requerido Flávio de Souza e Silva apresentou sua contestação às f. 899/932-TJ. Alegou, inicialmente, a sua notória especialização. Aduziu ainda que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência dominante, e em face da notória especialização do requerido, estaria configurada a inexigibilidade da licitação.

Contestação apresentada pelo requerido Paulo de Moura Ramos às f. 954/965-TJ, na qual alega, preliminarmente, a impossibilidade da aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, bem como a falta de competência investigatória do *Parquet*. No mérito, discorreu sobre a inexistência de conduta tipificada como improbidade administrativa.

O Município de Belo Horizonte apresentou sua contestação às f. 967/976-TJ, na qual alegou que, de acordo com a Lei 8.666/93, a contratação está contemplada em uma das hipóteses de inexigibilidade, sendo, portanto, amparada pelo ordenamento jurídico.

Em sentença prolatada às f. 1.064/1.067-TJ, decidiu o Juízo *a quo* pela improcedência da ação, sob a fundamentação de que estariam presentes os requisitos configuradores da inexigibilidade licitatória, não havendo que se falar, portanto, na prática de atos de improbidade administrativa.

Irresignado com a decisão supra interpôs o *Parquet* recurso de apelação às f. 1.069/1.081-TJ. Aduz o ora recorrente que não estariam presentes os requisitos necessários à inexigibilidade da licitação, visto a ausência de singularidade dos serviços, bem como pela não comprovação da notória especialização.

Contrarrazões apresentadas pelo Município de Belo Horizonte às f. 1.087/1.093-TJ, nas quais discorre sobre a possibilidade de contratação por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25 da Lei 8.666/93.

Paulo de Moura Ramos apresentou suas contrarrazões às f. 1.094/1.101-TJ, nas quais alega a inexistência de conduta tipificada como improbidade administrativa, bem como discorre sobre a impossibilidade de aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos.

Flávio de Souza Silva apresentou suas contrarrazões às f. 1.102/1.109-TJ, nas quais aduz estarem presentes os pressupostos ensejadores da inexigibilidade licitatória.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às f. 1.117/1.122-TJ.

Este o breve relato do necessário, passa-se a decidir.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conhece-se do recurso de apelação interposto.

Preliminarmente, afasta-se a alegação do segundo requerido de inaplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos.

É certo que o pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 2.138, definiu que agentes políticos sujeitos a processo de *impeachment* (crimes de responsabilidade) não podem ser processados pela prática de atos de improbidade administrativa. Embora esse posicionamento seja prejudicial aos valores republicanos e aos princípios da Administração Pública, não se deve tomá-lo como uma posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, a ponto de influenciar o julgamento dos demais órgãos do Poder Judiciário.

A uma, porque alguns dos votos que compuseram o acórdão foram dados à época do julgamento por

Ministros que, hoje, não mais compõem o Supremo Tribunal Federal.

A duas, porque, com a atual composição, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Petição 3.923/SP, em que o requerente, condenado por prática de improbidade administrativa, postulava que o processo fosse encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, visto ter sido eleito deputado federal, indeferiu, de forma unânime, o pedido e assumiu posição contrária à firmada na Reclamação nº 2.138, ao decidir que não há prerrogativa de foro para ação de improbidade. Ressalte-se que os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, relator, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto e Cármem Lúcia Antunes Rocha adotaram o entendimento de que os agentes políticos estão sujeitos ao processo por ato de improbidade administrativa e sem o direito a foro especial.

Por fim, a três, porque, em regra, as decisões dos órgãos do Poder Judiciário não se vinculam previamente às decisões do Supremo Tribunal Federal, salvo algumas exceções, com destaque em relação às matérias que integrarão as súmulas vinculantes, nos termos do art. 103-A da Constituição da República:

> O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Entretanto, não há, até o momento, qualquer súmula vinculante afeta ao tema em questão. Dessarte, rejeita-se a preliminar.

Conforme relatado, cinge-se o mérito da questão à configuração ou não da hipótese de inexigibilidade de licitação na contratação dos serviços de assessoria jurídica em virtude de notória especialização.

Segundo disposto na Constituição da República, excetuando-se as ressalvas legais, as obras, serviços, compras e alienações promovidas pela Administração Pública operar-se-ão por meio de processo licitatório, sendo assegurada a todos os concorrentes a igualdade de condições.

O processo licitatório visa garantir, de um lado, que a Administração possa selecionar a proposta mais vantajosa, enquanto, de outro, assegurar que todos os particulares possam oferecer seus serviços e produtos à Administração. Logo, a dispensa e a inexigibilidade do processo licitatório são figuras excepcionais que, como tais, devem respeitar certas formalidades como a justificação da escolha do fornecedor e do preço a ser pago. Ao não obedecer aos ditames legais, o administrador infringe o princípio da legalidade e da motivação dos atos administrativos.

Corroborando o posicionamento constitucional, a Lei 8.666/93 define que as contratações realizadas pela Administração Pública serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvando-se as hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas no próprio diploma.

A inexigibilidade do processo licitatório é decorrência da inviabilidade de competição. A licitação, entendida como conjugação de atividades públicas e privadas, visa escolher, entre as diversas alternativas ofertadas, aquela mais adequada ao atendimento do interesse público. Dessa forma tem-se que, quando ausente mais de uma alternativa, inexistente o mercado concorrencial ou impossível a aplicação de critérios objetivos na escolha do serviço ou objeto, configura-se a hipótese de inexigibilidade da licitação.

Doutrina nesse sentido Marçal Justen Filho:

> As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.
>
> Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado.
>
> Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz o interesse público. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas. (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 277.)

No caso em epígrafe, o Município de Belo Horizonte contratou os serviços de assessoria jurídica de Flávio de Souza e Silva sem processo licitatório, sob a justificativa de notória especialização do mesmo, o que configuraria hipótese de inexigibilidade de licitação.

Sobre o tema dispõe o art. 25 da Lei 8.666/93 que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição na contratação de serviços técnicos de natureza singular com profissionais de notória especialização. O cerne da questão se encontra em saber se a contratação dos serviços de assessoria jurídica configuraria hipótese de serviços técnicos de natureza singular de notória especialização.

De acordo com os documentos acostados aos autos, extrai-se que a contratação se deu para a elaboração de pareceres, minutas de decretos, projetos de lei, emendas, substitutivos, suporte jurídico às atividades financeiras de órgãos da Municipalidade, entre outros.

Referida prestação, visto o caráter intelectual e subjetivo daquele que a realiza, enquadra-se na hipótese de serviço técnico de natureza singular prevista no art. 25 da Lei 8.666/93.

Configurada, portanto, a natureza singular do serviço técnico contratado, é de se verificar a notoriedade do profissional, outro requisito necessário para a configuração da inexigibilidade da licitação.

A documentação acostada aos autos às f. 38/87-TJ demonstra que o profissional possui sólida formação jurídica, com titulação inclusive de pós-graduado em administração municipal e em direito da economia e da empresa, ambas por instituições de irretocável renome.

Ademais, demonstrada sua vasta experiência profissional bem como sua constante atualização. Dessa feita, é de se entender presentes os requisitos necessários ao ensejo da inexigibilidade da licitação, quais sejam a natureza singular do serviço técnico contratado e a notoriedade do profissional.

Destaca-se que a licitação, entre os seus diversos princípios norteadores, rege-se pelo julgamento objetivo das propostas apresentadas. Dessarte, tem-se como condição para a realização do processo licitatório a possibilidade da aplicação de critérios objetivos quando do julgamento das propostas.

Em se tratando da contratação de serviços de assessoria jurídica, somada à notória especialização do profissional, o administrador, no exercício de sua atividade discricionária, pauta também sua escolha em virtude da confiabilidade que possui em relação ao profissional. Assim, ante o caráter eminentemente subjetivo, impossível a aplicação de critérios objetivos no julgamento das propostas.

Dessarte, sendo impossível a aferição de profissionais da área jurídica com base em critérios objetivos, torna-se inviável a realização do processo licitatório, visto a impossibilidade do julgamento objetivo das propostas, o que inviabiliza a licitação, configurando uma das hipóteses de inexigibilidade da mesma.

Nesse sentido também o posicionamento deste egrégio Tribunal:

> Ementa: Ação civil pública. Contratação de serviços advocatícios. Licitação. Inexigibilidade. Ausência de comprovação de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário. Sentença mantida. - A contratação de escritório de advogados com notória especialização pelo Município, sem a licitação, não é considerada irregularidade, na medida em que se comprova a necessidade e utilidade para a Administração e interesse público, mormente em não havendo demonstração de prejuízo. (Ap. 1.0071.02.007351-7/001. Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª Câmara Cível, pub. em 09.08.2007.)

> Constitucional e administrativo. Ação civil pública. Advogados. Contratação de serviços por Município. Licitação. Inexigibilidade. Elaboração de parecer. Serviço singular. Notória especialização. Improcedência do pedido. Manutenção. Inteligência do art. 37 da Constituição da República, arts. 13 e 25, II, § 1º, ambos da Lei 8.666/1993. - A inexigibilidade de licitação configura-se pela conjunção da singularidade do serviço e da existência da notória especialização, com o que, atendidos tais requisitos, não há transgressão na contratação de serviços advocatícios, sem a realização de processo licitatório, fulcrados nesta exceção legal. (Ap. 1.0518.04.060274-1/001. Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, Quinta Câmara Cível, pub. em 16.05.2006.)

> Ação civil pública. Atos de improbidade administrativa, ensejando pedido de ressarcimento ao erário. Contratação direta de empresa de notória especialização. Serviços advocatícios. Hipótese de inexigibilidade de licitação. Inteligência da norma do art. 25, II, da Lei 8.666/93.
> *In casu*, é indiscutível a notória especialização da empresa contratada pelo Município, composta de profissionais especializados e qualificados, cujo trabalho é essencial e adequado à plena satisfação dos fins colimados pela Administração. Assim, sendo o objeto contratado de natureza singular e a empresa de notória especialização, não há que se falar em nulidade do contrato, por vício de legalidade, uma vez que configurada a hipótese de inexigibilidade de licitação. Lado outro, não há prova de ato de improbidade administrativa, porque presentes os requisitos necessários à contratação direta, amparada em lei, dentro dos limites da razoabilidade e da boa-fé. (Ap. 1.0479.03.055084-8/002. Rel. Des. Pinheiro Lago, 7ª Câmara Cível, pub. em 1º.09.2005.)

> Ementa: Ação civil de improbidade administrativa. Contratação de advogado. Inexigibilidade de licitação. A defesa do Município em ações propostas perante a Justiça do Trabalho pode ser patrocinada por advogado contratado pelo ente estatal, independente de licitação. Aplicação dos arts. 25, § 1º, e 13, II, da Lei nº 8.666/93. Rejeitada a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça, nega-se provimento aos recursos. (Ap. 1.0400.00.002014-1/001. Rel. Des. Kildare Carvalho, 3ª Câmara Cível, p. em 28.09.2005.)

Assim, tem-se que plenamente compatível com o ordenamento jurídico a contratação de advogados sem o processo licitatório, visto que o mesmo se afigura inexigível no caso em epígrafe.

Nesse sentido também o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> Ementa: I. *Habeas corpus*: prescrição: ocorrência, no caso, tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos à denúncia (L. 8.666/93, art. 92), ocorrido em 28.9.93. II. Alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia no Tribunal de Justiça do Paraná: questão que não cabe ser analisada originariamente no Supremo Tribunal Federal e em relação à qual, de resto, a instrução do pedido é deficiente. III. *Habeas corpus*: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia. 1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de

advocacia. 2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º) (*HC* 86198/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 17.04.2007, p. no *DJe* de 29.06.2007).

Ementa: 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 oficio para o fim de ser trancada a ação penal (R*HC* 72830/RO. Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. em 24.10.1995, pub. no *DJ* de 16.02.1996, p. 02999).

Cumpre destacar ainda que o fato de existir procuradoria jurídica municipal não constitui óbice à contratação de serviços de assessoria jurídica, visto que busca a contratação a prestação de serviços de maior complexidade, bem como devido ao fato de inexistir óbice legal em virtude da existência da procuradoria municipal.

Dessarte, ante a fundamentação exposta, há de ser mantida a sentença primeva, já que, sendo impossível a aferição de profissionais da área jurídica com base em critérios objetivos, torna-se inviável a realização de processo licitatório, visto a impossibilidade do julgamento objetivo das propostas, o que inviabiliza a licitação, configurando uma das hipóteses de inexigibilidade da mesma.

Diante de todo o 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), nega-se provimento ao recurso de apelação interposto.

Custas, *ex lege*.

DES. NEPOMUCENO SILVA - Ouso acrescer ao brilhante voto expendido pela eminente Relatora, Des.ª Maria Elza, que está a negar provimento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que a contratação direta de escritório de advogados, com notória especialização, pelo Município de Belo Horizonte, em decorrência de inexigibilidade de licitação, não caracteriza, *per se*, irregularidade. Pois, não demonstrada a ocorrência de prejuízo ao erário, não se cogita a prática de ato ímprobo.

A licitação tem como escopo a eleição da melhor proposta aos cômodos da Administração, assegurando, outrossim, aos administrados a mesma oportunidade de contratação com o Poder Público, em consonância com o princípio da isonomia.

Nesse sentido, consigna o art. 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93, que

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

Todavia, quando da contratação de serviços de advocacia de natureza singular, em que inviável a competição em decorrência da notória especialização do contratado, afigura-se inexigível o certame, nos termos do art. 13, V, c/c o 25, II e § 1º, ambos da predita lei, *verbis*:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
[...]
V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
[...]
Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
[...]
II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
[...]
§ 1º 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 o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Acerca dos serviços de natureza singular, leciona Marçal Justen Filho (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed., São Paulo: Dialética, 2002, 278-279), *verbis:*

É problemático definir 'natureza singular', especialmente porque toda hipótese de inviabilidade de competição pode ser reportada, em última análise, a um objeto singular. Mas a explícita referência contida no inc. II não pode ser ignorada e a expressão vocabular exige interpretação específica a propósito dos serviços técnicos profissionais especializados.
No esforço de definir a regra geral, deve iniciar-se pela afirmação de que a natureza singular não significa ausência de pluralidade de sujeitos em condições de desempenhar o objeto. A ausência de pluralidade conduz à incidência do inc. I. Mais ainda, conduz à inviabilidade de competição relativamente a qualquer serviço, mesmo quanto àqueles que não forem técnicos profissionais especializados. Ou seja, a 'natureza singular' deve ser entendida como uma característica especial de algumas contratações de serviços técnicos profissionais especializados. Enfim e para concluir essa questão, singular é a natureza do serviço, não o número de pessoas a executá-lo.
[...]

> Ou seja, a fórmula 'natureza singular' destina-se a evitar a generalização da contratação direta para todos os casos enquadráveis no art. 13. É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse público é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional 'especializado'. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem a obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado).
> [...]
> A identificação de um 'caso anômalo' depende da conjugação da natureza própria do objeto a ser executado com as habilidades titularizadas por um profissional-padrão que atua no mercado. Ou seja, não basta reconhecer que o objeto é diverso daquele usualmente executado pela própria Administração. É necessário examinar se um profissional qualquer de qualificação média enfrenta e resolve problemas dessa ordem, na atividade profissional comum.
> Ou seja, a natureza singular da conjugação de dois elementos, entre si relacionados. Um deles é a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita. O outro é a ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão. Portanto, a viabilidade de competição não pode ser avaliada apenas em face da necessidade estatal, mas também depende da verificação do mercado. È perfeitamente imaginável que uma necessidade estatal excepcional e anômala possa ser atendida sem maior dificuldade por qualquer profissional especializado.
> Portanto, o conceito de 'natureza singular' é relativo. Depende das circunstancias históricas e geográficas. Sua identificação, no caso concreto, depende das condições generalizadas de conhecimento e de técnica. Algo que, em um certo momento, caracteriza-se como tendo natureza singular pode deixar de ser assim considerado no futuro. Um certo serviço pode ser reputado como de natureza singular em certas regiões do Brasil e não ser assim qualificável em outras. A maior dificuldade para entender o conceito reside na tentativa de transformá-lo em absoluto, reconduzindo-o a padrões numéricos ou modelos predeterminados.

Denota-se que não se exige para a configuração da singularidade que o profissional seja único, e sim que o serviço seja prestado segundo características próprias do executor, residindo, portanto, a singularidade no bojo da notória especialização.

Nesse sentido, adverte Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 18. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 514) que

> é natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado - a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria - recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.
> Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata.

Dessa forma, enquadrada a contratação na hipótese de inexigibilidade de licitação de acordo com as exigências do permissivo legal, não tendo sido evidenciado ato de improbidade administrativa, nem sequer prejuízo ao erário municipal, tenho que não merecem prosperar as razões do inconformismo, conforme reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e muito bem ressaltado pela eminente Relatora.

Sob esses acréscimos, acompanho a eminente Relatora, Des.ª Maria Elza, para negar provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público.

É como voto.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação ordinária - Transporte clandestino de passageiros - Infração de trânsito - Apreensão do veículo - Liberação condicionada ao pagamento de multa e demais despesas - Legalidade - Art. 262, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro - Voto vencido

Ementa: Ação ordinária. Infração de trânsito. Transporte clandestino de passageiros. Apreensão de veículo. Condicionamento da liberação ao pagamento de multa e demais despesas. Legalidade. Art. 262, § 2º, do CTB. Sentença reformada.

- Havendo prova, nos autos, de que o infrator teve conhecimento da multa aplicada no momento da infração, uma vez que autuado em flagrante delito, é legítima e válida a exigência da multa correspondente e demais despesas, como condição para a devolução do veículo, pois não consegue refutar o auto de apreensão, onde se encontra disposta a existência do transporte irregular e clandestino de passageiros.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.08.399367-9/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Transcon - Autarquia Municipal de Trânsito e Transporte de Contagem, representada por Hermiton Quirino da Silva - Apelado: Aparecido da Costa Silva - 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, EM REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 16 de julho de 2009. - *Nepomuceno Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NEPOMUCENO SILVA - Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço do recurso voluntário, submetendo os autos, de ofício, ao reexame necessário, *ex vi* do art. 475, inciso I, do CPC, com a redação dada pela Lei Federal nº 10.352/01. Portanto, nesta espécie, também o conheço.

Trata-se de reexame necessário, de ofício, e de recurso voluntário, ambos em face da sentença (f. 128/147), proferida pela MM.ª Juíza de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal, da Comarca de Contagem, nos autos da ação ordinária c/c consignação em pagamento, ajuizada, ali, por Aparecido da Costa Silva (apelado) contra a Transcon - Autarquia Municipal de Trânsito e Transporte (apelante), a qual julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 7º da Lei Municipal nº 3.548/02 e determinar a restituição do veículo ao seu proprietário, independentemente do pagamento da taxa de permanência e reboque, cancelando a multa imposta.

Nas razões recursais (f. 152/158), erige-se o inconformismo da apelante, argumentando, em síntese: que o autor não se manifestou acerca da possível existência de transporte clandestino; que ele estava angariando passageiros em diversos pontos do Município de Contagem; que o transporte irregular é uma infração administrativa prevista no art. 231, VIII, do CTB, constando ainda no mesmo diploma a competência dos órgãos municipais para a sua fiscalização e aplicação de sanções, razão pela qual não há qualquer inconstitucionalidade quando o Município aplica medidas para coibir o transporte clandestino, sendo o Decreto nº 180/06 constitucional; que os passageiros estão correndo risco ao utilizarem o transporte clandestino, pois trabalham em condições ínfimas de segurança e que o condutor, além da multa, deve pagar despesas de diária e o reboque.

Contrarrazões, em óbvia infirmação (f. 160/169).

Sem interesse ministerial.

O veículo, de propriedade do apelado, foi apreendido, ao fundamento de estar realizando transporte clandestino, ali permanecendo sob a condição do pagamento da multa municipal e demais despesas.

Em razão disso, houve a busca pela tutela jurisdicional, em que, *data venia*, o il. Julgador singular não decidiu com o costumeiro e admirável acerto.

O cerne da *quaestio* diz respeito ao fato de a liberação do veículo condicionar-se ao prévio pagamento de multa e despesas, alegando o apelado que houve conduta ilícita por parte do Poder Público.

Sem razão, *data venia*.

Pois, dos autos, se extrai que os motivos da apreensão decorrem do cometimento de infração de trânsito, gerador da apreensão segundo o Código de Trânsito, *verbis*:

> Art. 135 - Os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados em qualquer serviço remunerado, para registro, licenciamento e respectivo emplacamento de característica comercial, deverão estar devidamente autorizados pelo poder público concedente.

Percebe-se que o transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo casos de força maior ou com permissão da autoridade competente, tipifica a infração prevista no art. 231, inciso VIII, do Código de Trânsito Brasileiro, *verbis*:

> Art. 231 - Transitar com o veículo:
> [...]
> VIII - efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo casos de força maior ou com permissão da autoridade competente:
> Infração - média;
> Penalidade - multa;
> Medida Administrativa - retenção do veículo.

O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, cabendo a esses, no âmbito de suas respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar aquele direito, como, por exemplo, o condicionamento da retirada do veículo ao pagamento da multa.

Isso porque, se todos os proprietários de veículos, ditos profissionais, entenderem que podem exercer, livremente, qualquer transporte, sem licença ou desautorizados pelas autoridades competentes, estaremos erigindo um estado de balbúrdia intolerável, diplomando, assim, a ausência do próprio Estado, em seu sentido amplo.

É por esse motivo que o § 2º do art. 262 do CTB dispôs que

> a restituição dos veículos apreendidos só ocorrerá mediante o prévio pagamento das multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica.

O parágrafo único do art. 271 prescreve norma idêntica para o caso dos veículos removidos, de sorte que a liberação do veículo apreendido e removido, com espeque no art. 230, V, do CTB, pode ficar condicionada ao pagamento da multa referente à infração, não caracterizando abuso de poder por parte da Administração, que é autorizada a apreender e remover o veículo que está transportando passageiros irregularmente.

De regra, a autoridade administrativa não pode exigir o pagamento de multa da qual o interessado não foi notificado (mas este não é o caso dos autos, visto que autuado em flagrante delito), tendo em vista que sua legalidade se assenta no pressuposto de regular notificação, resguardando, assim, o devido processo legal e a ampla defesa, constitucionalmente assegurados, consoante o entendimento sumulado pelo colendo STJ, ao dispor que:

"Súmula 127 - É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado".

Contudo, na hipótese vertente, considera-se válida e eficaz a autuação e retenção do veículo, uma vez que não há qualquer indício de que o infrator não teve conhecimento da infração ou das multas aplicadas, ou, ainda, que o mesmo tenha sido tolhido no seu direito à ampla defesa, até porque foi autuado em flagrante e não há, nos autos, demonstração de que interpôs recurso administrativo.

Ademais, é sintomática a inércia do apelado em contestar a existência de transporte irregular de pessoas, direcionando sua insurgência apenas ao fato de ser ilegal a multa, sem nada mencionar e provar sobre o fato de estar transportando pessoas sem autorização do Poder Público.

Portanto, estando a apreensão de acordo com a lei e dentro dos limites do poder de polícia conferido à Administração Pública, cabe ao proprietário arcar com as despesas decorrentes da remoção e estadia do veículo, além da multa para a restituição do veículo, conforme entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> Administrativo. Apreensão do veículo. Transporte irregular de passageiros. Exigência de pagamento das multas. Condição para restituição ao proprietário. Legalidade. Inaplicabilidade da Súmula nº 127/STJ. 1. A retenção do veículo, *in casu*, deu-se com base nos arts. 231, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro e 83, VI, *a*, do Decreto 2.521/98, porque a parte recorrida estava executando serviço de transporte especial de passageiros não autorizado pelo Ministério dos Transportes. 2. É firme o entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte no sentido de que, na hipótese de apreensão do veículo como modalidade autônoma de sanção prevista no art. 262, *caput* e parágrafos, do CTB, é possível condicionar a restituição do automóvel ao pagamento da multa e demais despesas decorrentes da apreensão. Inaplicabilidade da Súmula 127/STJ. Precedentes. 3. Recurso especial provido. (STJ, REsp nº 797473/MG, Rel. Min. Mauro Campbell, 2ª Turma, j. em 04.09.08, *DJ* de 06.10.08.)

> Código de Trânsito. Apreensão de veículo. Restituição condicionada ao pagamento das multas advindas da infração e das taxas de estada e remoção. Legalidade. Limite máximo de cobrança das taxas de estada: 30 dias. Princípio do não-confisco. Inteligência do art. 262, *caput*, da Lei 9.503/97. I - A liberação do veículo é condicionada à prévia satisfação das multas e demais despesas de remoção e depósito, desde que as infrações tenham sido aplicadas regularmente. Precedentes: REsp nº 843.972/RS, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 07.11.2006; REsp nº 593.458/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 22.03.2004; AgRg no REsp nº 872.775/DF, Rel. Min. Humberto Martins, *DJ* de 15.08.2007. II - De acordo com o art. 262, em seu *caput*, o veículo apreendido em decorrência de penalidade aplicada será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade apreendedora, com ônus para o seu proprietário, pelo prazo de até trinta dias, conforme critério a ser estabelecido pelo Contran. III - As despesas de estada possuem natureza jurídica de taxas, e não de multa sancionatória, pois presentes a compulsoriedade e a prestação de uma atividade estatal específica, consubstanciada na guarda do veículo e no uso do depósito público. IV - Logo, o prazo de 30 dias estipulado pelo legislador é uma garantia do contribuinte, em atenção ao princípio do não-confisco, princípio tributário insculpido no art. 150, inciso IV, da nossa Carta Magna. Agasalhado por esta garantia, o proprietário do veículo não pode ser taxado indefinidamente, sob pena de se verificar com freqüência a ultrapassagem do valor do veículo pelas taxas, ocorrendo praticamente o confisco deste bem. V - Nesse diapasão, não há limites para o tempo de apreensão do veículo, contudo, o Estado apenas poderá cobrar as taxas de estada até os 30 primeiros dias. VI - Saliente-se, ademais, que há possibilidade da realização de leilão do veículo após o nonagésimo dia, a teor do que determina o art. 5º da Lei 6.575/78. VII - Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp nº 1057419/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. em 02.10.08, *DJ* de 13.10.08.)

No mesmo sentido é a jurisprudência deste Sodalício, *verbis*:

> Mandado de segurança. Veículo apreendido e recolhido ao pátio da BHTRANS. Exigência do pagamento de multas pendentes como condicionante à liberação do veículo. Legalidade. Expressa previsão desta exigência no art. 271, parágrafo único, do CTB. Norma legal com regular vigência no ordenamento jurídico brasileiro. Inexistência de qualquer recurso administrativo ou judicial pendente à época da apreensão do veículo. Sentença concessiva da segurança reformada. (TJMG, Proc. nº 1.0024.03.983506-1/001, Rel. Des. Jarbas Ladeira, *DJ* de12.11.2004.)

Portanto, o Estado não praticou qualquer ato contra a posse do autor sobre o veículo, estando à sua disposição, bastando que cumpra os requisitos dispostos no Código de Trânsito Brasileiro.

Até porque não demonstrou que não estava fazendo transporte fretado de pessoas, razão pela qual se baseia, para deslinde da lide, no auto de apreensão lavrado por agente público.

Também, assim, recentemente me posicionei, sendo acompanhado, na íntegra, por meus em. Pares, Des. Mauro Soares de Freitas e Des. Barros Levenhagen, *verbis*:

> Mandado de segurança - Infração de trânsito - Apreensão de veículo - Condicionamento da liberação ao pagamento de

> multa e demais despesas - Legalidade - Art. 262, § 2º, do CTB - Sentença reformada. - Havendo prova, nos autos, de que o infrator teve conhecimento da multa aplicada no momento da infração, uma vez que autuado em flagrante delito, é legítima e válida a exigência da multa correspondente e demais despesas, como condição para a devolução do veículo, pois que transportava passageiros de forma irregular e clandestina. (TJMG, Proc. nº 1.0079.07.375177-2/001, j. 15/01/2009, *DJ* de 03.02.2009.)

Ressalta-se, por fim, que não há falar aqui em perda de objeto, pois o infrator ainda pode providenciar o pagamento da multa, sob pena de determinar-se a busca e apreensão do veículo.

Ante tais expendimentos, reiterando vênia, em reexame necessário, reformo a sentença, para condicionar a liberação do veículo ao pagamento da multa e demais despesas, prejudicado o recurso voluntário, invertendo-se os ônus de sucumbência.

Custas recursais, *ex lege*.

É como voto.

DES. MANUEL SARAMAGO - Conheço do recurso, aos seus pressupostos.

Questionando a infração aplicada, fundada na prática de transporte irregular de passageiros, o autor ajuizou ação ordinária em desfavor da Transcon - Autarquia Municipal de Trânsito e Transporte e do Município de Contagem, pretendendo, em sede de liminar, fosse seu veículo restituído independentemente do pagamento de multas, taxas e despesas.

A d. Magistrada, entendendo presentes os requisitos autorizadores, deferiu o pedido.

Peço vênia ao eminente Des. Nepomuceno Silva para divergir de seu judicioso voto, porquanto comungo de entendimento diverso em relação à matéria.

Examina-se.

Pretende o impetrante a restituição de seus veículos independentemente do pagamento de multas, taxas e despesas.

Assiste razão ao impetrante.

Aliás, como votei no julgamento do Agravo nº 1.0079.07.356504-0/002, de que foi Relator o Des. Silas Vieira, em sessão de 10.07.08, embora tivesse ficado vencido, em caso rigorosamente idêntico, restando assim ementado o acórdão:

> Ementa: Reexame necessário de ofício - Recurso voluntário - Mandado de segurança - Preliminares - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Rejeição - Falta de interesse processual - Ausência de demonstração do direito líquido e certo - Matéria atinente ao mérito - Lei Municipal nº 3.548, de 2002, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 622, de 2007 - Transporte clandestino - Exigência do pagamento de multa para liberação do veículo apreendido - Impossibilidade - Despesas com remoção e estadia - Legalidade. - A imposição do pagamento de multa para liberação do veículo é inconstitucional, por esvaziar, consideravelmente, o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição de 1988). Como o órgão de trânsito já efetuou gastos com a apreensão do automóvel, é cabível o condicionamento da liberação do mesmo à quitação de taxas de reboque, permanência e/ou despesas administrativas.

Por oportuno, aproveitam-se aqui os fundamentos adotados por este Relator na ocasião, quando mantive a sentença de concessão da ordem, que determinou a restituição dos veículos independentemente do pagamento da multa e demais despesas com taxas e reboque:

> Pedindo vênia ao em. Relator, Des. Silas Vieira, ouso divergir, parcialmente, do posicionamento adotado, relativamente à obrigatoriedade do pagamento das despesas de reboque e diárias do veículo descrito na inicial, como condição necessária e indispensável à sua liberação.
>
> Para tanto, necessário perquirir, pois, a natureza jurídica da contraprestação paga pelos usuários do referido serviço público de remoção e guarda de veículos, se preço público - tarifa - ou tributo - taxa.
>
> O eg. Superior Tribunal de Justiça, em voto esclarecedor proferido pelo eminente Ministro José Delgado (REsp 665738/SC; *DJ* de 21.02.2005), estabeleceu o critério definidor da referida natureza jurídica da contraprestação advinda da prestação do serviço público por meio de concessionária, qual seja a obrigatoriedade para a taxa e facultatividade para o preço, *verbis*:
>
> '[...] De fato, como muito bem argumenta o próprio autor, a distinção a respeito da incidência da taxa ou tarifa sobre um dado serviço público se orienta pela análise de ser ou não obrigatória para o administrado a utilização do serviço. É o que se depreende da orientação cristalizada na Súmula 545 STF, com o seguinte enunciado: 'Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque essas, diferentemente daquelas, são compulsórias [...]'.
>
> Os critérios distintivos entre taxa e preço anotam que preço é a contrapartida de prestação contratual, livremente constituída, e taxa, como ensina Geraldo Ataliba, 'é o tributo vinculado cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal direta e imediatamente referida ao obrigado' (*Hipótese de incidência tributária*. 5. ed., Malheiros Editores, p. 345).
>
> Sacha Calmon Navarro Coelho resumiu a grande discussão sobre os fundamentos das taxas e preços da seguinte forma:
>
> 'a) O preço decorreria do livre encontro das vontades (contrato). A taxa - espécie tributária - proviria da 'vontade da lei' (tributo). O primeiro é autonômico, a segunda heterônoma.
>
> b) No preço predominaria a 'facultatividade', na taxa - tributo - a 'compulsoriedade'.
>
> c) No preço, de origem sempre contratual, haveria a possibilidade do 'desfazimento do pactuado' e, ainda, antes disso, a recusa da cobrança, só possível após a acordância do usuário. Na taxa, ao revés, predominaria a vontade da lei e a obrigação às vezes existindo apenas a simples disponibilidade do serviço, só seria elidível pela revogação da norma legal, irrelevante o querer do obrigado.
>
> d) O preço seria *ex contractu*, por suposto, e a taxa - tributo - *ex lege*.
>
> e) Em conseqüência, o preço reger-se-ia pelos preceitos do direito privado, com influxos, aqui, e acolá, do Direito Administrativo (preços públicos), e a taxa reger-se-á pelas regras do direito público e, portanto, estava sujeitada aos

princípios constitucionais da legalidade, anterioridade e anualidade.

f) Os preços seriam do *jus gestionis* e as taxas, *jus imperii*.

g) Os preços, por isso que contratuais, sinalagmáticos, não comportariam 'extrafiscalidade', esta típica da ação governamental, via tributos (inclusive taxas), tese, de resto, polêmica no respeitante às taxas, nos contrafortes do próprio Direito Tributário, em razão da natureza 'contraprestacional' desta.

Os preços seriam adequados para remunerar atividades estatais delegáveis, impróprias, ao passo que as taxas seriam utilizáveis para remunerar serviços estatais 'próprios', indelegáveis, tipo 'polícia', 'justiça', 'Fisco', etc. Os preços estariam livres do controle congressual, possuindo maior elasticidade. As taxas, ao contrário, porque seriam tributos, estariam sujeitas ao controle do Legislativo, daí a maior rigidez do seu regime' (in 'Taxa e preço público' - *Caderno de Pesquisas Tributárias 10*. Resenha Tributária. 1985, p. 55/56).

No exame dessa distinção é relevante a natureza jurídica da remuneração cobrada pelo Estado do usuário dos serviços públicos. A este propósito já escrevemos:

'O que caracteriza a remuneração de um serviço público como taxa, ou como preço público, é a compulsoriedade, para a taxa, e a facultatividade, para o preço, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Importante, porém, é a compreensão adequada, que se há de ter, do que seja essa compulsoriedade e essa facultatividade.

[...]

É importante compreender o fundamento dessa idéia.

Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos. O contribuinte estará seguro de que o valor dessa remuneração há de ser fixado por critérios definidos em lei. Terá, em síntese, as garantias estabelecidas na Constituição.'

Ora, o serviço público em análise decorre do exercício de poder de polícia de fiscalização, tratando-se de atividade tipicamente administrativa, não havendo qualquer meio de escolha ao usuário, sendo imposição legal e administrativa, devendo, pois, submeter-se, de fato, às limitações constitucionais ao poder de tributar, dentre elas os princípios da legalidade e anterioridade tributárias.

Desse modo, não possuindo natureza contratual ou negocial, a executoriedade do exercício do poder de polícia deve ser remunerada através de taxa, a ser processada por lei, sendo ilícita a instituição de tarifa para remunerar tal serviço.

Em caso semelhante, ademais, já decidiu o eg. Superior Tribunal de Justiça:

'Tributário e administrativo. Utilização de terminal alfandegária. Estadia e pesagem de veículo. Cobrança obrigatória a título de 'tarifa'. Ilegalidade. Nulidade do acórdão. Inocorrência.

1. Rejeitadas as preliminares de nulidade do acórdão.

2. É taxa e não preço público a exação correspondente ao uso compulsório de pátio que dá acesso a terminal alfandegário.' (REsp 212142/RS, *DJ* de 04.09.2000.)

Cumpre salientar que não se está negando a transferência da execução do serviço público a particulares, mas tão somente reconhecendo o caráter compulsório do mesmo, razão por que se submete às regras do Poder de Tributar.

Isto posto, em reexame necessário, confirmo a sentença, prejudicado o recurso de apelação.

Portanto, presentes os pressupostos autorizadores, impunha-se a concessão da segurança.

Ao exposto, confirmo a sentença.

Custas, na forma da lei.

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

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O REVISOR.

...

Impenhorabilidade - Bem de família - Lei 8.009/90 - Matéria de ordem pública - Preclusão - Não ocorrência - Comprovação - Ônus do devedor expropriado

Ementa: Agravo de instrumento. Impenhorabilidade. Lei 8.009/90. Matéria de ordem pública. Preclusão. Não ocorrência. Ônus do devedor expropriado. Comprovação.

- A impenhorabilidade do bem de família de que trata a Lei 8.009/90 é matéria de ordem pública, portanto pode ser arguida em qualquer momento processual, não havendo preclusão.

- A Lei 8.009/90 tem por objetivo proteger o imóvel no qual reside a entidade familiar ou o devedor solteiro, conforme entendimento da Súmula 364 do STJ.

- Para que se reconheça um imóvel como sendo bem de família, faz-se necessário que o executado comprove ser o bem expropriado, destinado à sua residência ou do casal, conforme dispõe o art. 1° da mencionada norma.

- V.v.p.: - As questões incidentalmente apreciadas não podem voltar a ser tratadas em fases posteriores ao processo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0145.06.324810-1/002 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: Maria das Graças Sperandio da Silva Miguel - Agravado: Credicard Banco S.A. - Relator: DES. ANTÔNIO BISPO

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 ACOLHER PARCIALMENTE A PRELIMINAR DE PRECLUSÃO, VENCIDO PARCIALMENTE O PRIMEIRO VOGAL. DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de julho de 2009. - *Antônio Bispo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO BISPO - Maria das Graças Sperandio da Silva Miguel interpôs o presente recurso de agravo de instrumento, em virtude da decisão de f. 163/164, que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença, interposta pela mesma.

A MM. Juíza, ao proferir a decisão, entendeu que a impugnante não reside no bem penhorado, o que se confirma pela certidão de f. 46-v., não recaindo assim na proteção da Lei 8.009/90.

Insurge-se a agravante contra tal decisão, argumentando haver litisconsórcio necessário entre ela e seu falecido esposo, nos termos do art. 10, § 1°, III, do CPC, devendo assim ter sido citada desde o início da ação.

Por conseguinte, segue discorrendo sobre a impenhorabilidade do bem de família, argumentando que o imóvel penhorado é e sempre foi a residência da sua família, conforme comprova pelas certidões dos três cartórios de registros de imóveis da comarca, juntadas aos autos.

Ao final, insurge-se contra a ausência de intimação da penhora, bem como excesso de execução, apresentando, quanto ao último, os valores que entende corretos.

Pede que se atribua efeito suspensivo ao presente recurso, bem como que se declare como bem de família o imóvel penhorado.

Requer a apreciação das demais questões postas no presente recurso, para ao final reformar a decisão de f. 163/164.

Recurso recebido em ambos os efeitos (f. 162).

Contraminuta às f. 170/175.

Informações do MM. Juiz *a quo* à f. 168.

Ausente preparo, visto que pleiteados os benefícios da assistência judiciária gratuita (f. 151).

Conheço do recurso, já que próprio e tempestivo.

Preliminar.

Alegou o agravado preclusão quanto às matérias arguidas no presente recurso, visto que houve recurso anterior interposto pelos agravantes, contra decisão que rejeitou impugnação interposta por aqueles, não havendo que se falar na interposição de novo recurso contra decisão que rejeitou o manejamento de nova impugnação pelos mesmos.

Em parte, razão assiste ao agravado. Senão vejamos:

Verifico que o *de cujus* interpôs em primeira instância impugnação ao cumprimento de sentença, sendo a mesma rejeitada (f. 129/130-TJ).

Após a substituição processual, a inventariante interpõe nova impugnação, a qual a meu ver estaria realmente caracterizada pela preclusão consumativa, visto que tal ato processual já havia sido praticado.

Sobre o instituto em questão, temos a seguinte definição:

> A preclusão é instituto fundamental para o bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento, e, pois, para a delimitação das regras que compõem o formalismo processual. A preclusão apresenta-se, então, como um limitador do exercício abusivo dos poderes processuais das partes, bem como impede que questões já decididas pelo magistrado possam ser reexaminadas, evitando-se, com isso, o retrocesso e a insegurança jurídica. [...] A preclusão consumativa consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed., Ed. JusPodivm, 2008, p. 279 e 283).

Nesse sentido, entendo que as matérias ventiladas em sede do presente recurso, encontram-se preclusas, visto que deveriam ser arguidas no momento processual oportuno, à exceção da impenhorabilidade do bem de família, já que se trata de matéria de ordem pública, podendo assim ser analisada neste momento.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Alega o agravado que o presente recurso é manifestamente inadmissível, haja vista que houve preclusão do direito de recorrer da decisão agravada.

O eminente Desembargador Relator acolheu em parte a preliminar de preclusão, à exceção da impenhorabilidade do bem de família, por entender que se trata de matéria de ordem pública.

Em que pese o entendimento do eminente Relator, estou divergindo desta parte de seu voto, para acolher na íntegra a preliminar de preclusão.

Vê-se às f. 129/130TJ que a questão da impenhorabilidade foi objeto de análise pela Juíza monocrática, com interposição de agravo de instrumento desta decisão, sendo-lhe negado seguimento através de decisão monocrática transitada em julgado, conforme demonstra o acompanhamento processual juntado à f. 156.

Tal ato, indubitavelmente, é coisa julgada formal, assentando-se que:

> A coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. (Pontes de Miranda) (*RTJ* 123/569) (NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 33. ed., p. 482).

Mesmo que se possa não a considerar como isso, se explicita que:

> Embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material, ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem conseqüências semelhantes às da coisa julgada formal.

> Dessa forma, as questões incidentalmente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores ao processo.
> Não se conformando a parte com a decisão interlocutória proferida pelo juiz (art. 162, § 2º), cabe-lhe o direito de recurso através do agravo de instrumento (art. 522). Mas se não interpõe o recurso no prazo legal, ou se é ele rejeitado pelo tribunal, opera-se a preclusão, não sendo mais lícito à parte reabrir discussão, no mesmo processo, sobre a questão (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. VI, p. 478).

Dessa forma, estou acolhendo a preliminar de preclusão.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo com o eminente Relator.

DES. ANTÔNIO BISPO - Mérito.

No que tange à alegação da impenhorabilidade de bem de família, como já dito, trata-se de questão de ordem pública, a qual pode ser alegada em qualquer momento processual, o que não implica preclusão.

É o que diz a jurisprudência:

> Embargos do devedor. Alegação de impenhorabilidade de bem de família. Lei nº 8.009/90. Matéria de ordem pública. Preclusão. Inocorrência. - A alegação no sentido de ser o bem penhorado destinado à residência familiar, conforme Lei nº 8.009/90, admite seja o pedido deduzido a qualquer tempo e grau de jurisdição, não se operando a preclusão, por se tratar de matéria de ordem pública (TAMG, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 430.433-6, Rel. Juiz Valdez Leite Machado, *DJ* de 11.11.04).

Nesse sentido ainda, a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> A alegação de impenhorabilidade, decorrente da Lei nº 8.009/90, não se restringe à via dos embargos do devedor, podendo ocorrer em simples incidente da execução (4ª Turma, REsp nº 21.253/PR, j. em 31.05.93, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 28.06.93, p. 12.896).

A Lei 8.009/90, que trata sobre a impenhorabilidade do bem de família, teve por objetivo proteger o imóvel no qual reside a entidade familiar ou o devedor solteiro, conforme recente entendimento exarado na Súmula 364 do STJ.

Nesse sentido, para que se reconheça um imóvel como sendo bem de família, faz-se necessário que o executado comprove ser o bem expropriado destinado à sua residência ou do casal, conforme dispõe o art. 1° da mencionada norma. Transcrevo:

> Art. 1° O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Compulsando os autos, verifico que, ao contrário do que entendeu a MM. Juíza *a quo*, a agravante reside no imóvel que fora penhorado.

Isso porque o documento de f. 137 demonstra de maneira inequívoca o erro constante na certidão de f. 49/v, visto que o local no qual fora citado o *de cujus*, devedor originário, era o seu local de trabalho, e não a sua residência.

Por conseguinte, verifica-se que há a comprovação de que o imóvel sobre o qual recaiu a penhora é o único bem da agravante, conforme se vê pelas certidões dos cartórios às f. 104/106, bem como o de f. 154 e primeiras declarações do inventário, f. 157.

Tenho como certo que é ônus do devedor a comprovação de que o bem constrito se encontra sob o manto da impenhorabilidade deferida pela lei.

Assim é a jurisprudência:

> Agravo de instrumento. Bem de família. Impenhorabilidade. Lei 8.009/90. Comprovação necessária. Ônus do agravante. Prova insuficiente. Penhora mantida. Decisão interlocutória confirmada. - Cabe àquele que sofreu a penhora de imóvel comprovar suficientemente que o mesmo se encontra protegido pela Lei 8.009/90 [...] (TJMG - AI nº 20000003594576000 - Rel. Des. Armando Freire. Data: 24.04.2002).

A análise sobre a impenhorabilidade pode ser feita de ofício, entretanto desde que presentes os aspectos fático - jurídicos autorizadores, o que no caso dos autos foram encontrados.

Com essas considerações, dou parcial provimento a esta insurgência, para reformar a decisão de f. 163/164, declarando como bem de família, portanto impenhorável, o imóvel sobre o qual recaiu a constrição de f. 104, tudo em respeito ao comando da Lei 8.009/90.

Na oportunidade, defiro à agravante os benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos da Lei 1.060/50.

Custas, *ex lege*.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - De acordo.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo.

Súmula - ACOLHERAM PARCIALMENTE A PRELIMINAR DE PRECLUSÃO, VENCIDO PARCIALMENTE O PRIMEIRO VOGAL. DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

Furto - Embriaguez - Art. 28, II, do Código Penal - Teoria da *actio libera in causa* - Aplicabilidade - Embriaguez patológica - Ausência de prova - Condenação

Ementa: Furto. Materialidade e autoria evidenciadas. Absolvição. Impossibilidade. Teoria da *actio libera in causa*. Aplicabilidade. Embriaguez patológica. Ausência de comprovação. Condenação mantida.

- O art. 28, II, do CP, adota a teoria da *actio libera in causa*, segundo a qual o dolo ou a culpa do injusto devem ser deslocados para a vontade do agente, presente no momento em que ele se colocou no estado de incapacidade de culpabilidade.

- A embriaguez não acidental não exclui a imputabilidade do agente, porquanto ele, no momento em que ingeria a substância, era livre para decidir se iria ou não fazê-lo. Assim, a conduta, mesmo praticada em estado de embriaguez completa, originou-se de um ato de livre arbítrio. No presente caso, aplica-se a teoria da *actio libera in causa*, que considera o momento da ingestão da substância, e não o da prática do delito.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0386.04.000684-6/001 - Comarca de Lima Duarte - Apelante: Ronaldo José Florêncio - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FERNANDO STARLING

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2009. - *Fernando Starling* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO STARLING (convocado) - Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivamente aviado.

Trata-se de apelação interposta por Ronaldo José Florêncio contra sentença que julgou procedente a denúncia e o condenou nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal, aplicando-lhe a pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, esta no valor mínimo unitário.

Pleiteia o apelante sua absolvição ao argumento de que a teoria da *actio libera in causa* é inaplicável ao presente caso, devendo ser excluída a culpabilidade nos termos do art. 26 do CP, ou, na pior das hipóteses, seja diminuída a pena, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo. Alternativamente, requer a substituição da pena privativa de liberdade.

Passo à decisão.

Ronaldo José Florêncio viu-se denunciado pela prática do delito de furto. Segundo a denúncia, no dia 24.02.2003, o denunciado ingressou no estabelecimento comercial denominado "Mercearia e Carpintaria Alcântara", pertencente à vítima Cláudio Célio de Alcântara, localizada na Rua Benvindo de Paula, s/nº, Barreira, Lima Duarte/MG, e subtraiu para si uma máquina de furar e uma broca.

As partes não suscitaram nenhuma preliminar, e não vislumbro qualquer irregularidade a ser declarada de ofício.

Analisando detidamente os autos, tenho que a pretensão absolutória não merece prosperar.

Registro que a materialidade do delito está efetivamente comprovada pelo boletim de ocorrência (f. 07/08), auto de apreensão (f. 09) e termo de restituição (f. 10).

Dúvidas também não há quanto à autoria delitiva.

O apelante afirmou que trabalhou na mercearia de Cláudio e recebeu a quantia de R$5,00 (cinco reais) por um dia de serviço. Prestou serviços no mesmo dia em que furtou a furadeira e, antes da subtração, ingeriu várias caipirinhas e cervejas, ficando embriagado. Quando passou perto da mercearia, resolveu entrar e retirou do local uma máquina de furar. Alega que somente assim procedeu em razão de sua embriaguez. Chegou a vender a máquina furtada. Afirmou, por fim, que faz parte dos Alcoólicos Anônimos (f. 12 e 76/77).

A vítima, Cláudio Célio de Alcântara, noticiou que o réu dois dias antes dos fatos ficou sentado defronte ao seu estabelecimento apenas observando. Passados dois dias, deu falta de uma furadeira e de um vidro de cola de sapateiro e logo desconfiou de Ronaldo, porque ele ficou observando a mercearia. Acionou a Polícia Militar, e o réu acabou confessando o furto (f. 100/101).

A testemunha, José Carlos de Oliveira, positivou que foi procurado pelo réu, que lhe ofereceu a furadeira por R$25,00 (vinte cinco reais). O réu na ocasião afirmou que havia ganhado a máquina de seu pai e que precisava do dinheiro para comprar um tênis. Diante da insistência de Ronaldo, acabou comprando a mercadoria. Foi procurado por Cláudio e, após relatar os fatos à vítima, devolveu a máquina (f. 102/103).

Infere-se dos autos que o apelante furtou a máquina de furar de propriedade da vítima Cláudio. Contudo, a vítima deu falta de sua máquina e desconfiou do réu em razão de este ter ficado dias antes dos fatos

observando sua mercearia. Então, acionou a Polícia Militar, tendo o réu confessado a prática do delito.

Assim, as robustas provas contidas nos autos autorizam a solução condenatória.

Não aplicação da teoria da *actio libera in causa*.

Alega a defesa a embriaguez como causa de imputabilidade.

A imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições de saber que está realizando um ilícito penal. Mas, além dessa capacidade de entendimento, deve ter condições de controlar a sua vontade.

Conforme leciona Fernando Capez, citando Cézar Roberto Bitencourt:

> Na precisa síntese de Welsel, a capacidade de culpabilidade apresenta dois momentos específicos: um 'cognoscivo ou intelectual' e outro 'de vontade ou volitivo', isto é, a capacidade de compreensão do injusto e a determinação da vontade conforme ao sentido, agregando que somente ambos os momentos conjuntamente constituem, pois, a capacidade de culpabilidade (*apud* Cezar Roberto Bitencourt. Reflexões acerca da culpabilidade finalista na doutrina alemã. *RT* 654/259).

A embriaguez é uma causa capaz de levar à exclusão da capacidade de entendimento e vontade do agente em razão da intoxicação causada pela ingestão de álcool ou substâncias de efeitos análogos.

A embriaguez não acidental subdivide-se em voluntária (quando o agente ingere substância alcoólica com o intuito de embriagar-se) e culposa (o agente quer ingerir a substância, mas sem a intenção de embriagar-se, contudo, isso vem a acontecer em razão da ingestão imoderada). Nessas hipóteses, não se exclui a responsabilidade penal.

Na embriaguez preordenada, o agente embriaga-se com a finalidade de vir a delinquir neste estado. Além de não excluir a imputabilidade, funcionará como agravante genérica (art. 61, II, *i*, do CP).

Dessarte, a embriaguez não acidental não exclui a imputabilidade do agente, porquanto ele, no momento em que ingeria a substância, era livre para decidir se iria ou não fazê-lo. Assim, a conduta originou-se de um ato de livre arbítrio, devendo ser aplicada a teoria da *actio libera in causa*, que considera o momento da ingestão da substância, e não o da prática do delito.

Contudo, a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior exclui a imputabilidade.

O réu afirmou que cometeu o delito sob o efeito de substância etílica, e a defesa alega que, no caso concreto, trata-se de embriaguez completa e patológica (situação que também pode excluir a imputabilidade), na qual o réu não pretendia praticar o delito e nem sequer essa possibilidade lhe era previsível.

A embriaguez patológica é aquela em que há uma vontade invencível de se continuar a consumir a droga. Equipara-se à doença mental e exclui a imputabilidade quando retirar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de comandar a vontade de acordo com esse entendimento.

Entretanto, não há nos autos qualquer prova da dependência química do réu, não passando suas alegações, portanto, de meras assertivas, até porque essa prova é indispensável para o afastamento da imputabilidade.

No caso em apreço, o alegado estado etílico do apelante por ocasião dos fatos não afasta a responsabilidade daí decorrente, sendo inviável sua absolvição ou o reconhecimento da causa de diminuição de pena.

O art. 28, II, do CP, adota a teoria da *actio libera in causa*, segundo a qual o dolo ou a culpa do injusto devem ser deslocados para a vontade do agente, presente no momento em que ele se colocou no estado de incapacidade de culpabilidade.

Ademais, apesar de alegar a defesa que o réu era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se com esse entendimento, não se pode olvidar que ele, após a subtração, teve a plena consciência de se dirigir até a residência de um conhecido, afirmar que ganhou a máquina de seu pai e que precisava do dinheiro para comprar um tênis.

Assim, sem a prova indispensável da dependência química, não há como se afastar a aplicação da *actio libera in causa*, mormente quando não se pode sequer avaliar qual o nível de alienação do réu, restando, portanto, patente sua vontade de subtrair.

Substituição da pena privativa de liberdade.

Por fim, verifico também que a dosimetria não merece reparos, visto que a Juíza sentenciante a sopesou com eficiência, nos termos do ordenamento jurídico vigente e em observância ao princípio da individualização da pena.

Assim, sem razão a defesa quando alega que a pena aplicada foi excessiva, porquanto concretizada no mínimo legal.

Não há que se falar também em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nem mesmo em concessão do *sursis*, porquanto, conforme foi bem ponderado pela Magistrada, o réu não preenche os requisitos necessários para a substituição (art. 44, III, do CP), pois ele ostenta antecedentes criminais.

Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, nego provimento ao recurso interposto e mantenho a bem-lançada sentença recorrida.

Custas, como de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA MILANEZ e DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Crime contra a fauna - Infração penal de menor potencial ofensivo - Transação penal - Decisão homologatória - Coisa julgada - Título executivo - Pena restritiva de direitos - Descumprimento - Oferecimento de denúncia - Impossibilidade

Ementa: Apelação criminal. Crime contra a fauna. Infração de pequeno potencial ofensivo. Transação penal judicialmente homologada. Título executivo. Descumprimento de medida restritiva de direitos. Oferecimento de denúncia. Impossibilidade.

- A decisão homologatória da transação penal que reconhece uma obrigação assumida por seu beneficiário faz coisa julgada formal e material, constituindo verdadeiro título executivo judicial.

- Havendo coisa julgada e um título executivo perfeito, impossível conceber o inadimplemento da obrigação assumida como causa de oferecimento da denúncia e regular prosseguimento da ação penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0569.07.009405-1/001 - Comarca de Sacramento - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelada: Belcholina Maria dos Reis Caetano Florentino - Relator: DES. FORTUNA GRION

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2009. - *Fortuna Grion* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FORTUNA GRION - A autoridade policial indiciou Belcholina Maria dos Reis Caetano Florentino como incursa nas iras do art. 29 da Lei 9.605/98, isso porque teria ela, em 18.04.2007, na Rua Cândido Oliveira Martins, nº 104, Bairro Cajuru, Sacramento/MG, mantido espécimes da fauna silvestre.

Em audiência preliminar, a investigada aceitou a proposta ministerial de transação penal, obrigando-se à prestação de serviços à comunidade pelo período de vinte e oito dias (f. 22).

Infringida a obrigação acordada (f. 25), o Ministério Público sugeriu - em primeiro grau de jurisdição - o aguardo da execução da pena corporal imposta à beneficiária, seguindo-se, após, o cumprimento da medida despenalizadora.

Não obstante a manifestação do *Parquet*, o em. Magistrado *a quo* concedeu-lhe vista dos autos "para, querendo, instaurar ação penal" (f. 28).

Inconformado, apelou o Ministério Público buscando, em suas razões recursais (f. 30/33), a suspensão da exigibilidade de cumprimento da medida transacionada - prestação de serviços à comunidade - até o fim da execução da pena privativa de liberdade expiada pela denunciada.

Em contrarrazões (f. 35/41), pugnou pelo desprovimento do apelo, bem como pela manutenção da sentença combatida.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 45/47, também opinou pelo desprovimento do recurso, com o regular prosseguimento do feito.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

O Ministério Público insurge-se contra a decisão que, ante o descumprimento de obrigação judicialmente transacionada, determinou o prosseguimento do feito, oportunizando-lhe oferecesse denúncia contra a recorrida.

Para tanto, sustenta que a homologação judicial da transação penal - concedida à apelada Belcholina - gerou coisa julgada formal e material, obstando a persecução penal.

Penso razão lhe assistir.

É certo, como se depreende da certidão acostada em f. 25, a recorrida, beneficiada pelo instituto da transação penal, deixou de cumprir a obrigação judicialmente assumida.

Não obstante, entendo impossível, a este tempo, o oferecimento de denúncia, por óbvio, também o prosseguimento do feito.

Vejamos.

A transação penal, enquanto medida despenalizadora, não implica, em absoluto, o reconhecimento da culpabilidade de seu beneficiário.

Por isso, malgrado a extinção da punibilidade desafie o cumprimento de condição judicialmente transacionada, esta obrigação não caracteriza "pena" *stricto sensu*.

Logo, a decisão homologatória da transação penal, é verdade, não possui natureza condenatória.

Entretanto, penso que a homologação da medida despenalizadora - que reconhece uma obrigação assumida por seu beneficiário - faz coisa julgada formal e material, constituindo verdadeiro título executivo judicial.

Nesse contexto, isto é, havendo coisa julgada e um título executivo perfeito, impossível conceber o inadimplemento da obrigação assumida como causa de oferecimento da denúncia e regular prosseguimento da ação penal.

Aliás, a Lei 9.099/95 - que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais - não previu a "retomada do

processo" quando descumprida a obrigação transacionada.

Em verdade, como se depreende da norma insculpida no art. 77, *caput*, do aludido diploma legal, o Ministério Público apenas oferecerá denúncia "na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não-ocorrência da hipótese prevista no art. 76" (transação penal).

Assim, à falta de previsão legal, não há falar em desconstituição da decisão homologatória da transação penal, cujo conteúdo obrigacional persiste mesmo ante o inadimplemento do beneficiário.

A propósito, leciona Ada Pellegrini Grinover:

> [...] a sentença homologatória da transação, após se esgotar o prazo para ser impugnada, além de se constituir em título executivo penal, torna-se definitiva, adquire força de coisa julgada, e, assim, não pode ser simplesmente desconsiderada, porque não houve cumprimento da pena aplicada (*Juizados Especiais Criminais*. 2. ed., Ed. RT, p. 187).

Nesse sentido, vasta jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso especial. Direito processual penal. Crime de maus-tratos. Crime de menor potencial ofensivo. Transação penal. Aceitação. Aplicação de pena de prestação de serviços à comunidade. Inadimplemento. Oferecimento da denúncia. Incabimento. 1. É firme a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal e a deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de afirmar o descabimento de propositura de ação penal, na hipótese de descumprimento da transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/95). 2. Ressalva de entendimento contrário do Relator. 3. Recurso não conhecido (STJ - REsp 450535/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Rel. para o acórdão Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 24.02.2005, *DJe* de 09.03.2009).

> Agravo regimental no agravo de instrumento. Transação penal. Homologação. Sentença. Descumprimento. Propositura de ação penal. Impossibilidade. 1. É firme a orientação firmada nesta Corte no sentido de não ser possível propor ação penal na hipótese de descumprimento de transação penal homologada por sentença. 2. Agravo regimental desprovido (STJ - AgRg no Ag 1131076/MT, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 21.05.2009, *DJe* de 08.06.2009).

Também já decidiu este eg. Tribunal:

> Uso de entorpecentes. Nulidade do processo. Descumprimento de medida restritiva de direitos assumida na transação. Oferecimento de denúncia. Impossibilidade. - Descumprida a transação penal, não se pode determinar o prosseguimento da ação penal abrindo-se vista ao Ministério Público para oferecimento de denúncia, sob pena de incidirmos em evidente constrangimento ilegal contra o autor da infração. O legislador da Lei 9.099/95 não previu qualquer medida a ser tomada em caso de descumprimento da transação, salvo a sua própria execução pelo órgão do Ministério Público, perante o Juízo próprio, quando ela for possível (TJMG - A.C. 1.0155.03.004010-1/001, Rel.ª Des.ª Jane Silva, j. em 11.04.2006, *DOPJ* de 11.07.2006).

Logo, havendo coisa julgada formal e material, inviável mesmo a persecução penal.

Mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso ministerial para suspender a exigibilidade da obrigação transacionada até o fim da execução da pena privativa de liberdade imposta à beneficiária.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JANE SILVA e ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Furto - Crime qualificado - Alegações finais - Intimação - Inércia do advogado - Nomeação de defensor dativo - Cerceamento de defesa - Nulidade - Intimação do acusado para constituição de novo advogado

Ementa: Processo penal. Advogado constituído pelo réu. Não atendimento de intimação. Ato praticado por defensor dativo. Não cabimento. Necessidade de intimação prévia do acusado para constituir novo advogado de sua confiança. Cerceamento de defesa. Nulidade do processo.

- Se o advogado do réu não atende à intimação para a prática de determinado ato, sob pena de cerceamento de defesa e, por conseguinte, de nulidade do processo, há que se intimar o acusado para constituir novo advogado, de sua confiança, para atender à intimação, para só depois, caso permaneça inerte também o réu, proceder-se à nomeação de defensor dativo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0431.04.016030-8/001 - Comarca de Monte Carmelo - Apelante: Agnaldo Maximiano da Silva - 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 ACOLHER A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARA ANULAR O PROCESSO A PARTIR DAS ALEGAÇÕES FINAIS.

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2009. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Agnaldo Maximiano da Silva foi condenado pela prática do crime do art. 155, § 3º, do Código Penal, à pena de 3 anos de reclusão, no regime aberto, mais 20 dias-multa (f. 91/95).

Foi negado o benefício do art. 44 do Código Penal.

O réu interpôs recurso de apelação, alegando, em preliminar, a nulidade do processo, por falta de sua intimação para constituir novo advogado para oferecer alegações finais, uma vez que seu procurador, apesar de intimado a fazê-lo, quedou-se inerte. No mérito, pede a absolvição, ao argumento de falta de prova, em especial a inexistência da indispensável perícia (f. 96 e 98/102).

A acusação, em contrarrazões, opina pelo acolhimento da preliminar de nulidade e, no mérito, pugna pela confirmação da sentença (f. 103/107).

A d. Procuradoria manifestou-se pelo acolhimento da preliminar, por cerceamento de defesa (f. 122/124).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, cumpre examinar a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente.

Como visto, alega o apelante que o processo é nulo, por falta de sua intimação para constituir novo advogado para oferecer alegações finais, uma vez que seu procurador, apesar de intimado a fazê-lo, quedou-se inerte.

A razão lhe assiste.

Ocorre que ele possuía advogado constituído nos autos (f. 33), que apresentou a defesa prévia (f. 34) e o acompanhou na audiência (f. 45/46).

No entanto, na fase de alegações finais, foi o advogado do recorrente intimado a apresentá-las (f. 88-v.).

Apesar disso, não as apresentou.

Então, um advogado da Assistência Judiciária do Município as ofereceu.

Ora, se o advogado constituído pelo réu é intimado a apresentar as alegações finais, mas não o faz, cabe intimar o acusado para constituir novo advogado de sua confiança para continuar na sua defesa.

Somente após essa intimação é que se pode nomear defensor dativo para a prática do ato, se o réu permanecer inerte.

Se assim não se proceder, fica caracterizado o cerceamento de defesa.

Nesse sentido, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em julgado invocado pela própria acusação, em suas contrarrazões de recurso, que, pela sua pertinência, me permito transcrever:

> Processual penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Cerceamento de defesa. Renúncia do defensor. Falta de intimação do réu para constituir novo causídico. - Se o defensor do recorrente renuncia ao mandato que lhe foi outorgado, cabe ao juiz determinar a intimação do acusado para constituir outro advogado ou, caso não encontrado, deve ser intimado via edital e, após, na falta de manifestação do réu, deve indicar defensor público ou dativo (precedentes). Recurso provido. (Superior Tribunal de Justiça-STJ - *RHC* 22.031 - Proc. 2007/0216115-7-RJ - Quinta Turma - Rel. Min. Felix Fischer - j. em 18.12.2007 - *DJE* de 17.3.2008.)

Diante de tudo que aqui se disse e expôs, tenho que restou realmente caracterizado o alegado cerceamento de defesa.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para anular o processo a partir das alegações finais, de modo tal que, retornando os autos à comarca de origem, se imprima, a partir de então, regular andamento ao feito.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e HÉLCIO VALENTIM.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARA ANULAR O PROCESSO A PARTIR DAS ALEGAÇÕES FINAIS.

...

Crime contra a honra - Notícia jornalística - Imputação de fato criminoso - Ausência - Calúnia - Não configuração - Desclassificação do crime - Ofensa à dignidade - Injúria - Configuração

Ementa: Apelação criminal. Imputação de ofensas injuriosas e não fatos criminosos concretos. Desclassificação. Pena reduzida. Recurso provido em parte.

- Não há calúnia, mas injúria, quando as ofensas não são descritas em pormenores e não chegam a imputar em minúcias um fato criminoso. Atribuir a alguém a pecha de estelionatário ofende a dignidade da vítima, mas não configura o grave delito do art. 138 do CP.

- Conduta desclassificada, com consequente redução das sanções.

Recurso provido em parte.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0090.07.017649-1/001 - Comarca de Brumadinho - Apelante: Lílian Silva - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Paulo Henrique Figueiredo - 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 PROVER O RECURSO EM PARTE.

Belo Horizonte, 8 de setembro de 2009. - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelado Paulo, a Dr.ª Cláudia Bartolini Dias.

DES. EDUARDO BRUM (convocado) - Na Comarca de Brumadinho, Lílian Silva foi condenada como incursa nas disposições do art. 20 da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), porque, no artigo intitulado "Prefeito cassado tem apoio de cinco vereadores e de advogados estelionatários", publicado no Jornal *De Fato - O Jornal de Brumadinho*, Ano 9, nº 71, edição de novembro de 2006, 3ª página, ofendeu a honra objetiva do querelante Paulo Henrique Figueiredo, caluniando-o.

Na r. sentença de f. 169/173, aplicou-se à querelada a pena de 6 (seis) meses de reclusão, substituída por prestação de serviços à comunidade, além de multa de 1 (um) salário-mínimo.

Intimações regulares às f. 173-v., 177-v., 179-v., 191 e 194-v. Inconformada, Lílian apelou (f. 196), sobrevindo posteriores razões, a cargo de sua defesa técnica, em que se pede a absolvição por insuficiência de provas. Pede, ainda, a correção da sentença no tocante à natureza da reprimenda a ser cumprida, uma vez que o art. 20 da Lei de Imprensa prevê pena de detenção, e não reclusão, como constou.

Contrarrazões do *Parquet* às f. 212/215 e do querelante às f. 231/236.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às f. 218/222, pleiteando a suspensão do feito ou, no mérito, a improcedência do recurso.

Prefacialmente, não há que se falar em suspensão do expediente, haja vista que a ADPF nº 130-7 já foi julgada definitivamente pelo Pretório Excelso, tendo havido a declaração de que a Lei nº 5.250/67 não foi recepcionada pela CR/88. Assim, remeteram-se às regras gerais do Código Penal (arts. 138, 139 e 140) os fatos que constituam crimes contra a honra, ainda que porventura tenham sido veiculados em órgãos de imprensa.

Assim, indefiro o pedido da douta Cúpula Ministerial e conheço do apelo, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Primeiramente, ao contrário do que se afirma no recurso, não existe qualquer dúvida sobre a autoria da reportagem veiculada no Jornal *De Fato* (f. 23), tendo sido a ora apelante a responsável por redigir a matéria tida como ofensiva pelo querelante.

Tal fato restou comprovado não só pela identificação feita no próprio periódico (f. 23), como também pelas assertivas dos corréus às f. 118/119 e 120/121.

Contudo, dos excertos destacados na queixa-crime, não vislumbrei a prática do delito de calúnia por parte da jornalista.

Afinal, caluniar é imputar a alguém fato definido como crime, e, pelo que depreendi do texto jornalístico - mais precisamente dos trechos descritos na inicial do querelante -, nenhum fato específico criminoso foi imputado à vítima.

É bem verdade que, em linguagem leiga, a matéria imputa ao querelante a pecha de estelionatário por ter, na condição de advogado, litigado de má-fé em processo que visava à recondução do Prefeito de São Joaquim de Bicas, então afastado, ao cargo.

Entretanto, imputar litigância de má-fé e atribuir pecha de estelionatário são condutas que se subsumem, respectivamente, às figuras da difamação e da injúria.

De acordo com a doutrina de Mirabete,

> [...] não há calúnia, mas difamação, quando o fato imputado é desonroso, mas não é previsto como crime. Distingue-se a calúnia da injúria porque nesta não se imputa um fato concreto definido como crime, mas se atribui qualidade negativa à vítima ou fatos vagos e imprecisos que a desabonam (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 781/782).

A r. sentença absolveu a acusada do delito de difamação e, à míngua de recurso do querelante, não vejo como alterá-la neste particular. Resta apreciar a conduta que gerou a condenação, uma vez que o apelo, repito, é tão só da defesa.

Constou da r. sentença:

> Da matéria veiculada no Jornal *De Fato*, extraem-se as seguintes frases:
> 'Prefeito cassado tem apoio de cinco vereadores e de advogados estelionatários' e '[...], pois só conseguiu as liminares usando todo o tipo de trapaça, chegando a induzir o Judiciário a erro' - (f. 23).
> A materialidade do crime previsto no art. 20 da Lei 5.250/67 encontra-se evidenciada na matéria veiculada no periódico de f. 23, que atribui aos advogados a pecha de estelionatários, conduta tipificada como crime (*ex vi* art. 171 do Código Penal), frente à documentação produzida pelo querelante, especialmente certidões de f. 35/44, que atestam a sua conduta ilibada frente ao Judiciário, Fazendas e Comércio.

Data venia, atribuir pecha de estelionatário é bem diferente de narrar especificamente um fato que se subsuma ao tipo penal do art. 171 do CP, com todas as suas elementares.

A querelada praticou sim, crime contra a honra, mas tão somente injuriando o ofendido, ofendendo-lhe a dignidade.

Resta apreciar se a acusada agiu intencionalmente, ou se sua vontade era apenas narrar algo que chegou a seu conhecimento aos leitores do Jornal *De Fato* (*animus narrandi*).

A meu sentir, restou patente a intenção de ofender a honra alheia. Como bem anotado pelo querelante, o próprio título da matéria deixa claro que sua autora não quis apenas relatar um acontecimento.

A jornalista quis convencer os leitores de que o Prefeito somente retornou ao cargo porque seus advogados (dentre eles o ora querelante) se valeram de estratagemas ardilosos, enganando o MM. Juiz da causa e os eminentes Desembargadores que atuaram no feito. Para tanto, lançou argumentos soltos e sem maiores explicações, injuriando os profissionais que foram contratados para o patrocínio da causa.

Isso posto, mantenho a condenação da acusada Lílian Silva, mas desclassifico a conduta do art. 20 da Lei nº 5.250/67 para a do art. 140 do CP.

Prestigiando a análise do art. 59 do CP feita na origem pela MM. Juíza singular, entendo que todas as circunstâncias se mostraram favoráveis à ré, que faz jus a ser sancionada tão somente no pagamento de multa, que fixo em 10 (dez) dia-multa, arbitrada a unidade em 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo da infração.

Inexistem atenuantes, agravantes, causas de diminuição ou aumento de penas.

Assim, torno definitivas as sanções nos patamares estabelecidos acima.

Nesses termos, portanto, dou apenas parcial provimento ao recurso para, desclassificando a conduta, redimensionar as sanções impostas.

Custas, *ex lege*.

DES. JUDIMAR BIBER - De acordo com o Relator.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Sr.ª Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - RELATOR E REVISOR DERAM PROVIMENTO PARCIAL. PEDIU VISTA O VOGAL.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelado Paulo Henrique Figueiredo, a Dr.ª Cláudia Bartolini Dias.

DES.ª PRESIDENTE (MÁRCIA MILANEZ) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 28.08.09, a pedido do Vogal, após votarem Relator e 1º Vogal dando provimento parcial.

Com a palavra o Des. Alberto Deodato Neto.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Verificada a inexistência de individualização das circunstâncias identificadoras de fato definido como crime - essencial para a configuração da calúnia -, não há como se manter a condenação da apelante pela prática do delito do art. 138 do CP.

Assim, caracterizada apenas a ofensa à honra subjetiva do apelado (vítima), acompanho o em. Relator para desclassificar a conduta para a do art. 140 do CP (injúria).

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Furto privilegiado - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Desclassificação do crime - Furto de uso - Inadmissibilidade - Coisa abandonada - Não ocorrência - Erro de tipo - Não caracterização - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Ausência de previsão legal

Ementa: Penal. Furto. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade incontestes. Confissão extrajudicial e judicial. Prova testemunhal. *Animus furandi* comprovado. Furto de uso. Inadmissibilidade. Ciência pela vítima anteriormente à devolução do bem. Princípio da insignificância. Falta de previsão legal. Erro de tipo. Não configurado. Vítima colega de trabalho. Ciência da propriedade da *res*. Atipicidade da conduta por inexistência de prejuízo à vítima. Impossibilidade. Consequências do crime. Recurso conhecido e desprovido.

- Incontestes a autoria e a materialidade, comprovadas pela confissão espontânea do acusado na fase inquisitiva e sob o crivo do contraditório e pela prova testemunhal, impõe-se a manutenção do édito condenatório.

- Existindo prova cabal do elemento subjetivo, intenção patrimonial consciente, no delito de furto, não há que se falar em absolvição do apelante pela prática de tal crime.

- Não configura furto de uso a ciência, pela vítima, da existência do delito anteriormente à devolução da *res* pelo agente.

- Não cabe ao Poder Judiciário a aplicação do princípio da insignificância, porquanto constitui função do Poder Legislativo selecionar os critérios da tutela penal dos bens jurídicos.

- Se o apelante é colega de trabalho da vítima e sabia da condição desta de proprietária da *res*, descabida a tese de erro de tipo fundado em coisa abandonada.

- Inviável a tese de atipicidade da conduta por inexistência de prejuízo à vítima, visto que essa será analisada quando da dosimetria da pena como circunstância judicial, não sendo apta a descaracterizar o delito de furto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0720.06.024581-1/001 - Comarca de Visconde do Rio Branco - Apelante: João Batista dos Reis - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de julho de 2009. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra João Batista dos Reis como incurso nas sanções do art. 155 (furto) do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 10 de janeiro de 2006, por volta das 20h, no local denominado Cerâmica Massambará, zona rural de São Geraldo, na Comarca de Visconde do Rio Branco, o apelante subtraiu para si 1 (um) rádio portátil, marca Livstar, de cor amarela, com relógio digital em seu mostrador, pertencente à vítima Paulo Sérgio Vicente, tudo conforme consta do inquérito policial anexo (f. 02/03).

Recebida a denúncia, foi o apelante devidamente citado e interrogado, apresentando a defesa prévia de f. 29; e, ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, requereu o *Parquet* a juntada de CAC atualizada; nada requerendo a defesa em diligência (f. 19, 21-v., 27/28, 43/44, 45, 48).

Nas alegações finais, pede o Órgão Ministerial a condenação nos termos do art. 155, § 2º, do Código Penal. Roga a defesa pela absolvição, por falta de provas, ou pela ausência de *animus furandi,* entendendo tratar-se no máximo de furto de uso, ou pela aplicação do princípio da insignificância, ou, alternativamente, pelo reconhecimento do erro de tipo, ou pela atipicidade da conduta por inexistência de prejuízo à vítima (f. 49/51 e 53/55).

Proferida a sentença, foi o recorrente condenado nas sanções do art. 155, § 2º, do Código Penal à pena de 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 3 (três) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, no regime aberto, sendo substituída a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no valor de 1 salário-mínimo em favor do Conselho da Comunidade (f. 57/64).

Inconformado com a decisão, recorreu o apelante, ratificando as alegações finais e objetivando a absolvição por falta de provas, ou pela ausência de *animus furandi,* entendendo tratar-se no máximo de furto de uso, ou pela aplicação do princípio da insignificância, ou, alternativamente, pelo reconhecimento do erro de tipo, ou pela atipicidade da conduta por inexistência de prejuízo à vítima. Roga o Órgão Ministerial pela manutenção da sentença condenatória, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 75/78, 80/83 e 86/93).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade. Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para sua admissão.

II - Das preliminares. Inexiste na espécie qualquer nulidade, tampouco causa de extinção da punibilidade.

III - Do mérito. Cuida-se de delito de furto, na modalidade privilegiada e na forma consumada, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 155, § 2º, do Código Penal.

Resume-se a questão à análise da possibilidade de absolvição do apelante por falta de provas ou pela ausência de *animus furandi,* entendendo tratar-se no máximo de furto de uso, ou pela aplicação do princípio da insignificância, ou, alternativamente, pelo reconhecimento do erro de tipo, ou pela atipicidade da conduta por inexistência de prejuízo à vítima.

Não merece respaldo a tese sustentada pela defesa de absolvição por falta de provas, já que a materialidade restou devidamente comprovada pelo boletim de ocorrência de f. 06/08, pelo auto de apreensão de f. 09, pelo auto de avaliação de f. 10, pelo termo de restituição de f. 12 e pela prova oral colhida, sendo inconteste a autoria; se não, vejamos.

O apelante João Batista dos Reis confessou, na fase inquisitiva, a prática do crime, a saber:

> [...] que estava na Olaria do Massambará, onde tinha trabalhado durante todo o dia; que, por volta das 20h, retornou a Olaria, onde ainda estava trabalhando Paulo Sérgio, e este estava houvindo (*sic*) rádio; que, quando Paulo Sérgio saiu do serviço para jantar, o declarante, que estava bêbado, pegou o rádio, saiu com o mesmo da Olaria e foi até a casa de Tanin, onde pediu para guardar o rádio, pois iria até mais embaixo, e na volta o pegaria, o que não aconteceu, porque o declarante retornou muito tarde e não quis encomodar (*sic*) Tanin; que quer deixar bem claro que Tanin não sabia a origem do rádio; [...] que é a primeira vez que pega qualquer coisa de outra pessoa sem a permissão dos proprietários [...] (f. 14).

Da mesma forma, em juízo, o apelante assumiu ter subtraído o rádio pertencente à vítima, mas, alterando um pouco a versão apresentada aos fatos, sustentou que iria devolvê-lo, *in verbis*:

> [...] que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que pegou aquele rádio apenas para ouvir música; que depois iria devolvê-lo para a vítima; que no dia seguinte devolveu o rádio à vítima; que, perguntado se não foi a polícia que o devolveu, após Tanus entregá-lo, o denunciado diz que realmente esteve na casa do Tanus e deixou o rádio ali, tendo este o levado à delegacia; que depois os policiais o entregaram ao interrogando e em seguida o interrogando o entregou para Paulo; que, na verdade, a vítima pegou o rádio na delegacia; que é colega de trabalho de Paulo Sérgio, que o mesmo nunca lhe havia emprestado o rádio; que pegou o rádio por volta das 19h; que a vítima havia ido jantar e iria trabalhar até no outro dia as seis horas; [...] (João Batista dos Reis, f. 28).

A vítima, Paulo Sérgio Vicente, ouvida na fase policial e em juízo, confirma a subtração de seu rádio, como se vê:

> [...] que estava trabalhando, quando, por volta das 19h20, foi até sua residência jantar e, ao retornar por volta das 20h, o seu rádio, que estava perto do forno, não estava mais no local; que perguntou a todos que trabalham no mesmo local e ninguém tinha visto o rádio, mas apontaram como suspeito o rapaz conhecido como João Pitão, então o declarante foi atraz (*sic*) do mesmo e procurou saber se era ele João Pitão que havia retirado o seu rádio da olaria, e este negou o fato; [...] (f. 11).

> [...] que, na época dos fatos, trabalhava queimando forno na Cerâmica de Massambará, no período noturno; que todo dia saía para jantar e deixava seu rádio em cima do murinho; que naquele dia, como sempre, foi para casa jantar e deixou o rádio no mesmo local, e, ao retornar, o rádio não mais se encontrava ali; que ficou cerca de uma hora fora; [...] que, no dia seguinte, o dono da cerâmica, Reginaldo, disse para ir a São Geraldo buscar seu rádio na delegacia; que as pessoas que trabalham na cerâmica disseram que seu rádio estava na casa e ou no botequim de 'Taninho'; [...] (f. 43).

E a testemunha Tanus Simão, ''Tanin'', esclareceu na fase inquisitiva:

> [...] que estava em sua residência, quando por lá passou o Sr. João Pitão, com um rádio de cor amarela, com um relógio em seu mostrador, e pédio (*sic*) ao declarante que guardasse o referido rádio por algun (*sic*) tempo e que voltaria e pegaria o mesmo; que João Pitão não retornou para pegar o rádio; que, no dia seguinte, tomou conhecimento que o rádio havia sido furtado do Sr. Paulo Sérgio, então veio até a PM de São Geraldo, efetuou a entrega do rádio a (*sic*) PM e narrou o fato; [...] (f. 13).

Entendo, assim, que o conjunto probatório revela a participação efetiva e dolosa do sentenciado no crime descrito na denúncia e é razoável entender que a confissão prestada pelo mesmo, tanto na fase inquisitiva quanto na judicial, se apresenta verossímil e consentânea com as demais provas dos autos, sendo apta a justificar o edito condenatório.

Nesse aspecto, os seguintes julgados:

> Confissão extrajudicial e judicial. Prova suficiente. Condenação mantida. - A confissão feita na fase inquisitorial com minuciosa riqueza de detalhes, seja em relação à *res furtiva*, seja quanto ao *modus operandi*, confirmada em juízo, em absoluta harmonia com os demais elementos do acervo probatório, autoriza o julgador a proferir sentença condenatória. Recurso parcialmente provido, estendidos os efeitos do julgado ao co-réu Robert Thiago Perucci de Souza (Apelação Criminal nº 2.0000.00.505548-5/000 - Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos - 5ª Câmara Criminal do TJMG - *DJ* de 18.02.2006).

> Penal. Roubo majorado. Condenação mantida. Conjunto probatório firme. Confissão do acusado em harmonia com as demais provas. Desclassificação para furto. Impossibilidade. Alegação de que não foi o apelante quem praticou os atos de violência contra a vítima. Irrelevância. Adoção da teoria monista no concurso de pessoas. Inteligência do art. 29, CP. Decote da majorante do uso de arma. Impossibilidade. Potencialidade lesiva comprovada por prova pericial. Recurso improvido. - Inviável o pleito absolutório quando o acusado é confesso e todas as demais provas produzidas corroboram a sua confissão, não havendo nos autos qualquer elemento de convicção que a enfraqueça. É impossível a desclassificação da conduta do apelante, de roubo para furto, sob o fundamento de que foi o co-réu quem praticou os atos de violência e ameaça contra a vítima, uma vez que, em sede de concurso de pessoas, nosso Direito Penal adotou a teoria monista, segundo a qual todos os participantes respondem pelo mesmo delito, desde que, de alguma forma, tenham para ele concorrido. Não há falar em decote da majorante do uso de arma quando esta é apreendida e periciada, ficando comprovada, de forma inequívoca, a sua potencialidade lesiva. Recurso improvido (Apelação Criminal nº 1.0024.05.577475-6/001 - Rel. Des. Hélcio Valentim - 5ª Câmara Criminal do TJMG - *DJ* de 04.02.2006).

Diante da prova oral colhida, portanto, não há como absolver o apelante João Batista dos Reis por falta de provas ou por ausência de dolo como requer a defesa, conquanto restaram devidamente comprovadas autoria, materialidade e tipicidade do delito.

Pelo caderno probatório, restou demonstrado de forma inconteste o dolo do apelante, ou seja, a intenção de subtrair o bem alheio, visto que confessou a prática do crime, o que foi corroborado pela prova testemunhal produzida.

Conforme ensina Júlio Fabbrini Mirabete:

> [...] o crime de furto exige como dolo a vontade de subtrair, acrescida do elemento subjetivo do tipo (dolo específico), finalidade expressa no tipo, que é o de ter a coisa para si ou para outrem. É o denominado *animus furandi* ou *animus rem sibi habendi* [...] (*Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 885).

Amparando a tese, anotamos respeitável julgado desta Corte:

> Apelação. Furto qualificado. Absolvição. Impossibilidade. Dolo do agente comprovado. Princípio da insignificância.

> Inaplicabilidade. Ressarcimento do dano antes do recebimento da denúncia. Ocorrência. Reconhecimento do arrependimento posterior. Obrigatoriedade. - Impossível a absolvição do réu por ausência de dolo na sua conduta se devidamente comprovada nos autos a intenção do mesmo de subtrair coisa alheia móvel em proveito próprio. O princípio da bagatela visa a afastar do campo de reprovabilidade penal aqueles fatos por cuja inexpressividade não mereçam maior significado aos termos da norma penal, e, nesta concepção, é inadmissível aplicar tal princípio no caso de um furto cujo valor da *res* não pode ser considerado ínfimo, com base no salário mínimo vigente à época do delito, a ponto de retirar a tipicidade penal da conduta perpetrada pelo agente. Impõe-se o reconhecimento da figura do arrependimento posterior se constatado que o acusado ressarciu o prejuízo da vítima antes do recebimento da denúncia, fazendo jus, assim, a ver a sua pena reduzida pela causa geral de diminuição prevista no art. 16 do CPB (TJMG - Apelação Criminal nº 2.0000 00.485933-6/000 - *DJ* de 26.04.2005 - Rel. Des. Vieira de Brito).

Dessa forma, no que se refere à absolvição, diante da ausência de *animus furandi*, pela prática de furto de uso, melhor sorte não socorre o apelante, uma vez que esta só é admitida com a devolução da coisa no estado original, sem destruição, anteriormente à constatação pela vítima da ocorrência do furto, o que não ocorreu na espécie.

Compulsando os autos e os depoimentos acima transcritos, observa-se que a vítima percebeu a prática do furto assim que voltou ao seu local de trabalho e só recuperou a *res furtiva* na delegacia.

Registre-se, ademais, que o próprio apelante afirmou, em juízo, que pegou o rádio no momento em que a vítima saiu para jantar e o deixou na casa de Tanus, demonstrando a ausência de interesse em devolver a *res* e a presença do *animus furandi*.

Dessa feita, torna-se inviável o reconhecimento do furto de uso, especialmente porque a vítima tomou ciência do crime antes da devolução da *res furtiva*.

Sobre o tema, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> [...] Cremos ser indispensável, entretanto, para a caracterização do furto de uso, a devolução da coisa no estado original, sem perda ou destruição do todo ou de parte. Se houver a retirada de um veículo para dar uma volta, por exemplo, devolvendo-o com o pára-lama batido, entendemos haver furto, pois houve perda patrimonial para a vítima. De um modo indireto, o sujeito apropriou-se do bem de terceiro, causando-lhe prejuízo. Lembremos que a intenção de apoderar-se implica, também, a possibilidade de dispor do que é do outro, justamente o que ocorre quando o agente trata a coisa como se sua fosse. Utilizar um automóvel para uma volta, provocando uma colisão e devolvendo-o danificado, é o modo que o autor possui de demonstrar a sua franca intenção de dispor da coisa como se não pertencesse a outrem. Além disso, é preciso haver imediata restituição, não se podendo aceitar lapsos temporais exagerados. E, por fim, torna-se indispensável que a vítima não descubra a subtração antes da devolução do bem. Se constatou que o bem de sua propriedade foi levado, registrando a ocorrência, dá-se o furto por consumado. É que, nesse cenário, novamente o agente desprezou por completo a livre disposição da coisa pelo seu dono, estando a demonstrar o seu ânimo de apossamento ilegítimo. Em síntese: admitimos o furto de uso desde que presentes os seguintes requisitos, demonstrativos da total ausência do ânimo de apossamento: 1ª) rápida devolução da coisa; 2ª) restituição integral e sem qualquer dano do objeto subtraído; 3ª) devolução antes que a vítima perceba a subtração, dando falta do bem [...] (*Manual de direito penal*. Parte Geral. Parte Especial. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 662).

Ressalto, ainda, que não restou comprovado pela defesa que a conduta do acusado se deu com uma finalidade específica a justificar a utilização temporária da coisa, nem o propósito de restituí-la, voluntária e imediatamente, ao proprietário, o que era imprescindível ao reconhecimento do alegado furto de uso, fazendo-se a aplicação, *in casu*, da regra disposta no art. 156 do Código de Processo Penal: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício [...]".

E, acerca do escopo de uso momentâneo para a caracterização do furto de uso, já assinalou a jurisprudência:

> Para que se admita o furto de uso são indispensáveis dois requisitos: o escopo de fazer uso momentâneo da coisa e a sua reposição imediata e voluntária, íntegra, após a utilização. Não basta, pois, a mera intenção de restituí-la ao dono, sem que se saiba quando. Nesta hipótese prevalece a ilicitude da ação, já que o proprietário deve ter sempre a disponibilidade do que lhe pertence (*RT* 697/315).

A propósito decidiu esta Corte:

> Apelação. Furto. Dolo específico demonstrado. Furto de uso. Não-configuração. - Inexistente a prova de que os agentes pretendiam devolver o bem ao dono ou ao local de onde foi retirado, nas mesmas condições em que encontrado, não há que se falar em furto de uso (TJMG - AC nº 2.0000.00.427299-9/000 - 2ª Câmara Mista do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais - Rel. Juiz Vieira de Brito - *DJ* de 1º.05.2004).

No que concerne ao reconhecimento do princípio da insignificância, lado outro, também inassiste razão à defesa, visto que tal construção doutrinária não encontra assento no direito penal brasileiro, tratando-se de recurso interpretativo à margem da lei, confrontando-se com o próprio tipo penal do art. 155 do *codex*, que, para as situações de ofensa mínima, prevê a figura do crime privilegiado.

Sobre o assunto não é ocioso ressaltar nobre julgado pretoriano ao qual adiro:

> [...] É impossível o reconhecimento da atipicidade do crime de furto por aplicação do princípio da insignificância ou de 'furto de bagatela', não consagrados pela legislação penal brasileira, de modo que, violada efetivamente norma penal, deve ser responsabilizado o agente infrator, inimportando o

valor da coisa subtraída e sua insignificância no contexto econômico ou no patrimônio da vítima ou do réu, não implicando a ausência de lesão em descriminação, pois, independentemente de valores reais econômicos, o que se preserva com a responsabilização do agente que se dispõe a burlar a lei penal são os valores morais, cobrados pela sociedade [...] (TACrimSP - AC. 1330533/5 - Rel. Luis Soares de Mello - 11ª Câmara - *DJ* de 11.11.2002).

O próprio legislador já ponderou situação em que, havendo um grau menor de ofensa ao bem jurídico, aliado às circunstâncias subjetivas favoráveis ao agente, aplica-se o privilégio com o benefício da substituição da pena de reclusão pela de detenção, ou, alternativamente, a diminuição de dois terços da mesma, ou, ainda, aplica-se exclusivamente a pena de multa como procedeu, no caso em voga, o douto Magistrado primevo ao aplicar a redução de 2/3 (dois terços) à pena do apelante em sua r. sentença *a quo*.

Ressalte-se, por fim, que a alegação defensiva de erro de tipo fundada no abandono da *res* pela vítima se afigura totalmente descabida ante o conjunto probatório.

Restou amplamente comprovado que o apelante era colega de trabalho da vítima e tinha plena ciência do costume desta de sair para jantar e deixar o rádio no local de trabalho.

Dessa forma, absurda e desatrelada das provas dos autos a tese de que o apelante apenas se apoderou do rádio, porque pensou que a vítima o havia descartado.

A alegação defensiva de atipicidade da conduta por inexistência de prejuízo à vítima, por sua vez, também não merece maiores considerações, pois tal prejuízo foi aferido quando da dosimetria da pena durante a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, qual seja nas consequências do crime.

Anote-se que, *in casu,* o ilustre Magistrado *a quo* considerou favoráveis ao apelante as consequências do crime ao considerá-las inexistentes.

Logo, as provas produzidas nos autos autorizam a manutenção da condenação do apelante no delito previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal, afastando o decreto absolutório.

Bem dosada e aplicada a substituição da pena, mantenho, assim, inalterada a r. sentença fustigada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso do apelante João Batista dos Reis, mantidas as cominações legais da r. sentença *a quo*.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e MARIA CELESTE PORTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar - Prefeito - Prescrição da pretensão punitiva - Pena *in concreto* - Extinção da punibilidade - Assunção de obrigação no último ano de mandato ou legislatura - Crime de mera conduta - Prova - Condenação

Ementa: Penal. Preliminar. Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar. Prescrição da pretensão punitiva. Pena *in concreto*. Lapso prescricional transcorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória. Mérito. Crime de assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura. Absolvição. Impossibilidade. Amplo conjunto probatório. Crime de mera conduta. Reprimenda mantida.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0637.05.029118-5/001 - Comarca de São Lourenço - Apelante: José Russano Júnior, ex-Prefeito Municipal de Pouso Alto/MG - 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 ACOLHER PRELIMINAR MINISTERIAL E DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE PELA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DO ART. 359-B DO CÓDIGO PENAL. NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 1º de setembro de 2009. - *Maria Celeste Porto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - Trata-se de recurso de apelação interposto por José Russano Júnior, ex-Prefeito de Pouso Alto/MG (f. 289) contra sentença oriunda da Vara Criminal da Comarca de São Lourenço, f. 273/287, que o condenou nas sanções dos arts. 359-B e 359-C, na forma do art. 69, todos do Código Penal Brasileiro.

Segundo a denúncia, o nacional, no exercício da função de Prefeito Municipal de Pouso Alto/MG, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato, expirado em 31.12.04, ordenou e autorizou a assunção de obrigações, cuja despesa não pôde ser paga no mesmo exercício financeiro, por ausência de disponibilidade de caixa, bem como ordenou e autorizou a inscrição em restos a pagar das mesmas despesas, que excedem o limite estabelecido na lei.

Portanto, contraiu obrigações de despesa que não puderam ser cumpridas integralmente dentro de seu

mandato, também não havendo disponibilidade de caixa para pagamento posterior.

Em razão, disso foi condenado à pena final privativa de liberdade de um ano de reclusão e seis meses de detenção, regime inicial aberto, sendo aquela substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária de dez salários-mínimos à APAE de Pouso Alto, e pena de dez dias-multa.

Inconformada, a defesa apresentou as razões de f. 290/308, onde pugna pela absolvição do réu, alegando que o mesmo não causara prejuízo ao erário, agindo conforme determina a lei.

Contra-arrazoando o recurso, f. 318/328, sustenta o ilustre Representante do Ministério Público o improvimento do apelo e manutenção do *decisum*.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador José Alberto Sartório de Souza, opinou, preliminarmente, pela prescrição da pretensão punitiva e extinção de punibilidade do réu quanto ao delito do art. 359-B do Código Penal e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso, reduzindo o valor da prestação pecuniária (f. 332/337-TJ).

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade e processamento.

Antes de tudo, acolho preliminar suscitada pelo Órgão Ministerial de cúpula para declarar desde já extinta a punibilidade de José Russano Júnior, ora apelante, no delito do art. 359-B do Código Penal (inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar), pela prescrição da pretensão punitiva, pela pena *in concreto*, pois, sendo matéria de ordem pública, deve ser decretada, quando reconhecida, em qualquer fase do processo, de ofício ou a requerimento das partes, sendo este também o entendimento de Celso Delmanto:

> A prescrição da pretensão punitiva sobrepõe-se a qualquer outra questão e precede o mérito da própria ação penal (*Código Penal comentado*. 3. ed., p. 176).

Quanto aos marcos interruptivos, verifica-se que os fatos delituosos ocorreram no ano de 2004 (f. 02), tendo a denúncia sido recebida em 2 de maio de 2005 (f. 154) e a sentença publicada aos 2 de julho de 2008 (f. 288), impondo ao nacional a pena privativa de liberdade de seis meses de detenção para o delito em apreço.

A sentença transitou em julgado para a acusação, por isso, em face da pena aplicada, é que deve ser analisada a ocorrência, ou não, da prescrição da pretensão punitiva do Estado, *ex vi* do disposto no art. 110, § 1°, do Código Penal.

Pela mesma, estipulado se tem o lapso prescricional em 2 (dois) anos, consoante o disposto no art. 109, inciso VI, do *codex*, valendo destacar os termos do art. 119 do Código Penal: "no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente".

Logo, tendo decorrido lapso temporal superior entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença, declaro extinta a punibilidade do apelante no crime do art. 359-B do Código Penal, pela prescrição do *ius puniendi* estatal, com suporte nos arts. 109, inciso VI; 110, § 1°; e 119, todos do Código Penal Brasileiro.

Prosseguindo no exame do delito subsistente, art. 359-C do Código Penal (assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura), após minuciosa análise, tenho que a decisão monocrática condenatória se mostra irretocável.

Sabe-se que Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade do administrador público na gestão fiscal.

Segundo Paulo Napoleão Gonçalves Quezado (artigo – "Os aspectos penais da Lei de Responsabilidade Fiscal - as inovações introduzidas pela Lei n° 10.028, de 20 de outubro de 2000"), referida lei:

> Objetiva equilibrar as contas públicas e propor aos governantes um maior comprometimento com a elaboração dos orçamentos para que sejam alcançados os resultados pretendidos. Proíbe a renúncia de receitas e o aumento irresponsável das despesas, evitando que a nova gestão, ao assumir a Administração, tenha que arcar com dívidas da gestão anterior. Propõe um regime de gestão fiscal responsável que procura dissipar as desigualdades regionais, reduzindo o déficit, público e estabilizando o montante das dívidas interna e externa em relação ao Produto Interno Bruto. Enfim, estabelece regras de conduta a serem observadas pelos administradores públicos, que, se não as cumprirem, estarão sujeitos a sanções de ordem institucional e pessoal.

Algumas das condutas que contrariam referida lei, por sua gravidade, foram erigidas ao *status* de crime, estando dispostas no Capítulo IV do Código Penal - "Dos Crimes Contra as Finanças Públicas".

Dentre elas, prescreve o art. 359-C:

> Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos 2 (dois) últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:
> Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 4 (quatro) anos.

Referido dispositivo visa coibir prática corriqueira em que o agente público detentor do mandato ou da legislatura se utiliza do poder da "máquina pública" para a realização de diversas despesas, com o cunho predominantemente eleitoreiro, sem programar receitas para quitá-las, causando sérios problemas para o sucessor e, principalmente, para a população em geral.

Antigamente, ao final do seu mandato, o Chefe do Executivo assumia inúmeras obrigações, fazendo novas contratações, iniciando obras, compras e demais despesas, deixando na memória do povo essa lembrança final, mas, em contrapartida, deixava a conta para seu sucessor, sem qualquer consequência legal.

Hoje, tal conduta possui implicação civil e penal.

Sua incidência ocorre sempre que o art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal for descumprido, o qual assim determina:

> É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.
> Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

Trata-se de crime de mera conduta, que não exige qualquer resultado naturalístico, ou seja, basta que o agente público responsável pelo ordenamento ou autorização para assunção de despesa (prefeito, presidente da câmara ou servidor que receber tal delegação) contraia despesas nos dois últimos quadrimestres do mandato ou da legislatura que não possam ser integralmente cumpridas até o encerramento do exercício ou tenham parcelas a serem pagas até o exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para tanto.

Com isso, coíbe-se a contratação de qualquer obrigação nos dois últimos quadrimestres do mandato ou legislatura para ser paga no exercício seguinte sem que seja deixada a correspondente disponibilidade de caixa para o seu pagamento.

In casu, conforme documentação acostada aos autos e confissão do apelante (f. 172/173), o mesmo contraíra despesas ao final de seu mandato (nos dois últimos quadrimestres), estando ciente de que não tinha como quitá-las no mesmo exercício financeiro e tampouco deixar crédito para sua liquidação no mandato seguinte.

Ainda que assim tenha agido para pagar despesas com educação, saúde, APAE, Polícia Militar, dentre outras, invocando a supremacia do interesse público, ressalto que a conduta criminosa em questão não exige qualquer fim especial de agir e tampouco resultado naturalístico como dano ao erário, locupletamento ilícito, etc.

Ressalto que o acusado confirma que "fez as despesas mesmo sabendo da impossibilidade de cobertura".

Assim sendo, a condenação era de rigor.

No mais, observo que a reprimenda foi devidamente aplicada no mínimo legal para a espécie, sendo reconhecida a atenuante da confissão espontânea e, ao final, substituída por uma pena restritiva de direitos de prestação pecuniária e pena multa.

E, ao contrário da manifestação ministerial de cúpula, mantenho a pena alternativa em dez salários-mínimos, uma vez que tal não necessita ser proporcional à pena privativa de liberdade, devendo ser sopesada na sua fixação a capacidade econômica do condenado para que não perca seu caráter socializador. A defesa, diga-se de passagem, não se insurgiu contra seu *quantum*.

Por tudo isso, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES HÉLCIO VALENTIM e PEDRO VERGARA.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR MINISTERIAL E DECLARARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE PELA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DO ART. 359-B DO CÓDIGO PENAL. NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO.

...

Furto qualificado - Crime tentado - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Prisão em flagrante - Ausência de nulidade - Concurso de pessoas - Emprego de chave falsa - Qualificadoras - Exclusão - Inadmissibilidade - Fixação da pena - Multa - Princípio da proporcionalidade

Ementa: Penal. Processo penal. Apelação. Preliminar. Nulidade do flagrante. Não ocorrência. Furto duplamente qualificado tentado. Depoimento testemunhal. Condenação mantida. Concurso de agentes e emprego de chave falsa. Decote de qualificadoras rejeitado. Pena de multa. Redução. Necessidade.

- Caracteriza o flagrante quando o agente é preso, por força de rastreamento, pouco tempo depois da tentativa do delito, na posse de instrumento do crime.

- O reconhecimento do sujeito ativo e de seu comparsa, por testemunha *de visu*, ratificado pela prova oral, é suficiente para comprovar a autoria do delito contra o patrimônio e seu cometimento em concurso de agentes.

- Para o reconhecimento da qualificadora inserta no inciso III do § 4º do art. 155, basta que o sujeito ativo utilize de uma chave mixa para abrir a fechadura ou dar partida ao veículo que se visa subtrair, sendo irrelevante que o instrumento não tenha a forma da chave verdadeira.

- A pena de multa deve ser fixada proporcionalmente à pena privativa de liberdade, visto que ambas se vinculam aos parâmetros do art. 59 do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0210.05.030244-2/001 - Comarca de Pedro Leopoldo - Apelante: Frank Eduardo Fagundes Fonseca Viana - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Marcelo Jeanmonod dos Santos - Relator: DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO EM PARTE.

Belo Horizonte, 2 de setembro de 2009. - *Ediwal José de Morais* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS (convocado) - Apelação interposta por Frank Eduardo Fagundes Fonseca Viana, inconformado com a sentença de f. 161/166, que o condenou como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, III e IV, c/c o art. 14, II, do Código Penal, às penas definitivas de 8 meses de reclusão (substituída por uma restritiva de direito), regime aberto, e 10 dias-multa, no patamar mínimo.

O *decisum* condenou o corréu Marcelo Jeanmonod dos Santos pelo mesmo delito e sanções, que apresentou apelação (f. 214/221), não sendo recebida pelo Juízo *a quo* (f. 222), visto que intempestiva, pois interposta após o trânsito em julgado para o recorrente (f. 196).

Narra a denúncia que, no dia 15.07.2005, por volta das 22h30min, na Rua José Viana Sobrinho, nº 97, Bairro Centro, na Cidade e Comarca de Pedro Leopoldo, o apelante, juntamente com o corréu, em união de desígnios, tentou subtrair para si o veículo Gol CL, placa GNJ-7754, pertencente à vítima Sandro Gustavo Almeida e Silva, e, minutos após, na Rua Romero de Carvalho, perto da esquina com a Rua Senador Melo Viana, na mesma cidade, o veículo Fiat/Doblô, cor prata, placa HEY-3253, que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

Consta que os agentes estavam de posse de uma chave mixa e de um chaveiro contendo duas chaves, uma delas de carro da marca VW, e um cabo de bobina para veículo automotor. Narra que Sandro viu que seu veículo estava sendo furtado, indo em direção ao mesmo, ocasião em que os sujeitos ativos perceberam sua aproximação e fugiram. A Polícia foi acionada e, em rastreamento, surpreendeu os réus tentando abrir a porta traseira do segundo veículo, sendo presos em flagrante.

Intimações regulares, f. 179/180, 192-v. e 195.

Pleiteia o apelante, f. 203/210, a absolvição por não existir prova suficiente de ter concorrido para a infração penal e para a condenação, sugerindo, ainda, a nulidade do flagrante. Alternativamente, postula o decote das qualificadoras - concurso de agentes e emprego de chave falsa. Por fim, requer o abrandamento das penas ao mínimo legal e o reconhecimento da atenuante da menoridade.

Recurso contrariado, f. 233/236, em que o Ministério Público opina pelo desprovimento do apelo, ao que aquiesce a d. Procuradoria-Geral de Justiça - f. 249/252.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Embora não arguida, em sede de preliminar, a nulidade do flagrante, assim deve ser analisada.

Rejeito a defesa indireta, visto que o apelante e o corréu foram presos, por força de rastreamento, pouco tempo após a tentativa da prática do delito, na posse de instrumento do crime (chave mixa), estando o flagrante em perfeita sintonia com o disposto nos arts. 301 e seguintes do Código de Processo Penal, não havendo nenhuma nulidade a maculá-lo.

Examinando o feito, verifica-se que o auto de prisão em flagrante, f. 02/05, foi assinado pelo condutor e duas testemunhas. Assim sendo, satisfeitos os requisitos contidos no preceito legal, resta improcedente a nulidade sugerida.

Ademais, eventuais falhas do procedimento inquisitorial, meramente informativo, não viciam a ação penal dele resultante, conforme pacífico entendimento jurisprudencial.

Superada a preliminar, vou ao mérito.

A absolvição reclamada não tem o menor cabimento, *data venia*.

Materialidade inconteste, demonstrada via APF (f. 02/05), boletim de ocorrência (f. 07/09), auto de apreensão (f. 10) e depoimentos testemunhais, tudo em perfeita sintonia.

Da mesma forma, autoria estreme de dúvidas, não obstante negada pelo recorrente, encontrando-se positivada pela prova judicializada. Vejamos.

A testemunha *de visu*, Paola Toledo, compromissada na forma da lei, esclareceu que viu o apelante saindo do veículo da vítima, Sandro Gustavo Almeida e Silva, reconhecendo-o, bem como seu comparsa, como sujeitos ativos do delito contra o patrimônio tentado. Destaco os seguintes trechos:

> [...] reconheceu os acusados na Depol e aqui hoje; que o Frank estava dentro do veículo; que Marcelo estava um pouco mais distante e somente correu quando o outro cor-

> reu; que tem certeza que viu Frank saindo de dentro do carro; [...] que também os viu quando estava, um perto do outro, mexendo na porta do passageiro da Doblô; que neste momento a viatura estava logo atrás do veículo em que estavam a depoente e a vítima, ocasião em que fizeram sinal para os policiais; que quando a PM desceu estavam os dois próximos um do outro [...] - f. 88.

De fato, o policial Edson José Passos, sob o crivo do contraditório, asseverou que o apelante e seu comparsa foram efetivamente reconhecidos, grifando terem dispensado uma chave mixa quando da abordagem:

> [...] que a vítima estava no veículo dela na frente da viatura; que os 02 envolvidos estavam mexendo na Doblô; que quem arrecadou a chave mixa foi o Sd Ricardo; [...] que a vítima efetivamente os identificou naquele momento; [...] que, quando desceu da viatura, encontrou ambos os envolvidos mexendo na Doblô, quando foi ordenado que colocassem as mãos na cabeça; que então um deles se afastou um pouco e dispensou a chave mixa [...] - f. 91.

No mesmo diapasão, relata a vítima Sandro Gustavo Almeida Silva, f. 102.

Portanto, o apelante, após rastreamento, acompanhado pela vítima e a testemunha *de visu*, foi preso em flagrante com seu comparsa, ocasião em que também apreendeu uma chave mixa.

Embora a defesa questione tais relatos, ressalto que, se, por um lado, o juiz está obrigado a motivar seu convencimento, por outro, está livre na escolha, aceitação e valoração da prova, conforme diagnostica a exposição de motivos do Código de Processo Penal - inciso VII, observando, ainda, que a defesa não apresentou qualquer prova autorizadora de retirar-lhes a credibilidade, sendo insuficientes as eventuais contradições na prova oral.

Nesse contexto, a prova judicializada é mais que suficiente para garantir a certeza da autoria do fato criminoso atribuído ao apelante, afastando a alegada insuficiência de elementos para autorizar o decreto condenatório.

A tese alternativa - decote das qualificadoras - também não merece acolhida.

Pois o uso de chave falsa está devidamente comprovado pela prova oral acima analisada, constando, ainda, sua apreensão à f. 10, haja vista que apelante e corréu usaram uma "mixa" para abrir a porta do veículo, pertencente a Sandro Gustavo Almeida Silva, tentando subtraí-lo. Anota-se que, para o seu reconhecimento, não é necessária a cópia da chave verdadeira, ao contrário do que sugere a defesa, tampouco de laudo pericial, uma vez que tal expediente não deixa vestígios.

O mesmo se diga em relação à majorante do concurso de pessoas, já que demonstrada a vontade dos agentes de praticar a subtração e, consequentemente, o vínculo subjetivo existente, pois a testemunha Paola Toledo viu o apelante e seu comparsa juntos, tanto tentando subtrair o veículo da vítima Sandro, como tentando abrir a porta traseira do veículo Doblô, o que foi ratificado pelo restante dos testemunhos, conforme exposto, pelo que mantenho a tipicidade agasalhada no r. *decisum*.

Remanesce o apelo em postular o abrandamento das penas.

Dou parcial razão à defesa.

Quanto à privativa de liberdade, tenho que deve permanecer inalterada, visto que, após análise das circunstâncias judiciais, ocasião em que o d. Sentenciante grifou a primariedade do apelante, fixou sua pena-base no mínimo legal - 2 anos de reclusão.

Na segunda fase, não reconheceu a incidência de qualquer atenuante, de fato inexistente, visto que o recorrente negou a autoria (f. 42/44) e era maior à data dos fatos, o que se extrai de sua qualificação da denúncia, do interrogatório e da CAC à f. 143, não se beneficiando, assim, das atenuantes da confissão e da menoridade.

Por fim, pela tentativa, considerando o *iter criminis* percorrido, reduziu-se a reprimenda no patamar máximo de 2/3, resultando a pena em 8 (oito) meses de reclusão.

Contudo, como a pena-base da privativa de liberdade foi fixada no mínimo legal cominado, nesse patamar, tanto mais que a fundamentação é idêntica, logicamente, em face do princípio constitucional da proporcionalidade, haveria que situar-se a pena de multa, ora fixada em 30 dias-multa, sobretudo porque foi estabelecida levando-se em consideração as mesmas circunstâncias do art. 59 do CP, razão pela qual a reduzo para 10 dias-multa. Sem atenuantes ou agravantes. Em face da tentativa, reduzo-as em 2/3, resultando em 3 dias-multa, no mínimo legal, tornando-a assim definitiva, ausentes oscilações outras.

São as razões pelas quais rejeito a preliminar e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena de multa, observando a proporcionalidade com privativa de liberdade, inalterada a valoração do dia-multa, mantendo no mais a excelente sentença objurgada.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Furto qualificado - Concurso de pessoas - Coautor - Participação de menor importância - Não cabimento - Laudo pericial - Erro material - Ausência de assinatura - Nulidade - Não ocorrência - Circunstâncias judiciais - Redução da pena - Aplicabilidade - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos

Ementa: Apelação criminal. Furto qualificado. Participação de menor importância. Inocorrência. Atuação efetiva. Pena-base exacerbada. Redução. Possibilidade.

- Restando comprovado que a acusada foi a autora intelectual do delito, passando aos inimputáveis informações a respeito da casa onde o furto foi realizado, tendo ainda ficado vigiando o local, enquanto os menores praticavam a subtração, não há que se falar em participação de menor importância, pois estava vinculada ao desiderato criminoso.

- Constatando-se que as circunstâncias judiciais da acusada foram valoradas negativamente sem justificativa plausível e que suas penas foram aplicadas com certa exasperação, atento aos contornos da prática ilícita, impõe-se a redução da pena imposta.

- Diante dos efeitos deletérios do cárcere, deve a pena corporal, sempre que possível, ser substituída por restritivas de direitos, ainda mais quando se tratar de agente tecnicamente primário, o que revela estarem presentes os requisitos do art. 44 do CP.

Rejeitar preliminar e dar parcial provimento ao recurso.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0431.07.033920-2/001 - Comarca de Monte Carmelo - Apelante: Tatiane da Silva Moreira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corré: Vera Lúcia Moreira - 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 PROVER EM PARTE O RECURSO, REJEITADA PRELIMINAR.

Belo Horizonte, 29 de setembro de 2009. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Perante o Juízo da Comarca de Monte Carmelo, Tatiane da Silva Moreira e Vera Lúcia Moreira, alhures qualificadas, foram denunciadas, a primeira, pela prática dos crimes previstos no art. 155, § 4º, incisos I, II e IV, art. 288 do Código Penal e art. 1º da Lei 2.252/54; a segunda, pela prática do delito previsto no art. 180, *caput*, do CP.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de f. 02/04 que a primeira denunciada, depois de corromper os menores M.D., R.M. e J.S.S., estimulando-os a cometer delitos contra o patrimônio, dirigiu-se juntamente com os menores às residências das vítimas Maria dos Anjos Araújo e Juliana Alves de Araújo, onde, em unidade de desígnios, mediante arrombamento e escalada, subtraíram jogos de cortina, pares de calçados, lençóis, toalhas de banho, fronhas de travesseiro, panelas, 01 liquidificador, 01 edredom, 01 colchão, forros, panos de prato, 01 relógio de parede, várias peças de roupas, jarras de vidros, 01 máquina fotográfica, 01 garrafa térmica e algumas taças de vidro.

Narra, ainda, a exordial, que a denunciada e os adolescentes constituíram, de forma permanente e estável, uma quadrilha especializada na prática de infrações penais.

Por fim, consta da denúncia, que a denunciada Vera Lúcia recebeu um colchão, mesmo sabendo que era produto de crime.

O representante do Ministério Público propôs à ré Vera Lúcia o benefício da suspensão condicional do processo, mediante condições constantes da ata de audiência (f. 103), o que foi aceito pela acusada e seu defensor, tendo o MM. Juiz suspendido o processo pelo prazo de 2 (dois) anos, ficando a ré alertada de que o descumprimento das obrigações assumidas implicaria a revogação do benefício e prosseguimento da ação.

Regularmente processada, ao final, sobreveio a r. sentença de f. 191/200, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, condenando Tatiane da Silva Moreira pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, I, II e IV, do CP, impondo-lhe as penas de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, e 45 (quarenta e cinco) dias-multa.

Inconformada com a r. sentença condenatória, a tempo e modo, apelou a ré (f. 205). Em suas razões recursais (f. 208/214), alega, preliminarmente, a nulidade do laudo pericial. No mérito, almeja o reconhecimento da participação de menor importância. Alternativamente, pleiteia a redução da reprimenda imposta.

O Ministério Público, em contrarrazões (f. 215/221), pugna pelo desprovimento do recurso.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Carlos Weber Veado (f. 224/226), il. Procurador de Justiça, opina pelo improvimento do recurso.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Ab initio, examino a preliminar de invalidade do

laudo pericial, ao argumento de que contém duas ilegalidades, primeiro porque foi intitulado de laudo pericial indireto, todavia, foi realizado de forma direta; segundo, porque foi assinado por perito *ad hoc* e não consta o termo de compromisso.

Em que pesem os judiciosos argumentos apresentados pelo denodado causídico que patrocina a defesa da ora apelante, a meu ver, *data venia*, não há como acolher a preliminar agitada.

Registre-se, por oportuno, que a referida nulidade vem a ser mera reiteração de tese suscitada em sede de alegações finais (f. 179/186), sendo a mesma devidamente rechaçada pelo il. Magistrado *a quo*, conforme se verifica da r. sentença de f. 191/200, ao argumento de que "a nomenclatura dada ao laudo, como se fosse indireto, constitui mera irregularidade, que não invalida sua essência, seu conteúdo, estando claro e evidente que os peritos estiveram no local para a realização da perícia" e que "ausência de compromisso legal do perito nomeado não tem o condão de invalidar o laudo".

Ora, o fato de o laudo ter sido intitulado de "laudo pericial indireto", embora tenha sido realizado de forma direta, trata de mero erro material, o que não o torna imprestável.

Ademais, verifica-se que um dos peritos era oficial, o que, de acordo com o disposto no art. 159 do CPP, já seria suficiente, sendo até desnecessária a nomeação de um perito *ad hoc*. Ressalte-se, ainda, que a ausência de termo de nomeação e assinatura do respectivo compromisso constitui mera irregularidade, incapaz de invalidar o referido laudo pericial.

Não bastasse isso, a defesa do apelante, em momento algum, demonstrou qualquer prejuízo que lhe teria advindo da realização do referido exame da forma como foi realizado, não havendo, dessa maneira, razão para se anular o mesmo, pois o nosso Código de Processo Penal, em seu art. 563, ao tratar do tema, acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Mercê de tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade do laudo pericial.

Não foram arguidas outras 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, almeja a defesa do apelante o reconhecimento da participação de menor importância e, subsidiariamente, a redução da pena fixada.

De pronto, cumpre destacar que a materialidade e a autoria delitiva se encontram devidamente comprovadas, tanto que a absolvição não é objeto dos recursos.

A meu ver, é incabível na espécie a aplicação da causa de diminuição relativa à "participação de menor importância" (art. 29, § 1°, CP), uma vez que restou provado nos autos que a recorrente teve participação ativa no evento criminoso.

Com efeito, afere-se dos autos, mormente dos depoimentos dos adolescentes, que a apelante foi a autora intelectual do delito, tendo passado informações aos menores a respeito da casa onde o furto foi realizado, tendo ainda ficado vigiando o local, enquanto os menores se apossavam dos objetos. Nesse contexto, tenho por evidente que a apelante estava integralmente vinculada ao desiderato criminoso.

Patente, pois, a incidência da figura da coautoria no fato em questão, assim definida por Alberto Silva Franco:

> Coautoria 'é a realização conjunta de um delito por várias pessoas que colaboram consciente e voluntariamente' (Muñoz Conde, ob. cit., p. 292). Cada co-autor é um autor e, por isso, deve apresentar as características próprias de autor (FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed., São Paulo: Editora RT, 2001, v. 1, p. 484).

Em seguida, conclui o mestre: "Destarte, embora as contribuições dos co-autores para a concretização do fato criminoso possam materialmente variar, o resultado total deve ser debitado a cada um" (ob. cit., p. 484).

Logo, sendo reconhecida a coautoria e o concurso de pessoas, não há que se falar em participação de menor importância, pois restou assente que a atuação da apelante foi determinante para a consecução do resultado penalmente relevante. Nesse sentido, também a orientação jurisprudencial:

> De reconhecer a situação prevista pelo § 1° do art. 29 do CP somente quando, hipoteticamente excluída a contribuição do concorrente no furto, este não se realizaria pela forma como se realizou (TACrimSP, AC, Rel. Juiz Haroldo Luz, *RTJE* 85/204).

> Inadmissível a incidência do § 1° do art. 29 do CP, para efeito de diminuição de pena na hipótese de concurso de pessoas, se não há dúvida do prévio ajuste e da intervenção do réu em todas as etapas do *iter criminis* (TJSP, AC, Rel. Des. Dante Busana, *RT* 624/295).

Logo, não há como acolher a tese defensiva, pois, se a ré coordenou a atividade criminosa, não se pode dizer que a sua atuação foi de somenos importância, restando plenamente caracterizada a figura do concurso de pessoas e da coautoria.

Todavia, penso que razão assiste à apelante quanto ao pleito de redução da pena, pois a reprimenda restou fixada com certa exacerbação, sem que o il. Magistrado sentenciante apresentasse justificativas plausíveis para a concretização da mesma, uma vez que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são, em sua maioria, favoráveis, com exceção de sua intensa culpabilidade, visto que não existem elemen-

tos nos autos para se aferir as demais, sendo estas próprias do delito, tratando-se, ainda, de ré primária (CAC - f. 188), razão por que, na conformidade do disposto na Súmula 43 deste Tribunal, a pena deve tender para o mínimo legal ou perto deste.

Ademais, não se pode esquecer que o objetivo da pena não é eternizar o sofrimento do acusado, nem infernizar a sua vida, mas sim reeducá-lo, para que possa integrar-se à sociedade. A propósito, sobre o tema, leciona Cláudio Heleno Fragoso:

> A prisão constitui realidade violenta, expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo, que funciona como realimentador. Serve apenas para reforçar valores negativos, proporcionando proteção ilusória. Quanto mais graves são as penas e as medidas impostas aos delinqüentes, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar os condenados para a prisão, nos crimes pouco graves, e se, nos crimes graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* - Parte Geral, 16. ed., rev. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 357).

Não bastasse isso, a aferição da personalidade reclama um laudo técnico, pois tem a ver com

> a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* - Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 555).

Assim, não havendo elementos para aferir a personalidade da apelante, não deve ela influir negativamente na dosimetria das penas.

Passo, pois, a reestruturar as penas impostas à apelante, mostrando-se, para tanto, desnecessária uma nova análise das circunstâncias judiciais da apelante, pois, à exceção da personalidade, estas foram bem sopesadas pelo douto Julgador singular.

Na primeira fase da dosimetria das penas, hei por bem reduzir a pena-base para perto do mínimo legal, ou seja, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, o que tenho como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime; concretizando-a nesse patamar em face da ausência de causas modificadoras.

Diante do *quantum* de pena fixado, sendo a ré primária, no termos do art. 33, § 2º, *c*, do CP, deve a pena ser cumprida em regime aberto.

Do mesmo modo, penso que é cabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, pois não há razões plausíveis para se negar à apelante a aplicação da medida descarcerizadora.

Logo, presentes os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44, incisos I a III, do Código Penal, referentes às circunstâncias objetivas e subjetivas do crime (*quantum* de pena inferior a quatro anos, ausência de violência ou grave ameaça na conduta, ausência de reincidência específica do agente em crime doloso e circunstâncias judiciais favoráveis), mister se faz a substituição de pena corporal.

Assim, estando presentes os requisitos objetivos e subjetivos preconizados no art. 44 do Código Penal, não tendo o delito sido praticado com violência ou grave ameaça, hei por bem substituir a pena privativa de liberdade da apelante por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da condenação, a entidade a ser designada pelo juízo da execução, e multa vicariante (art. 49/CP), que ora arbitro em 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo de 1/30 (um trinta avos) do salário vigente à época do fato, devidamente corrigida.

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 reduzir as penas aplicadas à apelante Tatiane da Silva Moreira, concretizando-as em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e 12 (doze) dias-multa, no patamar unitário mínimo legal, substituindo a pena privativa por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da condenação, e multa vicariante (art. 49/CP), que ora arbitro em 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo de 1/30 (um trinta avos) do salário vigente à época do fato, devidamente corrigida, mantendo, no mais, a r. sentença digladiada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION e JANE SILVA.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE, REJEITADA PRELIMINAR.

...

Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Quesito único -Teses - Legítima defesa - Inexigibilidade de conduta diversa - Ausência de nulidade - Decisão contrária à prova dos autos - Não ocorrência - Novo julgamento - Não cabimento

Ementa: Apelação criminal. Nulidade. Inocorrência. Quesitação simplificada. Necessidade. Homicídio. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência.

- A condensação das teses defensivas (legítima defesa e inexigibilidade de conduta diversa) em um único quesito

atende às substanciais alterações promovidas pela Lei 11.689/08 no procedimento do Júri (art. 483 do CPP).

- O constitucional princípio da soberania dos veredictos que rege a atuação do Tribunal popular, embora não seja absoluto, impede uma interferência da jurisdição superior no âmbito da apreciação da matéria pelo Conselho de Sentença, ensejando a possibilidade de submeter o réu a novo julgamento somente quando se vislumbrar erro grave na apreciação do conjunto probatório, o que pode, inclusive, caracterizar a perplexidade do corpo de jurados na resposta aos quesitos formulados.

- Uma vez que não se pode dizer, de acordo com a prova dos autos, que a resposta ao quesito formulado foi absurda, totalmente desconectada com o conjunto probatório, não deve ser anulado o julgamento.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0701.04.095455-7/002 - Comarca de Uberaba - Apelante: Wellington Alves da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Ademir Lima da Silva - Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR DA DEFESA E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2009. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - 1 - Relatório.

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo réu Wellington Alves da Silva contra sentença oriunda do Juízo da Comarca de Uberaba, que o condenou, por meio do veredicto proferido pelo augusto Conselho de Sentença, à pena de 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, regime fechado, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I, do Código Penal.

Narram os autos que, no dia 2 de outubro de 2004, por volta das 14h40, na Rua São Martim, altura do nº 355, Bairro Abadia, o apelante e o corréu Ademir, com *animus necandi*, deferiram quatro disparos contra a vítima Carlos Roberto da Silva, causando-lhe as lesões descritas no laudo de necropsia, e, por sua natureza, foram causa de sua morte.

Foram os acusados pronunciados pelo crime capitulado na denúncia (f.190/193). Os recursos em sentido estrito interpostos foram por este Tribunal rejeitados (f. 230/235). Em sessão de julgamento, o feito foi desmembrado em relação ao corréu Ademir (f. 295). Em relação ao apelante, os jurados reconheceram o homicídio qualificado, rejeitando as teses da legítima defesa, inexigibilidade de conduta diversa e homicídio privilegiado arguidas pela defesa (f. 282/299).

Inconformada, recorre a defesa sustentando, em preliminar, a nulidade do julgamento e, no mérito, a realização de novo julgamento, uma vez que a decisão dos jurados foi contrária às provas dos autos; subsidiariamente, pleiteou a redução da pena (f. 301/313).

As contrarrazões do Ministério Público estão acostadas às f. 314/319.

Instada a se manifestar no feito, a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 323/327).

É o relatório.

2 - Conhecimento.

Conheço do recurso interposto ante ao seu ajuste legal.

3 - Nulidade.

Busca a defesa a nulidade do julgamento por vício de quesitação. Alega, em suma, que, apesar das inúmeras teses defensivas sustentadas em plenário (inexigibilidade de conduta diversa, legítima defesa e desclassificação para homicídio privilegiado), houve uma condensação de todas elas em apenas um quesito, cerceando-se, assim, o sagrado direito de defesa.

Data venia, razão não lhe assiste. É que a forma de quesitação utilizada pelo Magistrado *a quo*, mais condensada, especialmente em relação às teses defensivas, atende às substanciais alterações promovidas pela Lei 11.689/08 no procedimento do Júri. Tais mudanças, ao contrário do que foi sustentado nas razões de apelação, favorecem, e muito, a defesa, pois facilitam a compreensão dos jurados, que podem, assim, fazer valer sua convicção sem as amarras do tecnicismo, este sabidamente incompatível com a condição leiga do Conselho de Sentença.

Sobre a simplificação da quesitação, especialmente aqueles envolvendo teses defensivas, colho lição do professor Aury Lopes Júnior. A saber:

> O terceiro quesito somente será formulado quando os jurados responderem afirmativamente aos dois primeiros (materialidade e autoria), sendo proposto da seguinte forma (como previsto no art. 486, § 2º): 3º O jurado absolve o acusado?
>
> Esse quesito é a principal simplificação operada pela Lei 11.689/2008, pois ele engloba todas as teses defensivas (exceto a desclassificação, que será tratada a continuação), não mais havendo o desdobramento em diversos quesitos para decidir-se sobre a existência (ou não) da causa de exclusão da ilicitude ou culpabilidade eventualmente alegada. Agora, a tese defensiva é decidida neste terceiro quesito, sem que se formule uma ou mais perguntas sobre legítima defesa, por exemplo, como no sistema anterior.

> Apenas para reforçar o afirmado: mesmo que a defesa alegue que o réu agiu ao abrigo da legítima defesa e, alternativamente, que não lhe era exigível, naquelas circunstâncias, uma conduta diversa, deverá o juiz formular um único quesito: o jurado absolve o acusado? Apenas isso, nada mais.
>
> Qualquer que seja a tese defensiva, abrangida ou não pelo 3º quesito, sempre deverá o juiz formular esse quesito genérico da absolvição. É, pois, um quesito obrigatório (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, v. 2, p. 295-296).

In casu, o Magistrado *a quo* englobou as teses de legítima defesa e inexigibilidade de conduta diversa no quesito 4, ou seja, aquele envolvendo a absolvição, e, ainda, a tese do homicídio privilegiado no quesito 5, especificamente criado para esse fim. Tudo, repito, conforme determinação legal e orientação doutrinária.

Em sendo assim, rejeito a preliminar.

4 - Mérito.

No mérito, tenho que o constitucional princípio da soberania dos veredictos que rege a atuação do Tribunal popular, embora não seja absoluto, impede uma interferência da jurisdição superior no âmbito da apreciação da matéria pelo Conselho de Sentença, ensejando a possibilidade de submeter o réu a novo julgamento somente quando se vislumbrar erro grave na apreciação do conjunto probatório, o que pode, inclusive, caracterizar a perplexidade do corpo de jurados na resposta aos quesitos formulados.

Assim, a submissão do acusado a novo julgamento por reconhecimento de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, deve ser pautada pelos mesmos critérios adotados para o deferimento de Revisão Criminal proposta com idêntico argumento de motivação: apenas quando reconhecido grave erro, fático ou de direito, na apreciação da *quaestio*.

Do exposto, entendo que o pleito defensivo não deve ser atendido.

As versões da legítima defesa e inexigibilidade de conduta diversa, ora defendidas, não foram acatadas pelos jurados. Não se pode dizer, de acordo com a prova dos autos, que a resposta ao quesito formulado foi absurda, totalmente desconectada com o conjunto probatório.

A rejeição, pelos jurados, das teses defensivas também encontra amplo lastro probatório.

O acusado, em plenário, confessou que a execução da vítima se deu por desentendimento envolvendo droga, e não, necessariamente, por força das ameaças sofridas (f. 284/285).

A testemunha Baltazar, em Juízo, confirmou que minutos antes do ocorrido conversava com a vítima, e que a atuação do apelado foi súbita e rápida, pegando, portanto, Carlos Roberto despreparado. Alegou, também, que o recorrente ainda efetuou alguns disparos com a vítima já deitada (f. 144).

Por essa descrição e pela narrativa do réu, é possível afirmar que os disparos não consubstanciaram emprego moderado de meio necessário para repelir agressão atual ou iminente, tampouco se postou como o único meio de fazer cessar as supostas ameaças que vinha sofrendo. Lembro, mais uma vez, que a vítima no momento dos fatos não ameaçava o réu, mas sim conversava com a testemunha Baltazar.

A pretendida atuação justificada do réu, portanto, não encontra respaldo nos autos. Ademais, a partir desses elementos probatórios destacados, é possível afirmar que não há qualquer equívoco no entendimento exarado pelos jurados. Não se pode dizer que a decisão está em desarmonia, dissonância, com o conjunto probatório. Ao contrário, o que se pode afirmar é que o caderno processual não permite concluir pela atuação em legítima defesa, ainda que putativa, ou mesmo pela inexigibilidade de conduta diversa.

Não se verificando que a decisão colhida pelo Conselho de Sentença, órgão incumbido constitucionalmente de apreciar os crimes dolosos contra a vida, esteja em dissonância com a prova dos autos, não há como acolher o pleito defensivo para anular o julgamento.

5 - Conclusão.

Com essas considerações, rejeito a preliminar defensiva e nego provimento ao recurso do apelante.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA CELESTE PORTO e PEDRO VERGARA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DA DEFESA E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Estelionato - Tipificação - Faturas de energia elétrica - Recebimento sem autorização - Ausência de repasse dos valores - Indução dos consumidores em erro - Obtenção de vantagem ilícita - Prejuízo alheio - Dolo configurado - Crime caracterizado - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Pena-base - Redução - Impossibilidade - Pena privativa de liberdade - Substituição - Inviabilidade

Ementa: Apelação criminal. Estelionatos em continuidade delitiva. Autoria e materialidade comprovadas. Dolo configurado. Condenação mantida. Dosimetria. Redução das penas-base. Impossibilidade. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Indeferimento.

- A conduta típica do crime de estelionato é obter vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

- Assim, comete o crime de estelionato o agente que recebe em seu estabelecimento comercial, sem a devida autorização, pagamento de faturas de energia elétrica, deixando de repassar os valores correspondentes à prestadora do serviço, deixando os consumidores em situação de inadimplência e ensejando a interrupção do fornecimento de energia.

- A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis obsta a fixação das penas-base no valor mínimo legal.

- Revela-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos na hipótese em que as circunstâncias do crime e a culpabilidade do agente indicarem que a substituição não será suficiente.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0105.04.118788-8/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Jeremias Araújo - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RENATO MARTINS JACOB

Acórdão

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

Belo Horizonte, 6 de agosto de 2009. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Jeremias Araújo em face da r. sentença de f. 273/276, que, nos autos da ação penal intentada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o acusado, ora recorrente, como incurso nas sanções do art. 171, *caput*, por 72 (setenta e duas) vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, fixando-lhe as penas definitivas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime aberto, e 30 (trinta) dias-multa, no valor mínimo legal, indeferida a substituição da pena carcerária por restritivas de direitos.

Nas razões de f. 279/281, o apelante assevera que havia feito um acordo com a empresa denominada "PAR", que tinha "autorização para dar quitação nos recibos durante o processo".

Prossegue afirmando que os depoimentos "não confirmam, definitivamente, a autoria do fato", uma vez que "nenhuma das testemunhas conhece o sentenciado".

Após tecer tais considerações, pede a redução das penas para o mínimo legal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contrariedade deduzida às f. 294/297, oportunidade em que o ilustre Promotor de Justiça oficiante, Dr. César Yoshikawa, rebate as teses defensivas e pugna pela manutenção da r. sentença hostilizada.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 301/305, opinando pelo desprovimento do apelo.

Esse, resumidamente, é o relatório.

A denúncia foi recebida em 02.03.2005 (f. 130-v.), ao passo que a r. sentença condenatória foi publicada em 24.09.2008 (f. 276-v.).

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, em sede preliminar, em atenção à manifestação do ilustre Procurador de Justiça oficiante, Dr. Marcial Vieira de Souza, registro que, realmente, não há que se cogitar em nulidade da sentença em face da ausência de individualização da pena dos 72 (setenta e dois) crimes de estelionato pelos quais o apelante se viu condenado, uma vez que foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

A propósito:

> Criminal. *HC*. Roubos qualificados. Continuidade delitiva. Aplicação da pena. Concurso de agentes. Pena-base comum a todos. Nulidade verificada. Exasperação da pena-base. Circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal consideradas negativamente. Ausência de análise concreta. Ordem parcialmente concedida. I - Tratando-se de delitos iguais, praticados nas mesmas condições de tempo lugar e maneira de execução, em continuidade delitiva, não é necessário definir a pena-base de cada um, separadamente. II - Havendo concurso de agentes, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP deve ser individualizada para cada co-réu. Precedentes (*HC* 39357/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 18.08.2005, *DJ* de 19.09.2005, p. 355).

Dessarte, inexistindo nulidade a ser declarada, passa-se à análise do mérito recursal.

O apelante foi denunciado e, posteriormente, condenado por infração ao art. 171, *caput*, por 72 (setenta e duas) vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, porque, dos meses de junho de 2003 a maio de 2004, obteve para si vantagem ilícita em prejuízo de diversos consumidores da Companhia Energética de Minas Gerais, bem como da referida entidade de economia mista, tendo utilizado sua "casa lotérica", situada no Mercado Municipal de Governador Valadares/MG, para realizar quitações fraudulentas de faturas de energia elétrica.

Segundo a inicial acusatória, o denunciado, após receber os valores correspondentes às contas de energia elétrica, retinha-os em seu proveito, deixando os consumidores em situação de inadimplência, sujeitos ao corte do serviço de energia elétrica, causando prejuízo à própria Cemig, que não recebeu os valores das contas pagas.

Analisando os argumentos recursais à luz dos elementos probatórios carreados para o bojo dos autos, forçoso concluir pela manutenção do r. *decisum* hostilizado, *rogata venia*.

A materialidade delitiva é incontroversa e encontra-se consubstanciada nos documentos de f. 14/14, 17, 29/54, 62/103, 108/127 e 138/184.

A autoria é inconteste, sendo certo que o apelante confessou, em ambas as fases da persecução penal, que recebia os valores em sua casa lotérica, ressaltando, contudo, não ter auferido vantagem ilícita, porquanto "todas as contas eram repassadas para estabelecimentos credenciados".

Tal versão não se afigura crível.

Com efeito, os elementos de convicção apontam que o réu induziu em erro os consumidores, agindo como se fosse credenciado junto à Cemig para receber os valores correspondentes às faturas de consumo de energia elétrica.

Nesse sentido, o depoimento da testemunha Alcendino Bastos de Souza, prestado sob o crivo do contraditório:

> Algumas vezes pagou conta de energia elétrica numa casa lotérica do mercado municipal; certa vez a Cemig cobrou-lhe uma conta que já havia pago na dita casa lotérica [...]; que não se lembra do nome da casa lotérica, mas se lembra de que é a loja nº 55 do mercado [...]; não pagou mais contas na casa lotérica da loja 55 depois de ter sido cobrado em duplicidade pela Cemig (f. 252).

A testemunha Rosenildo Ramos Vasconcelos corrobora tais declarações:

> Trabalha na Cemig; ocorreu de ter sido emitida ordem de desligamento de fornecimento de energia para alguns consumidores em razão de falta de pagamento e esses consumidores terem procurado a Cemig e comprovado o pagamento através de agência lotérica; foi verificado se tratar do estabelecimento comercial pertencente ao réu, que não era credenciado para o recebimento; sabe que funcionários da Cemig fizeram visitas ao réu para tratarem do assunto, inclusive numa dessas visitas foi lavrado um boletim de ocorrência (f. 217).

Esclarecedores, ainda, os dizeres de Geraldo Chaia Salgado:

> [...] foi informado [...] que consumidores teriam corte indevido de fornecimento de energia de suas residências por falta de pagamento, e que esses mesmos consumidores alegaram já terem pago as referidas contas na casa lotérica do Mercado Municipal, de propriedade do Sr. Jeremias Araújo; que [...] teria sido emitida uma notificação, através de correspondência RC/FE LESTE 873/03, na data de 10.07.2003, e contatos verbais por diversas vezes, porém, Jeremias não deu atenção à notificação, continuando a receber as contas mesmo sem autorização, pois a casa lotérica do mesmo não é credenciada (f. 25).

Frise-se, por oportuno, que as alegações defensivas no sentido de que o pagamento das contas era realizado através de parceria em uma loja autorizada se encontram isoladas no caderno probatório.

Por outro lado, ainda que houvesse prova cabal apontando nesse sentido, resulta absolutamente incoerente a informação de que teria sido extraviado o suposto malote contendo as faturas que estariam sendo repassadas ao estabelecimento comercial devidamente credenciado.

Ora, com a devida vênia, não é crível que o referido malote contivesse faturas correspondentes a todo o período em que há notícia da prática criminosa - junho de 2003 a maio de 2004 - de modo que tal alegação apresenta-se completamente inverossímil.

Em verdade, a prova dos autos é remansosa em apontar a autoria, materialidade e tipicidade dos delitos, de modo que a manutenção da condenação do apelante pela prática dos 72 (setenta e dois) crimes de estelionato, em continuidade delitiva, é medida de rigor.

O inconformismo recursal que objetiva a redução das penas-base não merece respaldo.

Importante ressaltar que a fixação da pena deve sempre considerar as balizas estabelecidas no art. 59 do Código Penal, isto é, o magistrado tem que dosar a pena atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, e, derradeiramente, ao comportamento da vítima, circunstâncias que, segundo se depreende do *decisum* recorrido, foram devidamente sopesadas pelo Juízo Monocrático.

Mister registrar, ainda, que o sistema trifásico de fixação da pena, ditado pelo artigo 68 do Código Penal, foi rigorosamente observado pelo douto Juízo *a quo*.

As penas-base de cada um dos delitos foram fixadas de maneira prudente e equilibrada em 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa, haja vista que o MM. Juiz de Direito reconheceu, acertadamente, que a culpabilidade do acusado refoge à normalidade e que as consequências do crime foram graves.

Apenas se todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis, tem cabimento a aplicação das penas-base no mínimo legal. Nesse sentido, pertinente colacionar o seguinte julgado do Pretório Excelso:

> O juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário, porque

o *caput* do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo (STF - *HC* 76.196/GO, 2ª Turma, Rel. Ministro Maurício Corrêa, j. em 29.09.1998).

Logo, não há como reduzir as penas-base.

O pleito alternativo que intenta a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos também não merece guarida.

Nos termos do art. 44, III, do Código Penal, substituição somente será cabível quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Na hipótese em apreço, entendo que a substituição não é suficiente para se atingir as finalidades da pena - prevenção e repressão ao delito -, sobretudo diante do expressivo número de pessoas lesadas (setenta e duas vítimas), em cotejo com a elevada culpabilidade do recorrente, como bem ressaltou o nobre Magistrado de primeiro grau.

Dessarte, revela-se inviável a substituição da reprimenda carcerária por restritivas de direitos.

Logo, impõe-se a confirmação da r. sentença hostilizada, em consonância com o judicioso parecer ministerial.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HERCULANO RODRIGUES e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Apropriação indébita - Furto qualificado - Concurso de pessoas - Confissão espontânea - Delação - *Emendatio libelli* - Aplicabilidade - Diminuição da pena

Ementa: Apelação criminal. Apropriação indébita e furto qualificado. Autoria comprovada. Delação judicial de corréu. Prova testemunhal. Aplicação, de ofício, da teoria monista. *Emendatio libelli*. Definição jurídica diversa.

- A delação judicial de corréu que não se exime de sua responsabilidade, aliada à prova testemunhal e às demais provas dos autos, torna certa a autoria do delito.

- O Código Penal, ao prescrever em seu art. 29 que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade", adotou a teoria monista (ou unitária), no sentido de que o crime é sempre único e indivisível.

- A possibilidade de aplicação da *emendatio libelli* na Segunda Instância é assegurada pelo art. 617 do Código de Processo Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0479.07.125936-6/001 - Comarca de Passos - Apelantes: 1º) Dione Patrick Pereira, 2º) Orlando Donizete França - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALBERTO DEODATO NETO

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 PROVER EM PARTE OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 15 de setembro de 2009. - *Alberto Deodato Neto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Recursos de apelação interpostos por Dione Patrick Pereira e Orlando Donizete França contra a sentença de f. 129/136, que os condenou, o primeiro, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, IV, do CP, às penas de 2 anos e 9 meses de reclusão, regime semiaberto, e 25 dias-multa, no valor mínimo legal, e o segundo, como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, III, do CP, às penas definitivas de 1 ano e 9 meses de reclusão, regime semiaberto (substituída por duas restritivas de direitos), e 27 dias-multa, no valor de 1/30 do salário-mínimo.

Narra a denúncia que, no dia 24.01.2007, por volta das 16h, na Avenida Arlindo Figueiredo, Jardim Cidade, na cidade de Passos, o segundo apelante, na condição de motorista da empresa Laticínios Passos, após combinar com seu sobrinho, o primeiro apelante, simular um assalto em prejuízo da aludida empresa, dirigia o veículo Ford F 4000, cor prata, quando foi abordado pelo comparsa, encapuzado e armado, a quem repassou uma pochete com o dinheiro (quatro mil e seiscentos reais, entre dinheiro e cheques).

O assalto simulado foi presenciado por Leandro da Silva Borges, que estava no veículo juntamente com o segundo apelante, por ser ajudante de motorista, mas não tinha conhecimento da farsa.

Intimações regulares, f. 139v. e 165v.

Pleiteia o primeiro apelante, razões de f. 148/149, a absolvição, em face da insuficiência de provas.

Requer o segundo apelante, f. 147, a redução da pena-base aplicada, bem como o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Contrarrazões às f. 150/153, em que o *Parquet* pugna pela manutenção da sentença recorrida.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 156/158, opina pelo desprovimento do primeiro recurso e pelo provimento do segundo.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Recurso interposto por Dione Patrick Pereira.

Materialidade comprovada pelo BO, f. 07/09, declarações judiciais e extrajudiciais do apelante Orlando Donizete França, f. 12/13 e 49, em sintonia com o acervo probatório produzido.

No que tange à autoria, verifica-se que o segundo apelante é confesso e delata a participação de seu sobrinho (o primeiro apelante), sempre que ouvido:

> [...] em verdade, não houve assalto real, tratando-se de uma simulação arquitetada pelo declarante e por seu sobrinho Dioni Patrick. [...] ligou de seu telefone celular para o celular de seu sobrinho Dioni, que ficou lhe esperando na Av. Arlindo Figueiredo, nesta cidade, e, quando o avistou, ele, que trafegava em uma motocicleta, cor preta, se aproximou do veículo conduzido pelo declarante e lhe apontou uma arma, anunciando que era um assalto [...] (Orlando Donizete França, f. 12/13, ratificado em Juízo, f. 49).

A delação de corréu que não se exime de sua responsabilidade é importante elemento de convicção do Juízo:

> A delação do corréu, admitindo a sua participação no delito, não procurando inocentar-se e apontando, ainda, a culpa do comparsa, mostra-se como importante elemento probatório (*RJDTACrim* 31/247).

> A delação de corréu que também se incrimina da prática da empreitada criminosa merece ser tratada com credibilidade, fazendo prova da participação do agente (*RT* 812/588).

Não é só. A confirmar os relatos de Orlando, a testemunha Fernando Antônio Cunha, f. 91/92, informou já ter sido vítima de outro "esquema" arquitetado pelos apelantes.

Ora, conforme bem ressaltado na sentença, "as provas carreadas para os autos direcionam no sentido da prática dos delitos pelos acusados", sendo de rigor o reconhecimento da autoria.

Todavia, procedo, de ofício, à alteração da capitulação do delito a que foi condenado o apelante Dione.

É que o Código Penal, ao prescrever em seu art. 29 que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade", adotou a teoria monista (ou unitária), no sentido de que o crime é sempre único e indivisível (embora praticado por diversas pessoas), tanto no caso de unidade de autoria quanto no de coparticipação, prevendo-se que os vários atos convergem para uma operação única - o delito é resultado da conduta de cada um e de todos.

Entretanto, na denúncia de f. 02/04, a d. Promotora de Justiça registrou que "os denunciados, na condição de tio e sobrinho respectivamente, em unidade de propósitos e previamente ajustados, combinaram simular um assalto, em prejuízo da empresa Laticínio Passos", sendo que Orlando tinha a posse do dinheiro apropriado em razão do cargo, denunciando os apelantes por condutas diversas (apropriação indébita majorada e furto qualificado pelo concurso de pessoas).

Ora, da narrativa mencionada, verifica-se que os apelantes agiram em concurso de pessoas, estando ligados pelo liame subjetivo - juntos, ambos tramaram o "falso roubo", aproveitando do acesso (posse) do segundo apelante ao dinheiro da empresa (circunstância de caráter pessoal comunicável, elementar do crime, art. 30 do CP), em face da sua condição de funcionário -, previamente conluiados, devendo ambos responder pelo mesmo crime (apropriação indébita).

Dessa forma, os fatos foram apresentados de modo a permitir a *emendatio libelli*, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal. A anterior capitulação do delito a que denunciado e condenado o primeiro apelante (Dione) não se ajusta ao que foi apurado no curso da ação penal. Com a modificação, haverá perfeita correlação entre a imputação e a condenação, não havendo prejuízo para a defesa, que conhecia precisamente os fatos contra os quais deveria se defender.

Tal possibilidade está assegurada, na Segunda Instância, pelo art. 617 do Código de Processo Penal.

Assim, tendo em vista os elementos de prova alhures mencionados, entendo que a sentença deve ser reformada nesse aspecto, para dar definição jurídica diversa ao delito a que denunciado e condenado o apelante Dione Patrick Pereira, reconhecendo a prática da apropriação indébita (em concurso de pessoas com Orlando), nos termos dos arts. 29 e 30 do CP e 383 do CPP.

Passo a reestruturar as penas.

A culpabilidade deve ser entendida como juízo de censurabilidade que recai sobre a conduta do acusado, que, *in casu*, se manteve nos limites daquela que é ínsita ao tipo penal em questão.

Os antecedentes são ruins, f. 36/37.

A personalidade e a conduta social não podem ser aferidas pelos elementos colhidos nos autos, e, ainda, não há nada relacionado aos motivos que possa influenciar na análise das circunstâncias judiciais, pois comuns ao tipo penal.

Já as consequências do delito foram graves, pois o dinheiro apropriado não foi restituído à vítima, e o com-

portamento desta última em nada influiu na prática do crime.

Assim, fixo a pena-base em 1 ano e 1 mês de reclusão e 20 dias-multa.

Ausentes atenuantes, decoto a agravante da reincidência reconhecida na sentença, tendo em vista que o trânsito em julgado da decisão anterior ocorreu posteriormente à prática do delito em questão.

Não há causas de diminuição ou aumento de pena (a majorante atribuída ao corréu, em razão de ofício, é circunstância incomunicável), razão pela qual concretizo-a, definitivamente, em 01 ano e 01 mês de reclusão e 20 dias-multa.

Em virtude dos maus antecedentes, deixo de aplicar a substituição prevista no art. 44 do CP, bem como o *sursis*, e estabeleço o regime semiaberto de cumprimento de pena (art. 33, § 2º, alínea *c*, e § 3º, do CP).

Recurso interposto por Orlando Donizete França.

Cinge-se o apelo a pleitear a redução das penas.

Em relação à pena-base, ao contrário do que aduz a defesa, a condenação anterior noticiada à f. 34 deixa evidente a existência de antecedentes, razão pela qual deve ser mantida a consideração negativa da circunstância.

Já no que tange aos motivos, não há realmente nada que possa influenciar na análise dessa circunstância judicial, pois comuns ao tipo penal.

Assim, analisando favoravelmente os motivos do crime e mantendo as demais circunstâncias judiciais conforme analisadas pelo MM. Juiz *a quo*, reestruturo a pena-base para fixá-la em 01 ano e 01 mês de reclusão e 20 dias-multa.

Ausentes agravantes, reconheço em favor do apelante a atenuante da confissão espontânea para reduzir a pena ao mínimo legal cominado (um ano de reclusão e 10 dias-multa).

Por fim, inexistentes causas de diminuição e reconhecida, acertadamente, a majorante do art. 168, § 1º, III, do CP, ponto incontroverso, aumento-a em 1/3, para concretizá-la, definitivamente, em um ano e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Por fim, mantenho as demais disposições da sentença, inclusive a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (apesar da consideração dos maus antecedentes, em virtude da proibição da *reformatio in pejus*) e o regime semiaberto (art. 33, § 2º, alínea *c*, e § 3º, do CP).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao primeiro recurso para, de ofício, dar definição jurídica diversa ao delito a que denunciado e condenado o apelante Dione Patrick Pereira, nos termos do art. 383 do CPP, reconhecendo a prática da apropriação indébita em virtude da aplicação da teoria monista prevista no art. 29 do CP, reestruturando-lhe as penas; e dou parcial provimento ao segundo apelo, para considerar favoravelmente os motivos do crime, quando da fixação da pena-base, e reconhecer a atenuante da confissão espontânea, reestruturando as penas relativas a Orlando Donizete França.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA MILANEZ e DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS.

Súmula - RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

...

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Arma de fogo municiada em interior de veículo de motorista profissional - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Posse irregular de arma de fogo de uso permitido - Impossibilidade - *Sursis* - Inaplicabilidade - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Prestação de serviços à comunidade - Exclusão - Impossibilidade - Condenação mantida

Ementa: Direito penal. Porte ilegal de arma de fogo. Condenação. Apelo defensivo. Tese de desclassificação. Alegação de que o crime cometido foi o de posse de arma e não porte. Arma encontrada no interior do veículo do acusado em plena via pública. Impossibilidade de acolhimento da tese. Pedido de aplicação do *sursis* em vez da substituição das penas restritivas de direitos. Incidência do art. 77, III, do CP. Alegação de impossibilidade de prestar serviços à comunidade. Falta de tempo hábil. Necessidade de manutenção da sentença. Sensação de impunidade que deve ser coibida. Ausência de provas da alegada impossibilidade de prestar serviços à comunidade ou entidade assistêncial. Necessidade real de ressocialização. Sentença mantida tal como lançada.

- O fato de o acusado ser motorista profissional e utilizar seu veículo automotor para trabalhar não faz com que tal bem móvel onde estava a arma de fogo apreendida se equipare à figura do local de trabalho (ambiente construído - fechado - imóvel), para o fim de se aplicar ao caso o disposto no art. 12 da Lei 10.826/03, na medida em que a intenção era sua defesa pessoal, particular, não do "local de trabalho". Também se afigura descabido o pleito de desclassificação do crime, em especial, porque em tais circunstâncias a arma estará em via pública, com fácil acesso ao seu proprietário ou possuidor para ser utilizada.

- A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não é escolha da parte ou do magistrado, mas sim imposição da lei caso presentes os requisitos legais de substituição.

- "Só se admite a concessão do *sursis* quando incabível a substituição da pena privativa de liberdade por uma das penas restritivas de direitos conforme preceitua o art. 77, III, do CP" (STJ - *RSTJ*, 92:388).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0433.07.217840-6/001 - Comarca de Montes Claros - Apelante: Eronildo Alves Souto - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2009. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS - A Promotora de Justiça que atua junto à 1ª Vara Criminal da Comarca de Montes Claros ofereceu denúncia contra Eronildo Alves Souto, tendo-o por incurso nas sanções do art. 14 da Lei 10.826/2003.

Recebida denúncia, processou-se regularmente o feito. Ao final, por meio da sentença de f. 75/78, o acusado foi condenado por porte ilegal de arma de fogo à pena de 2 anos de reclusão e ao pagamento de 10 dias-multa, no mínimo legal. O regime inicial de cumprimento da pena fixado foi o aberto. Em sequência, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, a saber: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de 1 (um) salário-mínimo.

Inconformado, o réu apelou, conforme termo de f. 81 e razões de f. 85/88, oportunidade em que alega que não foi respeitado o direito do réu no que toca à concessão da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77, I e II, do CP.

Sustenta que, caso tenha que cumprir a pena de prestação de serviços à comunidade, corre o risco de perder seu emprego, já que terá que prestar serviços à razão de 1 hora por dia, durante dois anos.

Alega que o réu é motorista profissional e a arma foi encontrada no interior de seu veículo, ou seja, na extensão de seu local de trabalho, para se proteger; que, sendo assim, é possível haver a desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 12 da Lei 10.826/03; que se aplica ao caso o disposto no art. 383 do CPP.

Entende que a acusação não logrou êxito em comprovar a ocorrência do crime previsto no art. 14 do Estatuto do Desarmamento.

Requer ao final seja dado provimento ao apelo.

Contrarrazões do Ministério Público às f. 89/97, em que pleiteia seja mantida a sentença tal como lançada.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 101/104, em que opina seja negado provimento ao apelo.

Este é o relatório do essencial. Passo a decidir.

Conheço do recurso por ser o mesmo próprio e tempestivo.

Ao contrário do que se alega, a materialidade delitiva é inconteste, conforme depoimento da testemunha de acusação de f. 62, que está de acordo com o BO de f. 09/12; APDF de f. 02/05; auto de apreensão de f. 14.

Ademais, o réu confessou em juízo que, ao ser abordado em via pública por policiais militares, estes encontraram no interior de seu veículo uma arma de fogo municiada, cuja eficiência é comprovada através do laudo pericial de f. 24.

Ora, o fato de o acusado ser motorista profissional e utilizar seu veículo automotor para trabalhar, não faz com que tal bem móvel onde estava a arma de fogo apreendida se equipare à figura do local de trabalho (ambiente construído - fechado - imóvel), para o fim de se aplicar ao caso o disposto no art. 12 da Lei 10.826/03, na medida em que a intenção era sua defesa pessoal, particular, não do "local de trabalho".

Na melhor das hipóteses, o veículo seria instrumento de trabalho, e não local de trabalho.

Também se afigura descabido o pleito de desclassificação do crime, em especial, porque em tais circunstâncias a arma estará em via pública, com fácil acesso ao seu proprietário ou possuidor para ser utilizada.

Nesse sentido:

> Penal - *Habeas corpus* - Porte ilegal de arma de fogo - Pretensão de desclassificação para posse ilegal de arma de fogo e extinção da punibilidade em virtude do crime ter sido cometido durante a *vacatio legis* indireta - Encontro da arma dentro de um caminhão não configura encontro dentro da residência - Caminhão que é mero instrumento de trabalho - Ordem denegada. - Se o delito é de posse de arma de fogo e ocorreu dentro do prazo da *vacatio legis* indireta, a pena deve ser extinta, mas tal causa de extinção não se estende ao porte de arma de fogo encontrada dentro do caminhão que o paciente dirigia. O conceito de residência não se confunde com o de veículo-caminhão, pois este é mero instrumento de trabalho. Ordem denegada. (STJ - *HC* 116.052/MG - Sexta Turma - *DJe* de 09.12.2008.)

Diante de tais peculiaridades, configura-se inócuo o pleito de desclassificação do apelante. Em resumo, o cometimento do crime descrito na denúncia ficou demonstrado à saciedade nos autos.

Registre-se, por oportuno, que a lei específica a respeito do tema em debate - Estatuto do Desarmamento

- assegurou, em seus arts. 30 e 32, aos proprietários ou possuidores de armas de fogo prazo para a regularização das mesmas, estando-se diante, dentro dos prazos estabelecidos para tanto, da hipótese da *abolitio criminis* temporária.

Já o porte, que evidentemente não se confunde com a posse ou a propriedade de arma de fogo, recebeu tratamento diferenciado no mesmo diploma legal:

"Art. 29. As autorizações de porte de armas de fogo já concedidas expirar-se-ão 90 (noventa) dias após a publicação desta Lei."

É regra de hermenêutica: *In claris cessat interpretatio*. E no caso vertente é claríssima a diferenciação conferida pela lei às hipóteses de posse e/ou propriedade de armas de fogo e do porte das mesmas, esta não abarcada pela *abolitio criminis*, suprarreferida.

No que se refere à pena aplicada, esta se afigura correta, não merecendo reparo algum.

Esclarecendo, o fato é que a pena privativa de liberdade já foi fixada no mínimo previsto em lei, a saber: 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, no mínimo legal.

O tipo penal do art. 14 da Lei 10.826/03 já prevê que, além da reclusão, haverá condenação em multa; correta a sentença.

Presentes os requisitos legais, arts. 43 e 44 do CP, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos; novamente correta a sentença.

Ora, tendo havido condenação a uma pena de 2 anos de reclusão, a substituição deve-se dar por duas restritivas de direitos.

De outro norte, o recorrente apenas alega que não tem condições de cumprir a pena restritiva de direitos, o que não restou comprovado, nem ao menos por indícios.

Também não passou despercebido pelo teor das alegações do réu que ele é motorista profissional, que usa seu carro para trabalhar, executar seus serviços; logo, o crime cometido pelo apelante o foi quando do exercício de sua atividade comercial, seu "ganha-pão", o que é algo extremamente grave.

Com efeito, a almejada incidência ao caso do *sursis* não se afigura possível, já que, como dito, presentes os requisitos do art. 44 do CP, aplica-se, pois, o disposto no art. 77, III, do CP.

Sobre o tema:

> Só se admite a concessão do *sursis* quando incabível a substituição da pena privativa de liberdade por uma das penas restritivas de direitos conforme preceitua o art. 77, III, do CP (STJ - *RSTJ*, 92:388).

Como muito bem dito pelo il. Procurador de Justiça, Dr. Rogério Greco à f. 102, tem-se que:

> Quanto ao pedido de suspensão condicional da pena, não vemos como possa ser o mesmo acolhido. É que a redação do art. 77, inciso III, do CP deixa claro que o instituto ali referido só é aplicável caso não possa a pena privativa de liberdade ser substituída por restritivas de direitos.

Em suma, a substituição é imposta pela lei, não cabe à parte tecer digressões sobre o que entenda ser melhor ou pior para sua pessoa, tal função coube ao legislador.

Ressalto ainda que existe uma faculdade concedida ao julgador, no entanto, ela é restrita à escolha entre a aplicação de uma pena restritiva de direitos e uma pena de multa ou duas penas restritivas de direitos, o que deve ser apreciado diante do caso concreto. E, no caso concreto, como já dito, a escolha foi correta, adequada à situação do condenado.

Sobre o tema, trago a lume o disposto no § 2º do art. 44 do CP, *verbis*:

> [...] Na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por um pena restritiva de direitos, se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos [...].

Nesse sentido:

> Recurso especial. Penal. Processo penal. Pena superior a um ano. Artigo 44 do Código Penal com a nova redação dada pela Lei 9.714/98. Substituição. Recurso conhecido e provido para que o Tribunal *a quo* estabeleça a substituição da pena nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei 9.714/98. (REsp nº 285.312/SP - Quinta Turma do STJ - Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca - Data do julgamento: 17.12.2002 - Data da publicação: 17.02.2003, p. 319.)

Por todo exposto, nego provimento à apelação, fica mantida incólume a bem-lançada sentença recorrida.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIWAL JOSÉ DE MORAIS e JUDIMAR BIBER.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Peculato eletrônico - Alteração de dados de débitos fiscais - Autoria - Materialidade - Ausência de prova - Absolvição - Quadrilha - Não configuração

Ementa: Apelação criminal. Peculato eletrônico e formação de quadrilha. Recurso ministerial. Condenação de todos os denunciados. Existência de relevante dúvida sobre o envolvimento do corréu na empreitada delituosa.

Elementos de convicção coligidos nos autos que não se mostram seguros no delineamento da participação do acusado. Absolvição. Possibilidade. Formação de quadrilha. Condenação. Impossibilidade. Ausência de elementar típica. Absolvição mantida.

Recurso conhecido e desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.04.292190-8/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado Minas Gerais - Apelados: Domingos Pereira de Souza, José do Carmo de Paiva, Vicente de Paula Pereira, Pedro Paulo Sousa Monteiro - 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 NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2009. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - Domingos Pereira de Souza, José do Carmo de Paiva, Vicente de Paula Pereira e Pedro Paulo Sousa Monteiro, qualificados nos autos, foram denunciados como incursos nas sanções dos arts. 288 e 313-A, c/c o art. 29, na forma do art. 71, todos do Código Penal.

Sobre os fatos, consta da inicial que o acusado Pedro Paulo de Souza Monteiro, utilizando-se de senha que lhe foi sugerida e com o objetivo de obter vantagem indevida para si, inseriu dados falsos no sistema de controle dos registros de crédito do Município de Belo Horizonte e alterou dados relativos a débitos fiscais, para reduzir valores devidos à Fazenda Municipal, gerando ganhos indevidos ao contribuinte e lesão aos cofres públicos. Apurou-se que Pedro Paulo praticou tais atos até fevereiro de 2004, na condição de estagiário do setor de dívida ativa da Prefeitura de Belo Horizonte, o que lhe garantia a autorização para utilizar os serviços de informática do sistema que controlava os registros de crédito do Município, oriundos especialmente de IPTU.

Narra-se que, para o êxito da empreitada delitiva, o denunciado acima citado contou com a eficiente colaboração de Domingos Pereira de Souza, que, na condição de despachante, orientou a conduta do então estagiário, indicando-lhe os mecanismos de pesquisa da informática, por ser sabedor da localização dos bancos de dados referentes aos créditos do Município. Apurou-se, ainda, que Domingos contava com a ajuda de Vicente de Paula Pereira para granjear pessoas que tivessem interesse na atuação do grupo, objetivando a redução de suas dívidas tributárias para com o Município.

Consta que a participação de José do Carmo de Paiva consistia no fornecimento a Domingos dos índices cadastrais a serem pesquisados. Assim, viabilizava o trabalho de Pedro Paulo e possibilitava a lesão ao erário, a partir da quitação de várias guias de IPTU por valores inferiores àqueles efetivamente devidos (f. 02/05).

À f. 343, foi determinado o desmembramento dos autos em relação a José do Carmo de Paiva.

Após a instrução probatória, o douto Magistrado *a quo* proferiu sentença às f. 348/362 e, com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, absolveu os réus em relação ao crime tipificado no art. 288 do Código Penal, condenando-os pela prática do delito insculpido no art. 313-A, c/c o art. 29, na forma do art. 71, todos do mencionado *codex*, aplicando aos três, igualmente, a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, substituindo, ao final, a pena privativa de liberdade aplicada por prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

Inconformados, apelaram os réus Vicente, Domingos e o representante do Ministério Público. Esta 1ª Câmara Criminal, por maioria, acolheu a preliminar arguida pela acusação para anular o processo a partir da decisão de desmembramento (f. 467/480).

Com a reinclusão do acusado José do Carmo de Paiva no feito, proferiu o d. Magistrado nova sentença, pela qual julgou procedentes, em parte, os pedidos constantes da inicial, para absolver José do Carmo Paiva de todas as imputações; absolver os demais denunciados do crime de formação de quadrilha, previsto no art. 288 do Código Penal; e condenar Pedro Paulo de Souza, Domingos Pereira de Souza e Vicente de Paula Pereira pela prática delitiva capitulada no art. 313-A, c/c arts. 29 e 71, todos do Código Penal, impondo a cada um a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e o pagamento de 20 (vinte) dias-multa, na fração unitária mínima. Ao final, o i. Sentenciante agraciou os condenados com a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de um salário-mínimo (f. 505/519).

Irresignado, apelou o representante do Ministério Público (f. 521), requerendo, em suas razões, o reconhecimento da tipicidade da conduta do réu José do Carmo de Paiva, com a sua condenação nas sanções do art. 313-A, c/c art. 29, na forma do art. 71, todos do Código Penal, e, ainda, a condenação de todos os acusados pelo crime de formação de quadrilha (f. 537/548).

Apresentadas as contrarrazões recursais pelos réus (f. 551/553, 550-v., 581/583 e 612/614), a douta

Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do apelo (f. 602/606).

É, no que interessa, o relatório.

Conheço do apelo, já que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra-se na peça inaugural que Pedro Paulo de Souza Monteiro, utilizando-se de senha que lhe foi sugerida e com o objetivo de obter vantagem indevida para si, inseriu dados falsos no sistema de controle dos registros de crédito do Município de Belo Horizonte e alterou dados relativos a débitos fiscais, para reduzir valores devidos à Fazenda Municipal, gerando ganhos indevidos ao contribuinte e lesão aos cofres públicos. Apurou-se que Pedro Paulo praticou tais atos até o mês de fevereiro de 2004, na condição de estagiário do setor de dívida ativa da Prefeitura de Belo Horizonte, o que lhe garantia a autorização para utilizar os serviços de informática do sistema que controlava os registros de crédito do Município, oriundos especialmente de IPTU.

Depreende-se que, para o êxito da empreitada delitiva, o denunciado acima citado contou com a eficiente colaboração de Domingos Pereira de Souza, que, na condição de despachante, orientou a conduta do então estagiário, indicando-lhe os mecanismos de pesquisa da informática, já que era sabedor da localização dos bancos de dados referentes aos créditos do Município. Domingos contava com a ajuda de Vicente de Paula Pereira para granjear pessoas que tivessem interesse na atuação do grupo, objetivando a redução de suas dívidas tributárias para com o Município. Vicente também era despachante junto ao Município, o que lhe facilitava a obtenção das guias e dos índices cadastrais necessários à consecução dos objetivos espúrios acima indicados.

Segundo consta da denúncia, a participação de José do Carmo de Paiva consistia no fornecimento a Domingos dos índices cadastrais a serem pesquisados, o que viabilizava o trabalho de Pedro Paulo e possibilitava a lesão ao erário, a partir da quitação de várias guias de IPTU por valores inferiores àqueles efetivamente devidos (f. 02/05).

A materialidade do delito está estampada nos documentos de f. 11/13 (guia de recolhimento do IPTU, em nome de João Luciano Silveira Diniz, com valor substancialmente reduzido); no auto de prisão em flagrante, de f. 26/32; no auto de apreensão, de f. 57; e nos documentos de f. 58/59.

Da mesma forma, a autoria do crime de peculato eletrônico, atribuída aos acusados Pedro Paulo de Souza Monteiro, Vicente de Paula Pereira e Domingos Pereira de Souza, é certa e incontroversa.

Contudo, permanecem dúvidas no que concerne à participação do acusado José do Carmo de Paiva.

Em suas declarações em juízo, o apelado declarou que trabalhava como despachante na Prefeitura e nas Procuradorias das Fazendas Estadual e Federal. Disse que foi contratado por Fábio Bothrel Campos para acompanhar um processo de "decadência de índice cadastral" na Prefeitura e que tomou as providências necessárias. Contou, ainda, que já utilizou os serviços de Vicente para efetuar os levantamentos de índices cadastrais para uso junto ao setor de precatórios do Município (f. 177).

Domingos e Vicente, quando interrogados durante o inquérito policial (f. 30/31), afirmaram que era "Paiva" quem fornecia os índices cadastrais para a alteração das guias. Contudo, em juízo, esses dois acusados alteraram suas primeiras declarações, sendo que o corréu Pedro Paulo declarou que nem sequer conhecia José do Carmo (f. 138/143 e 148/150).

Por sua vez, as testemunhas inquiridas em juízo nada disseram sobre o envolvimento do apelado José do Carmo nos fatos narrados na denúncia (f. 226/236).

Noutro norte, a testemunha Fábio Bothrel Campos relatou que procurou o apelado para resolver a questão da redução do imposto de um imóvel tombado, que havia adquirido. Disse que entregou a guia da dívida ativa ao apelado e que este, por sua vez, repassou o documento a Domingos, que o devolveu, no mesmo dia, com o valor reduzido. Como desconfiou do procedimento, contratou um escritório de advocacia e protocolou junto à Prefeitura o pedido de cancelamento do lançamento, em razão do tombamento (f. 71 e 262).

Nessas circunstâncias, concebo que não há prova da participação do acusado no delito em exame, não se comprovando o liame subjetivo entre ele e os corréus.

A caracterização da participação, como modalidade de concurso de pessoas, pressupõe, entre outros requisitos, o liame subjetivo entre os agentes e o nexo causal das ações de cada um ao resultado final comum, almejado pelos concorrentes. Tal não restou plenamente demonstrado na conduta de José do Carmo.

Conforme concluiu com absoluto acerto o ilustre Juiz Sentenciante:

> [...] não ficou devidamente esclarecido o real envolvimento do dito acusado e, em assim sendo, caracterizando-se *fato atípico*, ressalta que: uma coisa é obter índices cadastrais e outra é colaborar, incentivar, dar cobertura e contribuir para a materialização do esquema fraudulento de baixa no IPTU (f. 509).

Desse modo, não se pode dizer que sua conduta se tenha revelado relevante e fundamental para o sucesso da empreitada criminosa. Na verdade, sua ação nem sequer pode ser classificada de acessória, na forma preconizada no art. 29, §1°, do CP. Com ou sem a participação de José, o crime se consumaria, pois, conforme apurado, o próprio Vicente, por ser despachante junto ao Município, conseguia os referidos índices.

Noutro giro, restaria claramente arbitrário presumir que a mera ciência prévia da intenção de Domingos -

fosse ela qual fosse - implicaria conluio e unidade de desígnios, pois o dolo específico do agente deve guiar a medida de sua culpabilidade.

Diante da existência de dúvidas a respeito da participação de José do Carmo nos fatos ocorridos, inviabiliza-se uma condenação, uma vez que, no Juízo Penal, "dúvida e ausência de prova são coisas equivalentes", na lição do acatado Hungria (*Comentários*. 3. ed., v. III, p. 183). Sendo assim, deve prevalecer o conhecido brocardo *in dubio pro reo*.

Para legitimar a absolvição, no dizer de Malatesta, não é necessária a certeza da inocência: basta acreditá-la possível, basta a incerteza da culpa.

Sendo assim, outra solução não resta senão manter a absolvição de José do Carmo de Paiva das imputações que lhe foram feitas.

No que concerne à formação de quadrilha, não é possível atribuir tal conduta aos acusados.

Certo é que, para a configuração do crime de formação de quadrilha, há de ser inequívoca a presença de todos os elementos do tipo, a saber, a associação de mais de três pessoas, para o fim de cometer crimes. O núcleo exige necessariamente a participação de, no mínimo, quatro pessoas. Como reconhecido na r. decisão hostilizada, dos depoimentos e declarações colhidas não se obteve prova de tais circunstâncias, motivo pelo qual não pode vingar integralmente a exordial.

De fato, não há provas seguras e convincentes da participação de José do Carmo Paiva no delito, não se podendo presumir a existência de uma associação estável entre ele e os demais denunciados. Não se pode admitir a condenação de alguém sem que haja prova. Onde não há certeza, qualquer condenação implica iniquidade e injustiça.

> Prova - Absolvição - Inexistência de prova convincente. - Impõe-se a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, VI, do CPP, quando não comprovada, de forma segura, a sua participação nos ilícitos a ele atribuídos (TJMG, AC 211.665-5, Rel. Des. Gudesteu Biber, j. em 2.10.2001).

Dessa forma, não havendo provas suficientes da participação de um quarto elemento na prática delitiva, percebe-se a ausência de um requisito elementar do tipo, o que impede a condenação.

Fica, portanto, mantida na íntegra a r. decisão recorrida.

Por tais fundamentos, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS e EDIWAL JOSÉ DE MORAIS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Tráfico de drogas - Crime permanente - Flagrante - Violação de domicílio - Inocorrência - Valoração da prova - Desclassificação - Crime de uso - Impossibilidade

Ementa: Apelação. Tráfico. Nulidade do flagrante. Violação de domicílio. Crime permanente. Inocorrência. Art. 33, *caput,* da Lei 11.343/06. Desclassificação. Crime de uso. Impossibilidade.

- Sendo o crime de tráfico de drogas crime permanente, enquanto o agente portar ou mantiver em depósito substância entorpecente estará ele em estado de flagrante delito e, nessa condição, o ingresso em sua residência com a apreensão do objeto do crime não ofende o disposto no art. 5º, inciso XI, da CR/88.

- Restando evidenciado no caderno probatório que a droga apreendida não teria como fim o próprio consumo do agente, impossível operar na presente hipótese a desclassificação para o crime de uso - art. 28 da Lei 11.343/06.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.08.309523-8/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Waldir Miguel de Faria - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. VIEIRA DE BRITO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 23 de julho de 2009. - *Vieira de Brito* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VIEIRA DE BRITO - Waldir Miguel de Faria fora denunciado pelo Órgão Ministerial às f. 02/03, como incurso nas sanções do art. 33, *caput,* da Lei 11.343/06.

Quanto aos fatos, narra a exordial que,

> [...] na noite de 10 de outubro de 2008, por volta das 20h00min, na Av. José Sérvulo Soalheiro, nesta cidade, possuía e trazia consigo 3 (três) tabletes de maconha, com destinação comercial.
> O denunciado foi surpreendido pela polícia em flagrante, no momento em que circulava na motocicleta CBX200, placa GYY-2676, bem de que tinha a posse para a distribuição de droga a usuários na região.
> Além da droga referida, o denunciado, nas mesmas circuns-

tâncias, possuía e tinha em depósito, no interior de sua residência, na R. Zínea, 433, Bairro Montreal, cinco tabletes de maconha dentro da geladeira, além de cinco invólucros dentro do armário, prontos para comércio no varejo [...].

Processado o apelante, encerrada a instrução, foi a denúncia julgada procedente, para condená-lo à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, em regime fechado (f. 167/171).

Inconformada com o teor da decisão primeva, apelou a defesa às f. 167/171, arguindo, em preliminar, nulidade da prisão em flagrante do acusado. No mérito, pugnou pela absolvição e/ou desclassificação para o crime do art. 28 da Lei 11.343/06.

Contrarrazões apresentadas, pugnou o *Parquet* pelo conhecimento e desprovimento do recurso manejado (f. 193/198), o que foi secundado pela douta PGJ, às f. 203/206.

É o sucinto relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

I - Preliminar de nulidade da prisão em flagrante.

Ab initio, passo ao exame da preliminar armada pela defesa, em que se alega nulidade da prisão em flagrante do acusado, sob a alegação de que a prova colhida pela polícia é ilícita, uma vez que fora obtida em decorrência de violação de domicílio.

Razão não assiste à defesa.

Em exame dos autos, afere-se que o apelante fora abordado em via pública pela Polícia Militar, momento em que, ao ser-lhe dada busca pessoal, os milicianos lograram êxito em encontrar entre suas vestes 3 (três) tabletes prensados de maconha. Ato contínuo, os militares dirigiram-se à residência do acusado, onde, após terem a entrada franqueada, arrecadaram mais maconha e sementes desta mesma substância.

Vê-se dos autos que os policiais tiveram permissão para entrar na casa do apelante, não se dando, portanto, a entrada, de forma autoritária e com violação de domicílio.

Lado outro, o crime de tráfico de drogas é permanente, isto é, protrai sua consumação no tempo. Por conseguinte, enquanto estava mantendo em depósito substância entorpecente em sua morada, estaria ele em situação de flagrância, sendo prescindível nesta hipótese autorização dos moradores para adentrar no referido logradouro, segundo a excepcionalidade do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, senão, vejamos:

> Art.5º [...]
> XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Sobre o presente tema assim vêm se manifestando nossos tribunais, *in verbis*:

> Criminal. *HC*. Tráfico de entorpecentes. Nulidade. Prova ilícita. Invasão de domicílio. Crime permanente. Flagrante. Exceção constitucional. Ilegalidade não demonstrada. Ordem denegada.
> I. Hipótese em que se sustenta a nulidade do acórdão que manteve a condenação do paciente, ao argumento de que a prova colhida seria ilícita, posto que sua obtenção teria ocorrido com invasão de domicílio e à noite.
> II. A Carta da República, em seu art. 5º, inciso XI, assegura a inviolabilidade do domicílio, mas excepciona as hipóteses de prisão em flagrante, desastre, prestação de socorro ou determinação judicial.
> III. Caracterizado o delito de tráfico de entorpecentes, cuja permanência lhe é própria, podem os agentes públicos adentrar o domicílio do suspeito, independentemente de mandado judicial, para reprimir e fazer cessar a ação delituosa. Precedentes.
> IV. Ordem denegada. (STJ, *HC* 39082/RS, Relator Ministro Gilson Dipp, *DJ* de 07.03.05, p. 311).

Dessarte, como se vê, não se constata *in casu* qualquer irregularidade na prisão em flagrante do denunciado, razão pela qual rejeito a prefacial eriçada.

II - Do mérito.

Não merece guarida o pleito desclassificatório.

Em minuciosa análise do caderno processual, tenho que o pedido de desclassificação não merece guarida, visto que emerge clara à vista do material probatório trazido aos autos a prática pelo apelante da infração penal descrita no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Interrogado às f. 142/143, o acusado confessou em parte os fatos descritos na denúncia, afirmando que as substâncias consigo encontradas e as que mantinha em depósito em sua residência não tinham como fim a mercancia, mas seriam para seu próprio consumo.

A despeito da afirmativa do acusado de que a droga arrecadada era para seu próprio consumo, tenho que credibilidade não merece sua assertiva, haja vista que grande fora a quantidade de maconha arrecadada, não se podendo dizer que toda a substância apreendida seria por ele consumida.

Ademais, afigura-se estranho dizer que uma pessoa que já possuía certa quantidade de droga em sua residência e, como disse, para seu próprio consumo, iria comprar sem necessidade mais 3 (três) tabletes da mesma substância, colocando-se desnecessariamente em situação de risco.

Em resumo, do modo como se deram os fatos e da grande quantidade de droga apreendida, não me resta dúvida de que estamos diante de um notório e típico caso de tráfico de drogas, subsumindo a conduta do acusado ao tipo penal do art. 33 da Lei Antitóxicos, não se podendo, portanto, falar na hipótese em desclassificação para o crime do art. 28 da Lei 11.343/06.

Dessarte, é de se notar que a prova trazida aos autos é forte o suficiente para firmar um juízo de reprovação em desfavor do denunciado, uma vez que os indícios que pesam contra o mesmo ultrapassam o umbral da dúvida razoável, restando incontroversa a

prática por ele da infração descrita no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Assim, tenho que a tese desclassificatória não merece acolhimento e, tampouco, a tese absolutória.

Isso posto, mediante tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade levantada pela combativa defesa e, no mérito, nego provimento ao recurso, para manter intacta a decisão ora vergastada.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Latrocínio - Resultado morte - Preterdolo - Coautor - Participação dolosamente distinta - Inadmissibilidade - Desclassificação do crime - Roubo simples - Impossibilidade - Revisão criminal - Improcedência do pedido

Ementa: Latrocínio. Materialidade e autorias comprovadas. Resultado morte que se atribui a título de preterdolo. Desclassificação para roubo simples. Impossibilidade. Pedido revisional improcedente.

- Ao tipificar o latrocínio, o legislador contentou-se com a causação do resultado morte a título de preterdolo. Assim, a exasperação da pena ocorre se o resultado adveio de conduta dolosa (dolo direto ou eventual) ou culposa dos réus.

- Não há falar em participação dolosamente distinta de agente que se associa a outro para a prática de roubo, da qual resulta a morte da vítima, ainda que o evento fatídico não fosse querido por ele, dado que o resultado morte no crime de latrocínio pode ser imputado a título de preterdolo e não se pode negar a previsibilidade do resultado mais gravoso nesse tipo de situação.

Pedido revisional julgado improcedente.

REVISÃO CRIMINAL Nº 1.0000.07.461689-7/000 - Comarca de Silvianópolis - Peticionário: Clayton Eder de Carvalho - Relator: DES. HÉLCIO VALENTIM

Acórdão

Vistos etc., acorda o 2º Grupo de Câmaras Criminais do 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 INDEFERIR O PEDIDO.

Belo Horizonte, 1º de setembro de 2009. - *Hélcio Valentim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HÉLCIO VALENTIM - Cuida-se de revisão criminal, proposta por Clayton Eder de Carvalho, de próprio punho e reforçada por razões apresentadas por defensor público, nomeado pelo Juiz de Direito da Comarca de Silvianópolis, buscando a desconstituição e reforma de sentença condenatória transitada em julgado, em que restou condenado, como incurso nas iras do art. 157, § 3º, do Código Penal, sustentando que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos, uma vez que o peticionário teria prestado cooperação dolosamente distinta para o crime praticado, movido, exclusivamente, pelo ânimo de praticar roubo simples contra a vítima.

O pedido veio acompanhado de cópia integral do processo original.

O feito foi distribuído ao insigne Desembargador Walter Pinto da Rocha, que admitiu o processamento da revisão, requerendo a juntada dos autos originais.

Em parecer da lavra do Dr. Rogério Greco, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela improcedência do pedido revisional, porquanto a revisão criminal não é instrumento apto a permitir mero reexame de provas.

Relatada a presente revisão, em razão da aposentadoria do em. Des. Walter Pinto da Rocha, foram-me distribuídos os autos, agora na condição de Relator.

Eis, do que importa, o relatório.

Mérito.

Em suma, argumenta o peticionário que a prova demonstra ter ele concorrido para a prática de crime menos grave do que aquele pelo qual foi condenado, já que não teria aderido à conduta latrocida praticada pelo coautor, Pedro José da Silva. Faria, portanto, jus à aplicação da pena pelo crime que tencionou praticar, nos termos do art. 29, § 2º, do Código Penal.

Dessume-se de sua argumentação que apenas o comparsa teria motivos para praticar o crime contra a vida da vítima e, portanto, que deveria o peticionário haver sido condenado, exclusivamente, como autor de crime de roubo simples.

Compulsando os autos, vejo que o processo seguiu tramitação regular e não contrariou qualquer norma processual.

Ademais, na sentença condenatória, encartada às f. 184/203 dos autos originais, o seu Prolator baseou as conclusões a que chegou em vastos elementos de prova, especialmente na delação prestada pela corré Tereza Dulcinéia, nos depoimentos da testemunha Vânia Correia e na própria confissão extrajudicial do acusado Clayton Eder de Carvalho.

E, *in casu*, o peticionário não trouxe aos autos elemento de convicção de que a prova reunida não reflete a verdade dos fatos, de forma que seu objetivo passa a ser o mero reexame de provas, o que não pode ocorrer por esta via, conforme entendimento uníssono deste Tribunal, a saber:

> A revisão criminal não é recurso de reexame, nem abriga espécie de segunda apelação, não se prestando à rediscussão de teses já submetidas à primeira e à segunda instâncias (TJMG, R. Crim. 406.541-5 - Rel. Des. Gudesteu Biber, j. em 13.12.04).

> Revisão criminal. Tráfico. Absolvição. Impossibilidade. Pretenso reexame das provas colhidas. Inadmissibilidade de se fazer da revisional um segundo apelo. Inteligência da Súmula nº 66 do Grupo de Câmaras Criminais deste Tribunal. Pedido indeferido (TJMG, R. Crim. 401.851-5, Rel. Des. Sérgio Resende, j. em 14.02.04).

> Revisão criminal. Reexame de provas. Utilização como segunda apelação. Matéria já examinada em 1ª e 2ª instâncias. Indeferimento (TJMG, R. Crim. 406.508-4, Rel. Des. Kelsen Carneiro, j. em 18.10.04).

Sem razão, ademais, o peticionário, quando afirma não haver aderido, com *animus necandi*, à conduta latrocida do corréu Pedro José, vulgo Cachimbo, porque da violência empregada pelos coautores resultou a morte da vítima, Sr. Antônio de Almeida, conforme se infere do auto de corpo de delito de f. 38/39, dos autos originais apensados.

Não procede, o pleito de aplicação do art. 29, § 2º, do CP, sob o argumento de que o peticionário não participou do crime mais grave, não anuindo à ação que resultou na morte da vítima. Primeiro, porque Clayton cooperou diretamente com Pedro, no interior da residência da vítima, atacando-a e praticando, *manus propria*, o núcleo típico do latrocínio. Segundo, porque, ainda que a ação do peticionário tenha sido direcionada apenas à lesão patrimonial, satisfazendo-se nesta o conteúdo do injusto subjetivo de sua conduta, o certo é que, ao tipificar o latrocínio, o legislador contentou-se com a causação do resultado morte a título de preterdolo, conforme ensina a mais escorreita doutrina:

> A doutrina afirma ser indiferente que o resultado seja voluntário ou involuntário (preterdoloso). Isso significa que a exasperação da pena ocorre se o resultado adveio em face de conduta dolosa (dolo direto ou eventual) ou culposa, deixando-se ao julgador o ajuste das circunstâncias no momento da fixação da pena (PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 397/398).

Para a caracterização do crime de latrocínio, basta a morte culposa, e parece-me que o dispositivo legal do art. 157, § 3º, do CP é lei especial em relação à parte final § 2º do art. 29, afastando a sua aplicação ao caso concreto.

In casu, não se pode negar a previsibilidade (objetiva e subjetiva) da ocorrência do resultado morte, na medida em que a participação do peticionário foi relevante e decisiva para a prática do crime patrimonial. A jurisprudência é firme nesse entendimento. Confira-se:

> Mas, no roubo à mão armada, respondem pelo resultado morte, situado em pleno desdobramento causal da ação criminosa, todos os que, mesmo não tendo participado diretamente da execução do homicídio (excesso quantitativo), planejaram e executaram o tipo básico, assumindo conscientemente o risco do resultado mais grave durante a ação criminosa ou durante a fuga (*JSTJ* 15/233).

> A associação para a prática de crime em que a violência contra a pessoa é parte integrante e fundamental do tipo torna todos os co-partícipes responsáveis pelo resultado mais gravoso, nada importando a circunstância de ter sido a atuação de um, durante a execução, menos intensa que a de outro (*RT* 633/380).

> Responde por latrocínio o agente que sabe estar o comparsa armado e aceita os desdobramentos conseqüenciais do evento, à luz do moderno Direito Penal da culpabilidade (*RT* 651/266).

Diante da farta jurisprudência colacionada, nada mais há a acrescentar, devendo ser mantido o r. acórdão no qual se manteve a condenação do peticionário.

Tudo considerado, julgo improcedente o pedido revisional.

Custas, *ex lege*.

É como voto!

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO VERGARA, ADILSON LAMOUNIER, JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ, DOORGAL ANDRADA, HERBERT CARNEIRO, EDUARDO MACHADO, ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, MARIA CELESTE PORTO e EDUARDO BRUM.

Súmula - INDEFERIRAM O PEDIDO.

...

Revisão criminal - Oitiva de corréu menor como testemunha - Ausência de prejuízo - Nulidade - Não ocorrência - Ausência de nomeação de curador - Nulidade - Não configuração - Intimação de data e horário da audiência no juízo deprecado - Desnecessidade - Cerceamento de defesa - Não caracterização - Decretação da prisão preventiva - Validade

Ementa: Revisão criminal. Art. 621, I, do Código de Processo Penal. Acusado menor. Falta curador. Fase pré-

processual. Corréu ouvido como testemunha. Impossibilidade. Carta precatória. Intimação no juízo deprecado. Desnecessidade. Súmula 273 do STJ. Prisão preventiva. Fundamentação.

- A falta de nomeação de curador para acompanhar o acusado menor, no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, não tem o condão de anulá-lo. O paciente, ao ser preso, foi informado dos seus direitos constitucionais, dentre eles o de ser assistido por advogado, conforme determina o art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal. Na fase pré-processual, apenas há a necessidade de ser assegurado ao réu o direito à assistência de advogado, não havendo a obrigatoriedade de sua efetiva presença, se assim não o requereu.

- É verdade que o fato de não ter sido processado junto ao peticionário não retira daquele que participou do fato a condição de corréu, e, portanto, não deve ser ouvido como testemunha, mas, sim, como informante, ou seja, sem prestar o compromisso de dizer a verdade sob palavra de honra. Porém, só há que se falar em nulidade uma vez comprovado o prejuízo para a parte que a alegou.

- Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária a intimação da data da audiência no juízo deprecado.

- A ausência do réu no distrito da culpa, bem como seu não comparecimento a ato processual, é razão suficiente para a decretação da prisão preventiva.

REVISÃO CRIMINAL Nº 1.0000.09.492827-2/000 - Comarca de Governador Valadares - Peticionário: José Joaquim de Oliveira Júnior - Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda o 1º Grupo de Câmaras Criminais do 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 INDEFERIR O PEDIDO.

Belo Horizonte, 14 de setembro de 2009. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - José Joaquim de Oliveira Júnior, já qualificado, foi incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, e condenado a cumprir pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de pena pecuniária arbitrada em 13 (treze) dias-multa, fixados em 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

O peticionário, através da petição de f. 02/31, interpôs revisão criminal, alegando, sucintamente: 1) ausência de nomeação de curador ao menor corréu; 2) oitiva do menor corréu na condição de testemunha, ferindo o contraditório e a ampla defesa; 3) ausência de intimação válida do defensor para a audiência no juízo deprecado, uma vez que a expedição da precatória anterior não fora cumprida; 4) ausência de defesa técnica; 5) ausência de motivação e fundamentação válida para a decretação da prisão preventiva, *ex vi* do art. 312 do CPP.

Em seguida, foram os autos com vista à douta Procuradoria de Justiça, que opinou pela improcedência do pedido.

O peticionário juntou documentos de f. 394/397.

Passo à decisão.

I) Nulidade por ausência de nomeação de curador para o corréu menor no auto de prisão em flagrante delito - APFD.

Sustenta o peticionário que a ausência de nomeação de curador ao corréu F.F.A. é causa de nulidade absoluta, devendo ser declarada independente da prova do prejuízo. Alega ofensa à regra expressa no art. 194 do CPP.

Razão alguma, a meu ver, assiste ao peticionário.

Como já decidiu o STF:

> Não constitui nulidade a falta de nomeação de curador ao indiciado menor no inquérito policial que investiga crime a que se prevê processo de rito ordinário, quando na instrução foi dada ampla garantia de defesa (*RT* 572/407-8).

Por outro lado, o APFD registra que F.F.A., ao ser preso, foi informado dos seus direitos constitucionais, dentre eles o de ser assistido por advogado, conforme determina o art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal. Na fase pré-processual, apenas há a necessidade de ser assegurado ao réu o direito à assistência de advogado, não havendo a obrigatoriedade de sua efetiva presença, se assim não o requereu.

Nota-se que o acima exposto difere da jurisprudência citada pelo peticionário da lavra desse julgador, em que a ausência de nomeação se deu na fase judicial, e não na pré-processual, como o caso dos autos.

No mais, importante salientar que eventual nulidade do APFD em nada beneficiaria o peticionário, ou, ainda, não afetaria o inquérito policial ou a ação penal, restando afastado o prejuízo necessário à decretação de nulidade no processo penal.

II) Oitiva do menor corréu como testemunha, ferindo o contraditório e a ampla defesa.

Sabe-se que, "no processo penal, todos podem ser testemunhas, cabendo ao juiz examinar a pertinência e a idoneidade de cada testemunho" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed., Editora Lumen Juris, p. 363).

O próprio Código de Processo Penal elenca as pessoas que podem se recusar a depor, as que estão proibidas de depor ou ainda as que estarão dispensadas de prestar compromisso legal (arts. 206, 207 e 208, respectivamente).

Saliento que, por vezes, já enfrentei matéria semelhante a esta posta em debate, sendo meu posicionamento no sentido de que a delação do corréu tem pleno valor probatório, quando, sem intuito de se beneficiar, confessa sua participação nos fatos incriminados, envolvendo também os demais que neles cooperaram como autores.

As ementas que passo a citar bem elucidam a questão e mostram a tendência predominante na jurisprudência de nossos tribunais:

> Prova criminal. Palavras de co-réus. Valor probante. Condenação. - As palavras de co-réus que se mostram desprovidas de qualquer interesse ou paixão podem servir de suporte à condenação, principalmente quando são harmoniosas, coerentes e encontram apoio na veemente prova circunstancial colhida nos autos (*Revista dos Tribunais*, v. 660, p. 330).

> A delação de co-réus, que se auto-acusam, enredando a participação de outras pessoas na prática dos crimes, assume eficácia probatória se ela está confortada por outros elementos de prova (*Revista dos Tribunais*, v. 752, p. 567).

No caso dos autos, porém, há uma diferença, pois o menor F.F.A. foi ouvido, não como corréu, mas, sim, como testemunha, visto não ter sido denunciado junto ao peticionário, uma vez que, à época dos fatos, era inimputável.

Saliento, no entanto, que o fato de não ter sido processado junto ao peticionário não retira dele a condição de corréu, e, portanto, não deveria ter sido ouvido como testemunha, mas, sim, como informante, ou seja, sem prestar o compromisso de dizer a verdade sob palavra de honra.

Nesse sentido, recente decisão do Supremo Tribunal Federal, citada por José Joaquim de Oliveira Júnior, STF, Terceira Questão de Ordem em Ação Penal 470-1, de Minas Gerais.

Vejo da leitura das declarações trazidas à f. 157 que o menor realmente prestou compromisso e, em seu depoimento, tentou isentar-se da culpa, atribuindo-a ao ora peticionário; porém, da simples análise da sentença, tem-se que a condenação baseou-se não no depoimento de F.F.A., mas, sim, em outras provas carreadas aos autos.

Desse modo, reconheço que realmente o corréu não deveria ter prestado informações como testemunha compromissada, mas mero informante; no entanto, deixo de anular o processo, visto que o fato em nada influenciou na decisão do Juiz de primeiro grau. E, conforme dispõe o art. 563 do CPP, não há que se falar em nulidade, se não restar demonstrado o prejuízo para a parte que a alega: "nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Como muito bem tratado por Eugênio Pacelli:

> Toda matéria relativa às nulidades há de ser interpretada à luz de um princípio que resume e reúne a totalidade das tarefas atribuídas aos atos e formas processuais e/ou procedimentais. É o chamado princípio da instrumentalidade das formas, tradução do antigo *pás de nullité sans grief*, segundo o qual para o reconhecimento e declaração de nulidade de ato processual haverá de ser aferida a sua capacidade para a produção de prejuízos aos interesses das partes e/ou ao regular exercício da jurisdição (art. 563, CPP)". (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed., Ed. Del Rey, p. 775).

Assim, somente existirá nulidade, quando existir algum prejuízo para a defesa ou acusação, não sendo esse o caso.

III) Ausência de intimação válida do defensor para a audiência no Juízo deprecado.

Novamente, não procede o inconformismo do peticionário.

De acordo com o art. 222 do Código de Processo Penal, as partes devem ser intimadas da expedição de Carta Precatória para inquirição de testemunhas residentes em outra Comarca.

Verifica-se das informações, que a defesa foi devidamente intimada, sobre a expedição das precatórias, para a oitiva de testemunhas residentes em outras Comarcas (f. 154, 281, 300v). Aliás, à f. 306v encontra-se certidão no sentido de que o então advogado do peticionário foi informado da designação da audiência do dia 09/06/99 em 01/06/99.

Não há dispositivo que imponha a intimação, pelo juízo deprecado, quanto à data e horário da realização da audiência, cabendo à parte interessada acompanhar o cumprimento da carta.

Nesse sentido, é o entendimento da súmula 273 do STJ: "Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado".

No mais, os depoimentos das testemunhas foram acompanhados ora pelo defensor constituído pelo peticionário, ora por defensor nomeado pelo MM. Juiz para o ato, não havendo qualquer nulidade.

IV) Ausência de defesa técnica.

Sustenta ainda o peticionário que ficou desprovido de defesa técnica, visto que:

> com todo o respeito e redobrada vênia ao douto defensor que assistiu o peticionário na ação penal sobredita em que restou condenado, dúvidas não há que o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), restou maculado, já que o aludido defensor não foi feliz no patrocínio da defesa do seu constituinte, na medida em que omitiu, silenciou, dentre outras ocorrências.

Ao contrário do afirmado, não vislumbro a ausência de defesa técnica; pelo contrário, vejo que o defensor pretérito compareceu a todos os atos do processo, apresentou defesa prévia com o rol de testemunhas, enfim, fez o que entendia necessário à defesa de seu cliente.

Afirma o peticionário que a defesa anterior foi tão deficiente que, em suas alegações finais, pediu a condenação por roubo tentado. Porém, conforme se vê da leitura de tais alegações, f. 164/165, o defensor inicialmente sustentou a absolvição do acusado por ausência de prova e, se assim não entendesse o sentenciante, frente ao princípio da eventualidade, que o crime não estaria consumado, uma vez que a *res* foi imediatamente recuperada.

Ora, mais uma vez não vejo configurada qualquer irregularidade capaz de ensejar a nulidade do feito.

Sabe-se que as partes, diante do princípio da eventualidade, no momento das alegações finais, deverão produzir todas as suas alegações, quer quanto ao mérito, quer quanto a eventuais nulidades ocorridas durante o curso do processo, sob pena de preclusão.

> Penal e processo penal. Cerceamento de defesa. Defensor que concorda com a condenação. Nulidade. Inocorrência. Liberdade da defesa técnica para trabalhar com a tese que entender mais adequada. Ausência de comprovação do prejuízo. Análise pelo sentenciante das teses defensivas, inclusive da negativa do réu. Repetição das teses em grau de recurso, comprovando a sua pertinência. Oferecimento da denúncia fora do prazo. Mera Irregularidade. Prazo construído em favor da lógica processual e para preservar o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Preliminares rejeitadas. Estelionato. Condenação. Manutenção. Elementos de convicção convergindo no sentido de responsabilização do apelante. Mentira como meio de ludibriar a vítima. Fraude caracterizada. Utilização de cheques de origem espúria. Receptação. Inocorrência. Compra de cheques como ato preparatório para o estelionato. Crime-meio. Absorção. Princípio da insignificância. Não acolhimento pelo ordenamento jurídico brasileiro. Privilégio. Necessidade. Primariedade técnica e pequeno valor do prejuízo. Benefício legal reconhecido. Pena reduzida. Prescrição. Ocorrência. Receptação. Ausência de provas da ciência da origem espúria dos cheques e da forma de sua aquisição. Absolvição. Necessidade. Recurso provido em parte.
> - A suposta deficiência de defesa consistente na concordância do defensor dativo com a condenação do réu não implica anulação do processo, se não acompanhada da prova do prejuízo que, evidentemente, inexiste quando o Magistrado aprecia todas as teses invocadas, inclusive pelo réu em sua autodefesa, e, ainda, o novo defensor vale-se da mesma tese levantada em alegações finais, comprovando que era lícito ao defensor dativo entendê-la a mais adequada para a defesa do acusado. O oferecimento de denúncia fora do prazo é mera irregularidade, que não tem o condão de ensejar a anulação do processo, uma vez que tal prazo não existe em benefício do réu ou de suas garantias [...] (TJMG - Ap. Criminal nº 2.0000.00.489109-6/000 Rel. Des. Hélcio Valentim - j. em 22/11/2005).

V) Ausência de motivação e fundamentação válida para a decretação da prisão preventiva *ex vi* do art. 312 do CPP.

Quanto à decretação da prisão preventiva, não há dúvida de que deverá ser fundamentada com os motivos ensejadores, conforme dispõe o art. 312 do CPP.

Porém, no caso ora analisado, não há qualquer irregularidade na decretação, uma vez que a decisão está fundamentada no fato de o acusado não ter respondido ao chamado da justiça, estando mesmo foragido.

À f. 283v, encontra-se certidão da oficiala de justiça, certificando que deixou de intimar o réu, pois sua esposa informou que o mesmo não mais residia no endereço fornecido e que se encontrava nos Estados Unidos, em endereço não sabido:

> Certifico e dou fé que, cumprindo o respeitável mandado retro, dirigi-me ao local nele denominado e ali estando, nesta data, deixei de intimar José Joaquim de Oliveira Júnior, Bras., casado, por não mais se encontrar no referido endereço e Comarca, informando-me sua esposa de que ele fora para os Estados Unidos, não sabendo ela informar sobre seu retorno ao Brasil. O referido é verdade.

O MM. Juiz primevo, tomando conhecimento do certificado, determinou a expedição do mandado de prisão, visto que o acusado deixou de comparecer à audiência designada para o dia 15 de abril de 1999: "...e considerando que o réu descumpriu as condições a ele impostas no termo de liberdade provisória de f. 33, dos autos em apenso, decreto sua prisão preventiva" (f. 293).

Tem-se que o réu encontra-se foragido desde então, sendo que, em 2001, após tentativa de intimá-lo da sentença condenatória, foi novamente certificado que o mesmo se encontrava nos Estados Unidos, em local incerto e não sabido: "Certifico e dou fé que deixei de intimar o sentenciado, pois o mesmo atualmente reside nos Estados Unidos da América do Norte com endereço incerto e não sabido" (f. 331v).

Assim, não há ilegalidade na prisão preventiva decretada àquele tempo, de vez que, não respondendo ao chamado da justiça, justificada estava a custódia decretada.

A propósito: "A fuga ou escusa em atender o chamamento judicial, dificultando o andamento do processo, retarda e torna incerta a aplicação da lei penal, justificando a custódia provisória" (Mirabete, *CPP interpretado*, p. 378).

Nesse sentido também o entendimento da jurisprudencial:

> *Habeas corpus*. Prisão Preventiva. Fuga. Despacho suficientemente fundamentado. Decreto de custódia cautelar fundado na fuga do agente. Circunstância que atesta seu ânimo de frustar a instrução criminal e a correta aplicação da lei. Recurso desprovido (STF, R*HC* 67.336-8-SP, Rel. Min. Francisco Rezek, *RTJ*, 129, 777).

Criminal. Prisão preventiva. Réu foragido. A evasão do réu por si só justifica a preventiva decretada a bem da instrução e da aplicação da lei penal. Precedentes da Turma (STJ, R*HC* 688-PB, Rel. Min. José Dantas, *DJU* de 03/09/90, p. 8.849).

A decisão que decretou a prisão preventiva do peticionário foi devidamente fundamentada, uma vez que se baseia no fato de o acusado ter fugido do distrito da culpa, estando em lugar incerto e não sabido, objetivando, assim, a aplicação da lei penal.

Por tais fundamentos, indefiro a pretensão revisional.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES, DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS, ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS, EDIWAL JOSÉ DE MORAIS, HÉLCIO VALENTIM, RENATO MARTINS JACOB, JUDIMAR BIBER, ALBERTO DEODATO NETO, HERCULANO RODRIGUES, JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES, MÁRCIA MILANEZ, JANE SILVA e ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

Súmula - INDEFERIRAM O PEDIDO.

...

Habeas corpus - Meio ambiente - Crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural - Procedimento investigatório - Ministério Público - Legitimidade - Denúncia - Recebimento - Trancamento da ação penal - Erro de tipo - Falta de justa causa - Concessão da ordem

Ementa: *Habeas corpus*. Crime ambiental. Deterioração e destruição parcial de imóvel protegido por lei. Falta de justa causa para ação penal. Paciente induzida a erro sobre elementos constitutivos do tipo. Exclusão do dolo. Trancamento ordenado.

- Se a paciente incidiu em erro sobre elemento constitutivo do tipo legal, erro este a que foi induzida pelo próprio Estado (Administração e Jurisdição), não se pode cogitar da existência de dolo em sua conduta, o que leva ao reconhecimento da inexistência de justa causa para ação penal.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.09.495754-5/000 - Comarca de Paracatu - Paciente: Dalva Martins Siqueira - Autoridade coatora: Juiz de Direito da Vara Criminal da Infância e da Juventude da Comarca de Paracatu - 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, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ORDEM. COMUNICAR.

Belo Horizonte, 3 de setembro de 2009. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela paciente, o advogado Henrique Viana Pereira.

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Estive atenta à sustentação oral e, desde que recebi o memorial subscrito pelo ilustre advogado, entregue ontem no meu gabinete, pude refletir sobre a decisão trazida na impetração.

Em razão dos fundamentos trazidos, principalmente os três argumentos por ele destacados em memorial e na tribuna, peço vista dos autos para melhor exame.

Súmula - PEDIU VISTA A RELATORA, APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela paciente, o advogado Henrique Viana Pereira.

DES.ª PRESIDENTE (BEATRIZ PINHEIRO CAIRES) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 27.08.2009, a meu pedido, após sustentação oral.

Pedi vista na última sessão, impressionada que fiquei com os fundamentos trazidos da tribuna pelo douto advogado.

Registro que recebi substancioso memorial e analisei seus fundamentos.

Meu voto é o seguinte:

Os doutos advogados Henrique Viana Pereira e Rebeca Marin Pazzini impetram a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Dalva Martins Siqueira, visando ao trancamento da ação penal contra ela direcionada, pela suposta prática da infração penal descrita no art. 62, inciso I, da Lei 9.605/98, por falta de justa causa.

Alegam os impetrantes ter havido atropelo dos trâmites legais, ao não se instaurar inquérito policial objetivando a apuração da eventual ocorrência de crime, tendo o Ministério Público oferecido a denúncia lastreada em inquérito civil, no curso do qual colheram-se provas que extrapolavam as suas prerrogativas. Salientam que o processo originário é nulo, por ofensa ao Princípio do Promotor Natural, uma vez que a denúncia foi oferecida por Representante do Ministério Público

que não o titular da Vara Criminal. Afirmam ser inepta a denúncia, por não especificar as datas das condutas praticadas pela paciente nem individualizar os atos por ela praticados, que teriam contribuído para o resultado supostamente criminoso. Argumentam, ainda, a inexistência de justa causa para a ação penal, diante da atipicidade da conduta, em razão de o imóvel que a paciente está sendo acusada de destruir parcialmente não se encontrar no rol dos bens especialmente protegidos por lei. Enfatizam, também, ter sido firmado termo de ajustamento de conduta entre o Ministério Público e a paciente, o que inviabilizaria a propositura da ação penal. Requerem, por fim, a anulação dos atos processuais subsequentes à proposta de suspensão do processo, por conter termo não constante da legislação vigente.

A liminar foi indeferida pelo eminente Desembargador Pedro Vergara, em plantão de final de semana.

Após as informações da autoridade apontada como coatora, foi requerido novo pedido de liminar, por mim deferido, para o fim de suspender a realização da audiência de instrução e julgamento até decisão final da presente impetração.

Ouvida, a douta Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem.

É o relatório resumido.

Na sessão passada, pedi vista dos autos, para um melhor exame da questão controvertida, considerando os fundamentos deduzidos da tribuna e o fato de que, como Relatora, concedi a liminar da impetração apenas para suspender o andamento da ação penal respondida pela paciente.

Fazendo o reexame dos fundamentos trazidos pelo impetrante, cheguei às conclusões a seguir expostas.

Diversamente do que foi sustentado na impetração, entendo que o Ministério Público pode desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova para subsidiar futura ação penal. Como se sabe, a Constituição Federal assegurou àquele órgão a titularidade exclusiva da ação penal pública (art. 129, I). Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de autoria. Entender como exclusiva da Polícia Judiciária essa atividade, para mim, importa evidente contrassenso, sendo incompreensível que, para propor a ação penal, deva sempre o titular da *opinio delicti* ficar subordinado e dependente de prévia investigação a ser efetivada pela autoridade policial.

Por outro lado, não há que se falar aqui em ofensa ao Princípio do Promotor Natural, porquanto a denúncia foi ofertada por Promotor titular da Curadoria do Meio Ambiente e do Patrimônio Histórico e Cultural, com atribuição para atuar em processos dela decorrentes, sejam de natureza cível, sejam de natureza criminal, nos termos da Portaria 62/2004 da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Jurídica, de 9 de setembro de 2004.

Além disso, por força da Portaria 2.724/2006, emitida pela Chefia de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça, os Promotores da Comarca de Paracatu possuem atribuições recíprocas e concorrentes para todos os feitos ali em trâmite.

Quanto à apontada inépcia da denúncia, não ocorre na espécie; a inicial acusatória delimita os fatos no tempo (ocorreram entre 2004 e 2007), além de descrever conduta que, em tese, configura crime, narrando que a paciente deu causa à deterioração e destruição parcial de imóvel objeto de proteção legal, não havendo necessidade de especificar como isso ocorreu, o que, inclusive, pode ser feito no curso da ação penal.

No mais, a alegação de inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência, a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo para a defesa do acusado. (Nesse sentido: STJ - R*HC* 10.275-SP, *DJU* de 30.10.2000, p. 168.)

No que tange à celebração de termo de ajustamento de conduta entre a paciente e o Ministério Público, não é de molde a elidir a responsabilidade penal da primeira, por não se tratar de causa extintiva da punibilidade, nem de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade de quem o subscreve.

A pretensão voltada para a anulação do feito originário, após oferecimento à paciente de proposta de suspensão do processo, em razão de constar dela condição não prevista na legislação vigente, também não tem como ser atendida.

Isso porque o § 2º do art. 89 da Lei 9.099/95 permite a estipulação de condições diversas daquelas especificadas no parágrafo anterior, devendo-se somente observar a adequação das referidas condições ao fato e à situação pessoal do acusado.

Assim, a imposição, como condição para a suspensão do feito, de pagamento da importância de R$ 3.000,00 (três mil reais) à APAC local e a uma fundação cultural local não acarreta a nulidade da proposta.

Entendo, no entanto, inexistir justa causa para a ação penal instaurada contra a paciente.

De acordo com a denúncia ofertada, teria ela causado a deterioração e destruição parcial de um casarão situado na Rua Goiás, nº 422 e nº 427, em Paracatu, sendo tal imóvel protegido (tombado) pela Lei Municipal 1.517/87 e pelo Decreto Municipal 2.465/98.

Por isso, foi a paciente denunciada como incursa no art. 62 da Lei 9.605/98, *in verbis*:

> Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:
> I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

O referido tipo penal tem como elemento subjetivo o dolo genérico, ou seja, a vontade livre de causar dano ao bem protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial.

Compulsando a documentação que instrui a inicial, não vislumbro a ocorrência de dolo na conduta da

paciente. A meu sentir, não tinha ela conhecimento de que o bem em questão era protegido por lei ou ato administrativo.

Ocorre que consta da ação originária que, no ano de 2001, a paciente oficiou à Prefeitura Municipal de Paracatu, para que procedesse à restauração do imóvel objeto da controvérsia (f. 102), sendo o pedido indeferido ao argumento de não ser o imóvel tombado pelo patrimônio histórico municipal (f. 089/001 e 009/2002).

No ano de 2003, em virtude de fortes chuvas ocorridas na região, houve o desabamento de parte da fachada direita do imóvel. Em virtude do referido desabamento, ele foi desocupado. Em 2004, foi realizada uma vistoria no imóvel pelos engenheiros da Prefeitura Municipal de Paracatu, ocasião em que foi

> constatado que o imóvel situado na Rua Goiás, 427 - Centro, nesta cidade, apresenta sérios riscos, podendo vir a ruir a qualquer momento, colocando em risco os transeuntes que por ali trafegam, os veículos e demais bens aos arredores (f. 185).

A paciente, então, requereu junto à Prefeitura Municipal uma autorização para demolir o imóvel. Ao que parece, enquanto aguardava os trâmites burocráticos, impetrou mandado de segurança, pleiteando a demolição do imóvel, sendo a segurança concedida, em decisão proferida em 24.08.2004 (f. 219/227). Consta da referida decisão:

> Compulsando os presentes autos, constata-se que o imóvel do impetrante não fora tombado e não se encontra protegido quanto à demolição conforme querem fazer crer o impetrado e o Ministério Público, uma vez que não houve o necessário processo administrativo para tal, não podendo o tombamento ser presumido ou mesmo instituído por lei.
> [...]
> Desta forma, desde já, vale ressaltar que não há como acolher a súplica do impetrado, no tocante à alegação de que o imóvel estaria englobado na proteção (tombamento) prevista no art. 17 da Lei Municipal 1.517/87, que por seu turno veda a demolição no art. 18 (f. 222).

Antes de concedida a ordem mandamental, a Prefeitura Municipal de Paracatu autorizou expressamente à paciente realizar a demolição do imóvel (f. 184, 186, 187).

Além do mais, a própria Representante do Ministério Público determinou a suspensão de embargo à demolição, autorizando, assim, expressamente, o seu prosseguimento. Vejamos:

> Na data de 24 de maio, foi requisitado ao prefeito cópia do procedimento administrativo do tombamento do referido imóvel, o que não foi cumprido até a presente data. Assim, havendo dúvida sobre a existência de tombamento e ainda pelo iminente risco para vidas humanas, não será possível a manutenção do embargo. Contudo, a declarante foi informada de que o imóvel em questão possui valor como bem histórico desta cidade e, se o mesmo ainda não foi tombado regularmente, poderá sê-lo, ficando a mesma obrigada a reconstruí-lo com as mesmas características do anterior (f. 188).

Sendo esse o contexto, entendo que, ainda que o aludido imóvel estivesse protegido por lei ou ato administrativo, questão extremamente controversa nos autos, não se pode falar na prática do delito apontada na denúncia.

Conforme relatado, a paciente requereu que a Prefeitura promovesse a restauração do imóvel, sendo o pedido indeferido, ao argumento de que o imóvel não era tombado. Em seguida, em razão da deterioração do casarão, foi requerida a sua demolição, sendo esta autorizada pelo Poder Judiciário, pelo Poder Executivo Municipal e pelo próprio Ministério Público.

Em tais circunstâncias, ainda que legalmente protegido o imóvel, resulta óbvio que a paciente incidiu em erro sobre elemento constitutivo do tipo legal, erro este a que foi induzida pelo próprio Estado (Administração e Jurisdição).

No dizer do sempre acatado Guilherme de Souza Nucci, "o engano a respeito de um dos elementos que compõem o modelo legal de conduta proibida sempre exclui o dolo" (*Código Penal comentado*, 4. ed., p. 20).

Foi o que ocorreu na espécie. Diante de decisão do Poder Judiciário, de autorização do Poder Executivo e do próprio Ministério Público para promover a pretendida demolição, a paciente nem sequer poderia cogitar de eventual proteção legal que recaísse sobre o bem objeto da controvérsia.

É certo que a infração penal pela qual a paciente está sendo processada admite a forma culposa e, na hipótese de erro sobre elementos do tipo, é possível a punição por crime culposo.

Não obstante, a denúncia nem ao menos cogita de ação por negligência, imperícia ou imprudência, ou por falta do dever objetivo de cuidado.

Além do mais, conforme assinalam os irmãos Vladimir e Gilberto Passos de Freitas,

> [...] é difícil imaginar uma hipótese concreta deste crime na forma culposa, razão pela qual, neste particular, o dispositivo certamente não terá efetividade (*Crimes contra a natureza*, 7. ed., p. 201).

Por outro lado, o exame da prova pré-constituída trazida pelo impetrante é perfeitamente possível de ser feito no âmbito restrito da impetração.

É o *habeas corpus* remédio para evitar o mal inequívoco que caracteriza a admissão inoportuna de ação penal contra quem não fez por merecer o constrangimento decorrente do fato de se ver imerecida e precipitadamente processado.

Assim,

> em sede de *habeas corpus*, é possível análise da prova pré-constituída, com o escopo de deliberar se há, ou não, justa

> causa para o prosseguimento da ação penal. O que não se admite é o reexame do contraditório ou a dilação probatória nessa via sumária. Como instrumento tutelar da liberdade, não pode o magistrado criar obstáculos que venham a tornar o *writ* ineficaz como garantia constitucional (*RT* 764/618).

Não desconheço que, regra geral, o *habeas corpus* não se revela instrumento idôneo para se reconhecer a inexistência de dolo na conduta do agente, decorrente de erro sobre os elementos constitutivos do tipo.

Mas, no presente caso, tal inexistência se mostra tão evidente diante dos documentos trazidos com a impetração que o enfrentamento da questão me parece perfeitamente possível.

Em caso análogo, já se decidiu:

> Embora, de regra, em sede de *habeas corpus*, seja afastada a apreciação do dolo para efeitos de trancamento de inquérito ou de ação penal, por depender de maior indagação e análise probatória, em casos especiais, em que nada mais é possível para a demonstração dos fatos que a reiteração do que consta da prova material representada por documentos já juntados na impetração, é perfeitamente possível o enfrentamento (*RJDTACrim* 22/446-7).

Ressalte-se, por fim, que o termo de ajustamento de conduta, apontado como descumprido pelo Ministério Público na denúncia (f. 40/42), foi considerado nulo por este Tribunal de Justiça, como se vê do acórdão visto em cópia às f. 234/241, justamente por não haver comprovação do tombamento do imóvel objeto do litígio.

Com esses fundamentos, não vislumbrando a existência de justa causa, concedo a ordem, para trancar a ação penal respondida pela paciente perante o Juízo da Vara Criminal da Infância e da Juventude da Comarca de Paracatu.

Comunique-se.

DES. HÉLCIO VALENTIM - Sr.ª Presidente, ouvi, com atenção, a brilhante sustentação oral e com ela me impressionei tanto quanto V. Ex.ª.

Acompanho integralmente seu judicioso voto, inclusive sugerindo a publicação, em razão da matéria e da forma como foi enfrentada por V. Ex.ª.

DES. RENATO MARTINS JACOB - Sr.ª Presidente. Também concedo a ordem de *habeas corpus*, na esteira do voto proferido por V. Ex.ª, e subscrevo a sugestão formulada pelo Des. 1º Vogal, no sentido de determinar a publicação do voto.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM. COMUNICAR.

...

Furto qualificado - Escalada - Autoria - Materialidade - Prova - Tentativa - Não configuração - Crime consumado - Furto privilegiado - Incompatibilidade - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Confissão espontânea - Redução - Regime de cumprimento da pena - Regime aberto - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos

Ementa: Apelação criminal. Furto qualificado. Escalada. Qualificadora devidamente comprovada pela perícia técnica e depoimentos testemunhais. Manutenção. Inversão da *res furtiva*. Consumação. Incidência do privilégio do § 2º do art. 155 do CP. Impossibilidade. Pena. Redução. Necessidade.

- A dinâmica dos fatos torna evidente e fora de dúvida o emprego da via anormal com esforço físico incomum para a prática do delito de furto, o que autoriza a incidência da qualificadora prevista no art.155, § 4º, inciso II, do Código Penal.

- O crime de furto se consuma a partir do momento em que a posse da *res furtiva* é invertida, deixando ela a esfera de disponibilidade da vítima, não bastando para descaracterizar a consumação o fato de o agente ter sido preso logo em seguida à prática criminosa.

- Na esteira da iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, mostra-se inconciliável a figura privilegiadora, prevista no § 2º do art. 155 do Código Penal, com a hipótese de furto qualificado.

- Se as penas foram fixadas de forma exacerbada, impõe-se a sua reestruturação, a fim de reduzi-las ao patamar adequado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.08.497740-7/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Samuel Hugo Ferreira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2009. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de apelação criminal interposta por Samuel Hugo Ferreira em face da sentença de f.86/89, por meio da qual o MM. Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora julgou procedente a denúncia, condenando o recorrente - como incurso nas sanções do art.155, § 4º, inciso II, do Código Penal - às penas de 3 (três) anos de reclusão no regime semiaberto e pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Em suas razões recursais às f. 101/102, a defesa do apelante pleiteia o decote da qualificadora da escalada, uma vez que restou comprovada nos autos a ausência de qualquer esforço anormal para acessar o imóvel.

Pugna pelo reconhecimento da forma tentada do delito e do privilégio, bem como pela redução da pena-base, com a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

Às f. 104/112, contrarrazões recursais, pugnando o Ministério Público pelo desprovimento do recurso.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo d. Procurador Antônio Dias Maia, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 119/123).

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, uma vez que estão presentes os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra a exordial acusatória que, em 2.11.2008, o denunciado, ora apelante, empregando escalada, subtraiu para si coisa alheia móvel. Segundo consta, após subir em uma árvore, ingressou no segundo andar da casa da vítima, ainda em construção, de lá subtraindo um pacote contendo 50 (cinquenta) luvas, uma caixa plástica sanfonada, seis registros de PVC, quatro registros de metal, entre outros objetos, avaliados em R$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais).

A materialidade e autoria encontram-se devidamente comprovadas por meio de: auto de prisão em flagrante delito às f. 06/08; boletim de ocorrência às f. 10/11; auto de apreensão à f. 15; termo de restituição à f. 17; laudos periciais de f. 23 e 48, bem como de confissão do próprio acusado (f. 67) e depoimentos testemunhais.

Quanto à qualificadora da escalada, tenho que a mesma restou devidamente configurada.

Conforme consta do laudo de f. 48, em especial da foto de f. 49, embora não constassem vestígios no local, seria possível configurar a escalada para acesso ao imóvel "para uma pessoa de compleição e habilidades dentro da média".

Veja-se que o próprio apelante confirmou que "escalou a árvore com suas próprias mãos", sendo certo que, para a configuração da qualificadora, não se exige a utilização de habilidade extraordinária ou sobre-humana, mas sim um esforço incomum por vias anormais.

Ademais, independentemente do trabalho pericial, os depoimentos testemunhais colacionados aos autos confirmam a empreitada do acusado. Vejamos:

> [...] que o acusado para entrar na obra do declarante escalava uma árvore que fica em frente da obra e depois caminhava por um para lixo; que a escalada para adentrar a obra era de aproximadamente 03 metros de altura [...] (José Sebastião Pedrosa, f. 64.)

> [...] que o acusado precisou escalar uma árvore de 03 metros de altura para adentrar a obra [...] (Júlio César Vieira, f. 66.)

Sabe-se que o fim pretendido pela referida qualificadora é apenar, de modo mais severo, aquele que adentra o local do furto por via anormal ou imprópria, por meio do emprego de agilidade ou esforço físico acima do comum, revelando a intenção firme e determinada de delinquir, a despeito dos obstáculos materiais existentes.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

> Furto. Qualificadora. Escalada. Não ocorrência. Laudo. Destruição de obstáculo. Comprovação. Atenuantes. Apreciação. Receptação. Elementos congruentes. Depoimento policial. Condenação. Possibilidade. Para a constatação da qualificadora da escalada, em caso de furto, mister que o agente tenha envidado esforço incomum para obter a *res furtiva*. Hipótese em que se constata somente a destruição do obstáculo, conforme laudo pericial confeccionado. Comprovada a destruição de óbice à realização do delito de furto, enseja o caso o reconhecimento do crime qualificado. [...] (TJMG, Apelação Criminal nº 2.0000.00.402761-4/000, Rel. Des. Ediwal José de Morais, 10.12.2003).

> Apelação criminal. Furto qualificado. Escalada. Art. 155, § 4º, II, CP. Desqualificação. Impossibilidade. Nenhuma condenação com trânsito em julgado ao tempo do delito. Reincidência inexistente. Recurso parcialmente provido. - O furto qualificado por escalada pressupõe do agente um esforço incomum, seja através do dispêndio de uma energia notável, seja pelo uso de instrumentos específicos, seja, ainda, pelo auxílio de objetos ocasionais, a fim de transpor considerável obstáculo por meio de subida, como, no caso, um muro de 2,50m de altura. - Descabida a desqualificação para furto simples, diante da ousadia do agente, que não se intimidou diante do obstáculo, implicando uma maior reprovabilidade de sua conduta. [...] (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0016.04.038648-0/001, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, 27.08.2008).

Veja-se que, pela própria dinâmica dos fatos, inclusive narrada pelo apelante, fica evidente e fora de dúvida o emprego da via anormal, mediante a escalada da árvore, motivo pelo qual deve ser mantida a qualificadora.

Sobre o pleito de reconhecimento da tentativa, tenho que também não merece prosperar. Isso porque

resta consumado o crime de furto no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo, não bastando para descaracterizar a consumação o fato de o agente ter sido preso logo em seguida à prática criminosa, por êxito da perseguição policial.

No caso em tela, o recorrente se apossou dos bens subtraídos, que somente foram restituídos à vítima após a pronta ação da polícia em prender o acusado. Dessa forma, não há que se falar em mera tentativa, uma vez que houve inversão da posse da *res furtiva*.

De igual modo, tenho o entendimento de que o furto qualificado, como é o caso concreto, não admite a incidência do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal. É que o dispositivo legal em comento condiciona a substituição da pena de reclusão pela de detenção, a sua redução entre 1 (um) e 2/3 (dois terços), ou a aplicação somente da pena de multa nos casos em que o criminoso é primário e a coisa furtada é de pequeno valor.

Assim, o privilégio em questão tem como objetivo proporcionar resposta penal mais amena ao réu, diante de uma circunstância subjetiva favorável, qual seja a sua primariedade, e de outra objetiva, consistente no menor desvalor do resultado.

Desse modo, para o reconhecimento do aludido privilégio, não pode incidir sobre a espécie qualquer das hipóteses qualificadoras do crime de furto, pois nestas prevalece o desvalor da ação, restando caracterizada a incompatibilidade entre as duas figuras.

A propósito, veja-se o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores pátrios:

> É firme a jurisprudência do STF no sentido de que não é cabível dar-se o privilégio do § 2º do art. 155 do CP em sendo o crime qualificado (*RT* 627/375-6).
>
> É tranqüila a jurisprudência do STF no sentido de ser incompatível a figura do furto qualificado com a do furto privilegiado. Precedentes do STF (*RT* 608/446).
>
> Ementa: Penal. Agravo regimental no recurso especial. Furto qualificado. Privilégio previsto no art.155, § 2º, do CP. Impossibilidade. Precedentes. Agravo improvido. 1. É pacífica a orientação deste Tribunal no sentido de que, para a incidência do privilégio inscrito no § 2º do art. 155 do Código Penal, é imperativo não incidir, na espécie, qualquer das hipóteses qualificadoras do crime de furto, em que prevalece o desvalor da ação. 2. *In casu,* incabível o reconhecimento do referido privilégio, tendo em vista tratar-se de furto qualificado. 3. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no REsp nº 932.844/RS - Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima - julgado em 17.12.2007).

Acrescenta-se, ainda, que, muito embora o réu seja primário, o prejuízo patrimonial sofrido pela vítima, a teor do auto de avaliação indireta de f. 23, foi de aproximadamente R$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais), o que, também por este ângulo, afasta a incidência do benefício em questão.

Por fim, quanto ao pedido de redução de pena, tenho que razão lhe assiste, na medida em que a reprimenda foi fixada de maneira exacerbada. Veja-se que, na primeira fase da fixação da pena, o d. Magistrado sentenciante considerou como desfavoráveis a culpabilidade, os antecedentes e a conduta social do acusado.

Quanto à culpabilidade, considero que esta é a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem; no presente caso, vislumbro-a como normal ao tipo do delito de furto.

No mesmo sentido, considero quanto à conduta social que, nos dizeres do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, "é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc." (*Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 373).

Com efeito, na ausência de uma análise percuciente dos elementos que formam a conduta social do apelante, porque ausentes elementos de prova que possibilitem tal exame, impõe-se reconhecer como favorável a ele esta circunstância judicial, não se podendo considerar a circunstância desfavorável em razão, tão somente, da fundamentação contida na decisão.

E, mais, entendo que os motivos e as circunstâncias não podem ser tidos como desfavoráveis, já que inerentes ao delito perpetrado, bem como as consequências do delito que não foram graves, visto que a *res furtiva* foi devolvida à vítima.

Por fim, quanto aos antecedentes criminais, atento à certidão juntada aos autos às f. 72/73, verifico que o apelante é primário e possuidor de bons antecedentes, considerando que não existe nenhuma condenação com trânsito em julgado em seu desfavor.

Sopesadas as circunstâncias judiciais, fixo as penas-base do apelante em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, reconheço a atenuante da confissão espontânea e afasto a agravante da reincidência reconhecida da sentença, mantendo a pena no patamar fixado, visto já estar no mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, torno a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

A pena privativa deverá ser cumprida no regime aberto, considerando o seu montante e o fato de as circunstâncias judiciais serem amplamente favoráveis ao acusado. Mantenho o valor do dia-multa fixado no mínimo legal, tal como ficou determinado na sentença recorrida.

Por fim, tenho que o réu preenche os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, razão pela qual a reprimenda corporal deve ser

substituída por duas penas restritivas de direito, quais sejam: I - prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, que deverá ser prestada conforme estabelecido no § 3º do art. 46 do CP, designando o juiz da execução a entidade na qual se dará a prestação, nos termos do art. 149, I, da LEP; e II - prestação pecuniária à vítima, no valor de 1 (um) salário-mínimo vigente ao tempo do crime, que poderá ser parcelada em até 10 (dez) vezes.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação para reduzir as penas impostas, abrandar o regime prisional e substituir a reprimenda corporal por duas penas restritivas de direito.

Se unânime a decisão, expeça-se alvará de soltura em favor do apelante, se por al não estiver preso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA CELESTE PORTO e PEDRO VERGARA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Habeas corpus preventivo - Mandado de recaptura - Paciente - Pessoa distinta do condenado - Exame datiloscópico - Expedição de salvo-conduto - Concessão da ordem

Ementa: *Habeas corpus* preventivo. Mandado de recaptura expedido em nome do paciente. Pessoa distinta do condenado. Possibilidade. Pedido de realização de exame datiloscópico. Necessidade. Presença de constrangimento ilegal. Ordem concedida.

- Tendo sido trazidos aos autos documentos que sugerem ser o paciente pessoa diversa daquela em face de quem foi expedido mandado de recaptura, mister a concessão da ordem, para que ele possa comparecer na delegacia e realizar o exame necessário à elucidação dos fatos.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.09.502644-9/000 - Comarca de Ribeirão das Neves - Paciente: Bruno Leocádio Soares da Silva - Autoridade coatora: Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão das Neves - Relator: DES. EDUARDO MACHADO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ORDEM, RATIFICANDO A LIMINAR.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2009. - *Eduardo Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de *habeas corpus* preventivo, com pedido liminar, impetrado em favor de Bruno Leocádio Soares da Silva, objetivando a concessão de salvo-conduto, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão das Neves.

Alega a impetrante, em síntese, que foi expedido mandado de recaptura em nome do paciente, sendo que, na verdade, o sentenciado é outra pessoa que porta seus documentos pessoais, tendo este, inclusive, praticado diversos ilícitos penais em nome do paciente e se encontra, atualmente, foragido da Penitenciária Dutra Ladeira.

Aduz, ainda, que o paciente é primário, possui bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, além de outras condições pessoais favoráveis que o diferenciam do sentenciado em questão.

Requer, assim, que seja expedido o competente salvo-conduto, a fim de que o paciente possa comparecer à delegacia de polícia para a realização de exame datiloscópico, visando a sua diferenciação do sentenciado, sem que para tanto seja detido, em razão do mandado de recaptura que se encontra expedido em seu nome.

O pedido liminar foi deferido às f. 70/71-TJ, e requisitadas as informações à autoridade apontada coatora, foram elas prestadas à f. 79-TJ, sendo acompanhadas dos documentos de f. 80/109-TJ, e, posteriormente, pelas informações complementares de f. 115/116 e documentos de f. 117/123.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 111/112-TJ, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório inicial.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do *writ* impetrado.

Conforme visto, objetiva a impetrante a concessão de salvo-conduto, para que o paciente possa comparecer à delegacia de polícia sem ser detido e realizar o exame datiloscópico, comprovando, assim, que ele e o sentenciado são pessoas distintas.

Analisando detidamente os autos, verifico que razão assiste à impetrante, uma vez que comprovada a iminente coação ilegal na liberdade de ir e vir do paciente, visto que fora expedido mandado de recaptura em seu nome, havendo, nestes autos, documentos que sugerem que o paciente e o condenado não são a mesma pessoa.

Os documentos anexados dão conta de que o acusado Bruno Leocádio Soares da Silva foi condenado à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 14 (quatorze)

dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 65, inciso III, *d*, do Código Penal.

Consta nos autos, ainda, que o condenado se encontrava cumprindo pena em regime aberto e que o mesmo não retornou ao estabelecimento prisional em 30 de janeiro de 2009, razão pela qual, diante da sua condição de foragido, foi expedido o respectivo mandado de recaptura.

Contudo, analisando o documento juntado às f. 81/85, constata-se que o condenado foi preso em flagrante delito em 17 de agosto de 2006, sendo que neste período o paciente, conforme se infere do documento de f. 27, se encontrava contratado, na condição de estagiário, no Banco ABN Amro Real S.A., sendo sua admissão datada de 17 de maio de 2002 e o seu desligamento na data de 06 de maio de 2008. Em 1º de agosto de 2008, o paciente foi contratado no cargo de escriturário na mesma instituição.

Ademais, nota-se que o paciente se encontra matriculado e, inclusive, frequente no curso de Administração desde o segundo semestre de 2005 (f. 35), além de estar com situação regular junto à Justiça Eleitoral e Cadastro de Pessoas Físicas (f. 33 e 13).

Se não bastasse isso, verifica-se que foram juntados comprovantes de residência que demonstram que o paciente possui endereço diverso do sentenciado (f. 37/63 e 23), bem como documentos pessoais do paciente, nos quais constam a sua assinatura e que, *prima facie*, não coincide com aquela lançada pelo sentenciado à f. 65.

Dessa forma, verificada a iminente coação ilegal no direito de locomoção do paciente, entendo que a concessão da presente ordem de *habeas corpus*, com a ratificação do salvo-conduto concedido ao paciente, é medida que se impõe.

Ante tais considerações, concedo a ordem, ratificando a liminar deferida às f. 70/71, que determinou a expedição do salvo-conduto temporário, pelo prazo de 30 (trinta) dias, a fim de que o paciente possa comparecer à delegacia de polícia e realizar o exame datiloscópico necessário à elucidação dos fatos, sem que para tanto seja detido.

Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO e MARIA CELESTE PORTO.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM, RATIFICANDO A LIMINAR.

...

Crime contra a fé pública - Uso de documento falso - Certificado de conclusão do ensino médio - Histórico escolar - Dolo genérico - Crime instantâneo - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Estado de necessidade - Não configuração - Recurso - Improvimento

Ementa: Uso de documento falso. Certificado de conclusão do ensino médio. Histórico escolar. Art. 304 do CP. Elemento subjetivo. Dolo genérico. Alegação de ignorância acerca da falsidade. Descabimento. Provas que a rechaçam.

- A conduta típica do crime previsto no art. 304 do Código Penal consiste em fazer uso de documento material ou ideologicamente falso como se fosse autêntico ou verídico, bastando o dolo genérico para a sua configuração.

Estado de necessidade. Requisitos. Ausência.

- O art. 24 do Código Penal considera em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir, nele não se enquadrando a recorrente.

Ausência de prejuízo. Irrelevância. Bem jurídico tutelado. Fé pública.

- No crime previsto no art. 304 do Código Penal, o bem jurídico tutelado é a fé pública, que resta violada pelo simples uso do falso, tratando-se de delito instantâneo, que se exauriu quando da apresentação, pela ré, do certificado de conclusão do ensino médio falsificado para a matrícula no curso técnico de enfermagem.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.05.691499-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Dercy Barbosa Dias - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JUDIMAR BIBER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de setembro de 2009. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Dercy Barbosa Dias, contra a sentença de f. 165/169, que julgou procedente a denúncia, para condená-la como incursa nas iras do art. 304 do Código Penal, impondo-lhe uma pena de 2 (dois) anos de reclusão em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, esta à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Entendendo presentes os requisitos legais, o culto Sentenciante deferiu à ré a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes, a primeira, na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; a segunda, na limitação de fim de semana.

Em suas razões recursais (f. 175/177), pugna a defesa pela absolvição da ré, ao argumento de que não tinha conhecimento da falsificação, visto que recém-chegada do interior, sem qualquer maldade, sendo usada na compra do diploma. Alega ainda que agiu sob estado de necessidade, usando papel falso para conseguir sair da situação de penúria em que se encontrava, mas posteriormente trancou a matrícula e fez tudo de acordo com a lei, já tendo sido punida pelo seu ato infeliz, não tendo causado, ademais, qualquer prejuízo.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado às f. 180/184.

Nesta instância revisora, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do apelo (f. 187/190).

É o relatório.

Passo ao voto.

Preliminarmente, conheço do recurso, já que presentes os requisitos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Não há dúvida quanto à materialidade e à autoria delitiva, insistindo a defesa na boa-fé e no desconhecimento sobre a falsidade do documento em questão, requerendo seja absolvida a ré.

Consta da denúncia que no dia 10.01.03 a apelante usou histórico escolar falso para se matricular no curso técnico de enfermagem da Escola Irmã Genciana, histórico este em que constava ter ela concluído o ensino médio, o que é falso, uma vez que na época tinha concluído apenas o 1° grau.

Consta, ademais, que a ré utilizou o histórico escolar falso, que continha registros inverídicos referentes à carga horária no ensino fundamental e médio, e, em busca ao arquivo do extinto Colégio Professor Morais, local no qual a recorrente se teria formado, verificou-se a inexistência da cópia de tal documento escolar. Foi averiguada também a falsificação da assinatura dos responsáveis.

Consta, ainda, que a apelante obteve o documento de uma colega chamada Isabel Cristina, pela quantia de R$ 100,00 (cem reais).

De uma análise das provas contidas nos autos, não vejo como reconhecer a plausibilidade do argumento da defesa, uma vez que a recorrente, no seu interrogatório policial, deixou claro não somente que tinha plena ciência da falsificação, mas também que passou seus dados à falsificadora, pagando-lhe a quantia de R$ 100,00 (cem reais), bem assim reconhecendo que nunca teria estudado na Escola Professor Moraes. Disse, ademais, que não tinha terminado o primeiro semestre do curso técnico de enfermagem, na Escola Irmã Genciana, quando foi informada sobre a falsificação do referido certificado (f. 63).

Em juízo, a apelante continuou a admitir ter ciência da falsificação, mas, já estando na presença de seu advogado, passou a sustentar o arrependimento e haver largado o referido curso por sua própria vontade (f. 131/132).

Tais circunstâncias geram a convicção de que a apelante tinha conhecimento, ou ao menos a capacidade de aquilatar a falsidade do documento, não havendo que se falar de boa-fé, tampouco de ter sido ela enganada ou ludibriada.

Em outras palavras, constitui atentado à inteligência alheia a alegação da defesa de que a recorrente, por ter vindo de Ouro Preto, não saberia que, mesmo sem ter estudado, poderia usar um certificado para matricular-se num curso técnico de enfermagem.

Caracterizado está, pois, seu dolo, ainda que se o considere na modalidade de dolo eventual - que também satisfaz ao tipo penal.

Também não encontra guarida a alegação da defesa de que a ré agiu amparada pela excludente de criminalidade prevista no art. 24 do Código Penal.

O estado de necessidade, consoante ensinamento de Júlio Fabbrini Mirabete:

> [...] pressupõe sempre um conflito entre os interesses lícitos do agente e do ofendido, em que um pode perecer licitamente para que o outro seja poupado. Exige-se, em primeiro lugar, que ocorra um perigo, ou seja, uma ameaça a direito próprio ou alheio, que um bem jurídico esteja em risco, praticando o sujeito o fato típico para salvá-lo. O perigo pode ter sido criado por força da natureza, por caso fortuito, etc., ou por ação do homem. É indispensável que o perigo seja atual, que exista a probabilidade de dano, presente e imediata, ao bem jurídico. Inexiste a descriminante se o risco ainda não se instalou, é apenas possível ou mesmo provável em um futuro, remoto, ou já tenha sido ultrapassado. É necessário também que o perigo seja inevitável, numa situação em que o agente não podia, de outro modo, impedi-lo, que sua ação seja imprescindível, não podendo fugir, socorrer-se da autoridade pública etc. É indispensável também que o agente não tenha provocado o perigo voluntariamente, ou seja, dolosamente, predominando na doutrina a possibilidade de alegação do estado de necessidade quando o próprio agente causou culposamente o perigo (*Código Penal interpretado*, p.197).

De fato, o art. 24 do Código Penal considera em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar

de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir.

Assim, são requisitos para a sua configuração a existência de perigo atual, a involuntariedade na geração do perigo, a inevitabilidade do perigo ou lesão, a proteção a direito próprio ou de terceiro, a proporcionalidade do sacrifício do bem ameaçado e o dever legal de enfrentar o perigo, requisitos esses que não foram preenchidos pela recorrente, como alega, mesmo porque poderia ter arrumado emprego sem exigência de estudo, como doméstica, que é a sua atual profissão (f. 132) e realizar as etapas legais para estudar e conseguir trabalho melhor.

Não fosse por isso, não há qualquer prova de extrema penúria da apelante, e este ônus lhe incumbia. Inclusive pagou à falsificadora R$100,00, além de ter ingressado no curso profissionalizante almejado, o que também joga por terra a atualidade e iminência do perigo.

Certo é que a falta de dinheiro, ou mesmo a dificuldade financeira, não pode servir de passaporte para o cometimento de crimes de natureza diversa, não podendo o Poder Judiciário coadunar-se com a banalização desta alegação, sob pena de abrir perigosos e incontornáveis precedentes.

Por fim, descabida a assertiva da defesa de que a conduta da recorrente não trouxe qualquer prejuízo, pois, como bem decidiu o culto Julgador monocrático, o bem jurídico tutelado é a fé pública, que restou violada pelo simples uso do falso, tratando-se de delito instantâneo, que se exauriu quando de sua apresentação para a matrícula no curso técnico de enfermagem.

Logo, vistas sob qualquer ângulo, não merecem prevalecer as pretensões recursais.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO DEODATO NETO e MÁRCIA MILANEZ.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Crime de resistência - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Embriaguez - Excludente de culpabilidade - Não ocorrência - Condenação - Crime de desacato - Concurso material - Princípio da consunção - Absolvição - Competência recursal - Tribunal de Justiça

Ementa: Processo penal e penal. Competência. Crimes de menor potencial ofensivo. Concurso material. Justiça Comum. Desacato e resistência. Configuração delitiva. Absolvição pelo delito de desacato. Princípio da consunção. Aplicabilidade. Recurso parcialmente provido.

- As infrações de menor potencial ofensivo serão julgadas pelo Juízo Comum, quando a soma de suas reprimendas, decorrente de concurso material, resulta em um *quantum* de pena superior a dois anos. Precedentes STJ.

- Comprovadas a materialidade e a autoria delitivas e não havendo nenhuma causa de exclusão da culpabilidade, mantém-se a condenação do réu pela prática do delito de resistência.

- Pela ocorrência do conflito aparente de normas, absolve-se o réu do delito de desacato, que foi absorvido pelo delito de resistência porquanto cometidos em um mesmo episódio no qual aquele foi praticado pelo réu no decorrer da prisão resistida.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0283.07.006588-5/001 - Comarca de Guaranésia - Apelante: Sandro Batista de Jesus - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HERBERT CARNEIRO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER, EM PARTE, O RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de setembro de 2009. - *Herbert Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERBERT CARNEIRO - Na Comarca de Guaranésia, Sandro Batista de Jesus foi denunciado por infração aos arts. 329 e 331, na forma do art. 69, todos do Código Penal, acusado de resistir à prisão, mediante o emprego de desforço físico, e de desacatar os policiais militares proferindo palavras ofensivas.

A MM. Juíza da referida comarca julgou procedente a denúncia, determinando ao réu o cumprimento da pena de 01 ano e 02 meses de detenção, no regime semiaberto, em razão da reincidência (f. 85/91).

Sandro Batista de Jesus, não se conformando com a decisão, recorre da sentença. A douta Defensoria Pública sustenta, através das razões de f. 100/101, que inexiste nos autos prova capaz de embasar uma sentença condenatória. Além disso, a conduta inconveniente do réu deveu-se ao seu estado de embriaguês e que entre o réu e o policial já existia animosidade, pois "são antigos desafetos", f. 101, pleiteando ao final a absolvição do apelante.

As contrarrazões foram apresentadas às f. 105/112, pela manutenção da sentença.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça arguiu de ofício a incompetência deste Tribunal para o julgamento do feito, por serem os delitos de menor potencial ofensivo, sugerindo que a competência para o julgamento do feito seja declinada para a Turma Recursal correspondente.

Conheço do recurso, diante da presença dos requisitos de sua admissibilidade.

Preliminarmente, confere-se, tal como ressaltado, que o réu foi denunciado por infração aos arts. 329 e 331 do CPB, em concurso material, sendo que, para ambos os delitos, a pena máxima cominada é de 02 anos.

Segundo o art. 61 da Lei 9.099/95, com a redação conferida pela Lei Federal 11.313/06, são consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo, as contravenções penais e os crimes:

"[...] que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulados ou não com multa".

Assim, embora as penas máximas cominadas para cada delito não ultrapassem dois anos, a soma delas, decorrente do concurso material, extrapola em muito o limite que determina a competência do Juizado Especial.

Nesse sentido, o eg. STJ já julgou diversos conflitos de competência, entre eles o Conflito de Competência nº 2007/0001947-5, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, cuja ementa segue:

> Conflito de competência. Tribunal de Justiça x Turma Recursal. 1 - Delitos de menor potencial ofensivo. Concurso material. Penas máximas abstratas que somadas ultrapassam dois anos. Competência do Juízo comum. Precedentes. 2. Sentença condenatória proferida por juizado especial criminal. Apelação. Princípio da *perpetuatio jurisdicionis*. 3. Competência da Turma Recursal.
> 1. Praticados dois delitos de menor potencial ofensivo em concurso material, se o somatório das penas máximas abstratas previstas para os tipos penais ultrapassar 2 (dois) anos, afastada estará a competência do juizado especial, devendo o feito ser instruído e julgado por juízo comum. Precedentes.
> 2. Proferida sentença condenatória pelo Juizado Especial Criminal, compete à Turma Recursal a análise de eventual recurso de apelação interposto, ainda que apenas para reconhecer a incompetência do juizado especializado e anular os atos decisórios, com a posterior remessa dos autos ao juízo competente, em observância do princípio da *perpetuatio jurisdicionis*.
> 3. Conflito conhecido para se declarar a competência da Primeira Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais do Estado do Rio Grande do Sul. (Data do julgamento: 23.04.08. Data da publicação/fonte: *DJe* de 08.05.2008.)

Com tais considerações, rejeito a preliminar e, após verificar que nenhuma outra foi suscitada pelas partes e que por ocasião da análise dos autos não vislumbrei qualquer nulidade a ser declarada, passo ao julgamento do mérito.

Consta da exordial acusatória que, no dia 8 de fevereiro de 2007, por volta das 23h, no Bairro Novo Horizonte, na Cidade de Guaranésia, a Polícia Militar foi solicitada ao local em razão de uma contenda envolvendo o ora apelante, seu genitor, Sr. João Batista de Jesus, e Carlos Roberto das Dores Ferreira.

Ao chegarem ao referido endereço, os policiais tentaram conter os ânimos dos contendores, porém o apelante juntamente com o seu pai passou a ameaçar um dos integrantes da guarnição policial, o cabo Reginaldo.

Nesse contexto, os milicianos deram voz de prisão aos autores, entretanto o ora apelante além de resistir à prisão passou a se dirigir aos policiais de forma desrespeitosa, com o propósito de desprezá-los, chamando-os, por exemplo, de "incompetentes" ou "vocês são homens só na farda", f. 43.

A materialidade foi comprovada através dos documentos de f. 27/29.

No que se refere à autoria, constata-se, principalmente após análise da prova testemunhal, f. 18 e 60/63, a ocorrência dos fatos tal como relatados na denúncia. A própria defesa em sede recursal assim admite, classificando a conduta do réu de "inconveniente", f. 101, porém justifica sua ocorrência com a embriaguês do réu e a antiga desavença já existente entre ele e o policial Reginaldo Donizetti Ribeiro.

A animosidade entre o réu e o policial Reginaldo, se comprovada, não justificaria nem a resistência à prisão e muito menos o desacato, e, sobre o estado de embriaguês, tal como ressaltou o d. Magistrado, além de não provada por exame pericial, não resultaria em excludente de imputabilidade penal, porquanto não teria sido derivado de ingestão alcoólica ocorrida por caso fortuito ou força maior, nos termos do art. 28, inciso II, do CP.

Nesses termos, rejeito as teses defensivas.

Por outro lado, diante do contexto probatório e ao contrário do que argumenta a acusação, f. 111, a conduta do réu, que se desencadeou na configuração do desacato, foi absorvida pela conduta que resultou na resistência.

O policial Reginaldo através de seus relatos ressalta que o réu, ao ser abordado, passou a proferir ameaças e, assim que recebeu "voz de prisão", f. 18, passou a proferir palavras que desacataram a ele e ao colega de farda, o policial José Vítor da Silva. Conclui-se do contexto, portanto, que o réu, ao proferir as ofensas verbais e nelas insistir, demonstrou a intenção de não se deixar prender, proporcionando assim a absorção do desacato pelo delito de resistência.

Tal como ensina Damásio de Jesus:

> Verifica-se o *antefactum* não punível quando uma conduta menos grave precede a uma mais grave como meio necessário ou normal de realização. A primeira é consumida pela segunda, em face do princípio *id quod plerunque accidit*.

> Para Grispigni, exige-se que haja ofensa ao mesmo bem jurídico e pertença ao mesmo sujeito. Em consequência da absorção, o antefato torna-se um indiferente penal [...] (in *Direito penal*. Parte Geral. 10. ed., Saraiva, v. 1, p. 102).

Dessarte, mantenho a condenação do acusado pela prática do crime de resistência, absolvendo-o do crime de desacato, pela aplicação do princípio da consunção, visto que tal delito restou absorvido pelo crime de resistência.

Nesses termos, decoto da condenação a pena referente ao crime de desacato e mantenho a pena fixada pelo delito de resistência, em 04 meses de detenção, porquanto corretamente aquilatada pelo d. Magistrado, f. 89, mantendo ainda o regime prisional determinado, em razão da comprovada reincidência, (CAC, f. 31/32).

Feitas tais considerações, dou parcial provimento ao recurso para absolver o apelante da prática do delito previsto no art. 331 do Código Penal, mantendo quanto ao mais intacta a sentença recorrida.

Custas processuais, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e FERNANDO STARLING.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Roubo majorado - Concurso de pessoas - Arma de fogo - Pluralidade de vítimas - Crime único - Não configuração - Concurso formal - Caracterização - Majoração da pena - Regime de cumprimento de pena - Regime semiaberto

Ementa: Apelação criminal. Ministério Público. Roubo majorado consumado contra duas vítimas. Crime único. Inocorrência. Concurso formal caracterizado. Penas majoradas.

- Não há falar em crime único quando a prática de uma única ação imprime grave ameaça em vítimas distintas e atinge patrimônios diversos, resultando, sem dúvida, na prática de dois crimes que configuram o concurso formal.

- Reconhecendo-se o concurso formal de crimes, devem as penas fixadas ao apelado ser majoradas nos termos da regra descrita no art. 70, primeira parte, do CPB.

Provimento ao recurso que se impõe.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0114.05.059541-1/001 - Comarca de Ibirité - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Marcelo Pereira da Cruz - 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 PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de setembro de 2009. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos para sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo representante do Órgão Ministerial, em face da sentença de f. 89/93, que julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia e condenou o apelado nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, deixando-se de reconhecer o concurso formal de crimes previsto no art. 70 do mesmo *codex*.

Nas razões de f. 98/101, pleiteia-se a reforma da sentença para que seja reconhecido concurso formal de crime, uma vez que o apelado subtraiu no assalto ao ônibus, mediante uma única ação, bens de duas vítimas distintas.

Contrarrazões, f. 110/111.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, f. 115/117, da lavra do ilustre Procurador Dr. Marcial Vieira de Souza, opinando pelo provimento do recurso.

Narra a denúncia que

> no dia 28 de outubro de 2005, por volta das 20h50min, na Rua Judith de Moraes, Bairro Durval de Barros, em Ibirité, o denunciado, juntamente com terceiras pessoas, em conjunto e com plena unidade de desígnios, entraram no ônibus coletivo linha 1128 e, mediante grave ameaça, fazendo uso de arma de fogo, subtraiu da cobradora a quantia de R$26,00 (vinte e seis) reais, e do passageiro do ônibus, Pedro Antônio da Silva, a quantia de R$30,00 (trinta reais).

De uma análise detida das provas amealhadas aos autos, observa-se que razão assiste ao ilustre representante do Órgão Ministerial, uma vez que, embora o acusado e seus comparsas tenham praticado uma única ação, eles atingiram vítimas distintas, tendo cada uma delas sofrido a grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo. O apelado apropriou-se de patrimônios diversos, resultando, sem dúvida, na prática de dois crimes, mediante uma única ação, ocasionando o concurso formal perfeito de crimes, descrito na 1ª parte do art. 70 do Código Penal.

Nesse sentido, apresenta-se o entendimento do festejado doutrinador Damásio de Jesus:

> Responde por roubos em concurso formal o sujeito que, num só contexto de fato, pratica violência ou grave ameaça contra várias pessoas, produzindo multiplicidade de violações possessórias. Ocorrendo multiplicidade de violência ou grave ameaça e de violações patrimoniais, cremos inadmissível a tese do delito único. [...] A cada uma das vítimas correspondem violência ou grave ameaça e lesão patrimonial. Não se pode dizer, então, que o todo constitui delito único. A hipótese configura um concurso formal de delitos [...]. Entendemos hoje que o agente, assaltando duas ou mais pessoas num só contexto temporal, empregando violência ou grave ameaça, e subtraindo bens de cada uma, realiza um só comportamento. Entretanto, a unidade de conduta, em face de a multiplicidade de atos dirigir-se contra o patrimônio de cada uma das vítimas, constitui pluralidade de crimes. (JESUS, Damásio E. de. Direito penal. Parte Especial. São Paulo: Editora Saraiva, v. 2, p. 350.)

De igual forma vem se posicionando a jurisprudência:

> Na compreensão do art. 70, *caput*, do Código Penal, consubstancia concurso formal a atuação criminosa do assaltante que, com uso de arma de fogo, rende duas pessoas e lhes subtrai seus pertences, pois, embora seja uma única ação, ocorre pluralidade de eventos e de resultados. (STJ, 6ª Turma, REsp nº 214966/SP, Rel. Min. Vicente Leal, in *DJU* de 05.03.2001, p. 245.)

Apresentando-se as condições objetivas e subjetivas idênticas com relação às duas vítimas, mantêm-se as penas fixadas na sentença recorrida para cada um dos delitos em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, majorando-se uma delas em razão do reconhecimento do concurso formal de crimes, no percentual mínimo de 1/6 (um sexto), por terem sido apenas duas vítimas, concretizando-as em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Estabelece-se o regime prisional semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos moldes do art. 33, § 2º, alínea *b*, tendo em vista a omissão na sentença recorrida.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso interposto pelo representante do Órgão Ministerial, para reconhecer em desfavor do apelado o concurso formal de crimes, nos termos deste voto.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Furto - Crime tentado - Devolução da *res furtiva* - Declarações das vítimas - Depoimento contraditório - Acareação - Prova - Desistência voluntária - Configuração - Exclusão da punibilidade - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Tentativa de furto simples. Desistência voluntária configurada. Exclusão da punibilidade. Recurso desprovido.

- Havendo depoimento firme e seguro de uma das vítimas no sentido de que o réu devolveu a *res furtiva* voluntariamente, em consonância com outras provas dos autos, resta configurada a desistência voluntária.

- Caracterizada a previsão do art. 15 do CP, exclui-se a punibilidade do apelado.

- Não sendo típicos os atos anteriores praticados pelo réu, não há que se falar em responsabilização do mesmo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0194.09.095523-9/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Dario Martins Carvalho - Relator: DES. DOORGAL ANDRADA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de setembro de 2009. - *Doorgal Andrada* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOORGAL ANDRADA - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe recurso de apelação em face da r. sentença de f. 78/91, que absolveu Dario Martins de Carvalho em detrimento da pretensão punitiva, que pugnava pela condenação do apelado nas iras do art. 155, *caput*, c/c art. 14, inciso II, por duas vezes, na forma do art. 70, primeira parte, todos do Código Penal.

Segundo consta na exordial acusatória, Dario Martins de Carvalho, no dia 2 de janeiro de 2009, na Av. Magalhães Pinto, nº 610, Bairro Geovanini, na cidade de Coronel Fabriciano/MG, adentrou no Instituto de Beleza "Bem Estar" e tentou subtrair para si 1 (um) par de sandálias da marca Vizanno, de propriedade de Andréia Martins Miranda Silva, e 1 (um) aparelho de der-

mopigmentação (maleta de maquiagem definitiva), de propriedade de Deise Alexandra de Freitas Maciel, não tendo os delitos sido consumados por circunstâncias alheias à sua vontade.

Infere-se, também, que as vítimas teriam conseguido retirar os produtos das mãos do acusado, que fugiu, sendo preso em flagrante, logo em seguida, por policiais militares.

Em suas razões recursais, às f. 96/106, o Ministério Público pugna pela reforma da sentença, para condenar o acusado nos termos da denúncia, sob a alegação de que não houve desistência voluntária, tendo ficado devidamente comprovada a tentativa de furto.

Contrarrazões defensivas, às f. 115/119, pugnando-se pela manutenção do *decisum*.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se no sentido de se dar provimento ao apelo interposto (f. 124/126).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A materialidade do delito está consubstanciada pelo APFD às f. 06/10, pelo auto de apreensão de f. 12, pelo auto de avaliação de f. 13, pelo termo de restituição de f. 14 e pelo boletim de ocorrência de f. 16/17.

A autoria também restou inconteste, principalmente pela confissão do apelado, não só durante a fase inquisitiva (f. 10), mas também em juízo (f. 63/64), conforme trecho transcrito abaixo:

> [...] que os fatos que lhe foram imputados na denúncia são verdadeiros; [...] que o interrogando foi surpreendido pelas vítimas, que lhe pediram para devolver os bens, e que as atendeu prontamente, saindo, em seguida, do local.

Em juízo, as duas vítimas reconheceram o acusado como sendo o autor do delito, conforme se observa:

> [...] que a declarante voltou a sua residência, sendo que logo depois chegou ao local uma viatura da Policia Militar, com um rapaz preso; que a declarante reconheceu o rapaz preso como o autor do furto em seu estabelecimento comercial [...] (depoimento da vítima Deise Alexandra de Freitas Maciel, f. 9, corroborado em juízo às f. 66).

> [...] que após a prisão a pessoa foi apresentada à informante, que acabou por reconhecer o acusado (depoimento da vítima Andréia Martins Miranda Silva, f. 65).

Não restam dúvidas, pois, de que foi mesmo o apelado quem entrou no salão com o intuito de furtar.

A meu ver, entretanto, não assiste razão ao Ministério Público em sua pretensão recursal.

Apesar de estar comprovado que o apelado entrou no salão com *animus furandi*, restou evidenciado que este desistiu voluntariamente de prosseguir na execução do furto, evadindo-se do local, após o apelo das vítimas.

Isso é comprovado principalmente pelos depoimentos do réu e da vítima Andréia Martins Miranda Silva.

O apelado, em seu depoimento durante o inquérito policial (f. 10), afirmou:

> [...] que o declarante foi abordado por uma funcionária do salão, que começou a gritar; que o declarante então deixou os materiais que o mesmo havia pegado e foi embora [...]

Posteriormente, em juízo (f. 63), o réu confirmou sua versão, sustentando

> [...] que interrogando foi surpreendido pelas vítimas que lhe pediram para devolver os bens, o que atendeu prontamente, saindo, em seguida, do local.

Indagado pelo d. Juiz *a quo* (f. 64), o réu reafirmou que entregou voluntariamente os bens às vítimas, atendendo à solicitação delas, e não porque foi obrigado.

Em consonância com as declarações do acusado, está o depoimento da vítima Andréia, que durante o inquérito policial (f. 08) afirmou: [...] que a depoente então gritou, pedindo que o autor não lhe fizesse mal, e que devolvesse os materiais; que o autor então deixou as sandálias e a maleta na sala e fugiu para a rua", tendo confirmado integralmente seu depoimento em juízo (f. 65).

A vítima Deise Alexandra de Freitas Maciel, por sua vez, alegou perante a autoridade policial (f. 09) e ratificou em juízo (f. 66) "[...] que a declarante e Andréia puxaram os pertences das mãos do autor, sendo que o mesmo então fugiu em direção à Rua Paquetá [...]".

Ante a divergência entre os depoimentos das vítimas, elas foram novamente inquiridas em juízo, tendo o d. Juiz realizado uma acareação entre elas.

Ouvidas separadamente, as vítimas mantiveram suas versões, tendo Andréia sustentado categoricamente que foi o apelado quem devolveu a *res furtiva*, conforme trecho do seu depoimento (f. 76):

> [...] que então o acusado de posse com os bens furtados ouviu a informante pedir para que ele procedesse à devolução, por serem objetos de trabalho de sua pessoa; que o acusado permaneceu parado e à informante pediu para que ele devolvesse os bens furtados 'pelo amor de Deus'; que então o acusado devolveu os bens à informante, atendendo a seu pedido e foi embora [...]

Após, questionada pelo MM. Juiz, Andréia disse expressamente que o réu não foi obrigado a devolver os bens a ela.

Por outro lado, a vítima Deise sustentou que puxou a maleta de maquiagem definitiva das mãos do réu e entregou a Andréia (f. 75 e 77).

Na acareação (f. 75), após manter a sua versão dos fatos, a vítima Andréia voltou atrás e concordou com Deise.

Registre-se que, apesar de Andréia ter alterado a sua versão no momento da acareação, isso foi um fato isolado do conjunto probatório dos autos, tendo em vista os seus depoimentos anteriores, nos quais fez afirmações

seguras e coerentes no sentido de que os bens foram devolvidos voluntariamente pelo réu.

Especial destaque deve ser dado ao depoimento do policial condutor do flagrante, Etevaldo Pinheiro de Melo, que afirmou durante o inquérito

> [...] que, segundo a vítima Deise Alexandra de Freitas, o autor Dario Martins de Carvalho adentrou no estabelecimento comercial 'Bem Estar Instituto de Beleza', ocasião em que subtraiu uma maleta de maquiagem definitiva e um par de sandálias; que, no momento em que tentava sair do estabelecimento, o autor deparou-se com a vítima e por fim lhe devolveu os objetos supracitados [...]

Some-se a isso o fato de que Deise entra em contradição em seus depoimentos, ora afirmando que ela e Andréia puxaram os pertences das mãos do acusado (f. 09 e 66), ora dizendo que sozinha tomou o aparelho de maquiagem definitiva das mãos do réu e, posteriormente, entregou a Andréia.

Também há contradição entre as afirmações de Deise e Andréia durante a acareação (f. 75). Enquanto Deise afirmou que não sabia o que aconteceu com o par de sandálias, tendo puxado das mãos do réu somente o aparelho de maquiagem definitiva, Andréia, ao voltar atrás em sua versão, disse que Deise puxou uma sacola com o aparelho e um par de sandálias das mãos do réu e a entregou.

Assim, após atenta análise dos autos, verifica-se que os depoimentos da vítima Deise não estão em consonância com as demais provas dos autos, não sendo suficientes para sustentar um decreto condenatório.

Ademais, Andréia não teria nenhum interesse em beneficiar o réu, ao contrário de Deise, que poderia ter interesse em incriminá-lo em virtude de suspeitar que o mesmo tivesse ligação com outro furto anterior praticado em sua residência, conforme afirmou durante a fase inquisitiva (f. 09).

Dessa forma, vislumbro a possibilidade de o apelante ser contemplado com o reconhecimento da desistência voluntária, prevista no art. 15 do CP.

De acordo com o mencionado artigo, o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução do delito, somente responde pelos atos já praticados.

In casu, ficou claramente comprovado que Dario, mesmo podendo fugir com a *res furtiva*, optou por acolher os apelos das vítimas, desistindo de prosseguir na empreitada criminosa.

Nota-se que o agente não tinha terminado os atos de execução do furto, uma vez que ainda não havia saído da esfera de vigilância das vítimas, tendo desistido da prática do delito por um ato livre de vontade sua.

Não encontra sustentação a alegação do apelante de que o agente somente teria ido embora do salão sem os bens porque uma das vítimas começou a gritar e ele ficou com medo de ser preso.

Pelas circunstâncias do caso, observa-se que a vítima Andréia gritou apenas para que ele devolvesse os bens, não pedindo socorro ou chamando a polícia.

Além disso, se o apelado realmente quisesse prosseguir na prática do delito, as vítimas não representariam nenhum óbice ao término dos atos executórios do crime, tendo em vista o fato de o réu ser homem e possuir uma vantagem física sobre elas.

Também não há que se falar que o apelado somente fugiu e deixou os bens por ter sido surpreendido por policiais, haja vista que o mesmo somente deparou com uma moto da polícia militar após sair do salão, ou seja, quando já havia desistido voluntariamente de praticar o furto.

Ressalta-se que, para que reste configurada a previsão do art. 15 do CP, não é necessário que o ato de desistência seja espontâneo, mas somente voluntário. A respeito do assunto, Rogério Greco (2009, p. 270) destaca que

> impõe a lei penal que a desistência seja voluntária, mas não espontânea. Isso quer dizer que não importa se a idéia de desistir no prosseguimento da execução criminosa partiu do agente, ou se foi ele induzido a isso por circunstâncias externas que, se deixadas de lado, não o impediriam de consumar a infração penal. O importante aqui, como diz Johannes Wessels, 'é que o agente continue sendo dono de suas decisões'.

Assim, restou claramente caracterizada a desistência voluntária, que, a meu ver, é causa pessoal de exclusão da punibilidade do agente.

Como no caso em tela os atos anteriores praticados pelo agente não foram típicos, não há nenhuma punição a ser aplicada ao mesmo.

Por tudo exposto, nego provimento ao apelo ministerial, para reconhecer a desistência voluntária, excluindo a punibilidade do apelado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HERBERT CARNEIRO e EDUARDO BRUM.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Crime contra a Administração Pública - Parcelamento do solo - Loteamento irregular - Ausência de registro - Crime consumado - Crime instantâneo de efeitos permanentes - Prescrição - Prazo - Termo inicial - Data do início do loteamento - Extinção da punibilidade

Ementa: Recurso em sentido estrito. Parcelamento irregular do solo. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Prazo prescricional contado a partir da consumação do delito, e não da cessação de seus efeitos. Negado provimento ao recurso.

- O crime de parcelamento irregular do solo não é crime permanente, mas sim crime instantâneo de efeitos permanentes, logo o marco inicial do prazo prescricional é a data do início do loteamento, ou seja, a da consumação.

Negado provimento ao recurso.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0702.05.260035-1/001 - Comarca de Uberlândia - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorridos: Odno Santana, Ricardo Fernandes Santana, Valda Gomes Santana, Cleusa Maria Santana, Sebastião Eurípedes Alves, Kaysser dos Santos Bitencourt - 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 NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de setembro de 2009. - *Jane Silva* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª JANE SILVA - O Ministério Público, inconformado com a sentença que declarou extinta a punibilidade de Odno Santana, Ricardo Fernandes Santana, Valda Gomes Santana, Cleusa Maria Santana, Kaysser dos Santos Bittencourt e Sebastião Eurípedes Alves, em função da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em relação à suposta prática do crime do art. 50, I, da Lei 6.766/79, interpôs o presente recurso em sentido estrito, requerendo a reforma da sentença, sendo determinada a apreciação do mérito.

Contrarrazões das defesas, às f. 654/657, 674/680 e 681/683, pela manutenção da decisão.

Quanto aos fatos, narram os autos que os ora recorridos, a partir de 1994, procederam ao parcelamento de uma gleba rural em chácaras cercadas, alienando-as na forma de frações ideais, com fins eminentemente urbanos, em áreas inferiores ao módulo rural e sem autorização da Prefeitura Municipal de Uberlândia.

A denúncia foi recebida em 13 de dezembro de 2005, e a sentença foi publicada em 10 de maio de 2009.

O feito transcorreu nos termos da sentença, que ora adoto, tendo sido os réus dela pessoalmente intimados (f. 649, 651, 652, 668, 670, 672).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

Vistos e relatados, passo ao voto.

Conheço do recurso, pois previsto em lei, cabível, adequado e presente o interesse recursal, bem como foram obedecidas as formalidades devidas à sua admissibilidade e ao seu processamento.

Não foram arguidas nulidades, nem encontrei, quando da análise dos autos, qualquer delas que possa e deva ser declarada de ofício.

Analisei cuidadosamente as razões da apelação, comparando-as com a sentença guerreada e com as provas constantes dos autos, e vejo que não há como acolher as suas pretensões. Vejamos:

Pretende o recorrente a reforma da sentença atacada, alegando que não é cabível a classificação do delito do art. 50 da Lei 6.766/79 como "instantâneo de efeitos permanentes".

Assim, alega que, enquanto se mantém a situação ilícita, não tem início o prazo prescricional.

Apesar das bem-lançadas razões recursais, com extensa fundamentação a respeito dos posicionamentos doutrinário e jurisprudencial sobre o crime instantâneo e o crime permanente, entendo que se impõe a manutenção da sentença, que se encontra na esteira dos entendimentos majoritários dos Tribunais Superiores.

Em julgamento de *habeas corpus* impetrado por um dos réus, no curso do processo, manifestei-me do seguinte modo, a respeito da possibilidade de ocorrência da prescrição:

> De fato, se fosse um único delito do art. 50, I, da Lei 6.766/1979, cometido no ano de 1994, ele estaria já prescrito entre a data do fato e o recebimento da denúncia, contudo, a exordial narra que 'a partir de 1994' os crimes começaram a ser praticados, sem precisar, todavia, as demais datas em que eles teriam ocorrido. Assim, como pela documentação acostada a estes autos de *habeas corpus* não me é possível aferir as demais datas em que os crimes foram praticados, deixo de declarar a prescrição por impossibilidade de fazê-lo, já que, diante da continuidade delitiva, cada crime é considerado isoladamente para verificação da ocorrência da prescrição.

Na sentença, contudo, o Juiz reconheceu a prática de apenas um delito, o que não foi alvo de recurso pelo Ministério Público. Na ocasião, entendeu-se que:

Não há a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, e sim um único crime de consumação instantânea e efeitos permanentes (f. 616).

Tal entendimento decorre inevitavelmente do reconhecimento de que o crime em análise é de consumação instantânea, com efeitos permanentes. Nesse sentido, já se pronunciou este Tribunal:

> Apelação criminal - Parcelamento irregular de solo urbano - Lei 6.766/79 - Condenação - Recurso ministerial - Aplicação em concurso material da previsão do art. 7º, inciso VII, da Lei 8.137/90 - Impossibilidade - Ausência do núcleo do tipo

penal na conduta do agente - Atipicidade - Continuidade delitiva - Inviabilidade - Delito de consumação instantânea com efeitos permanentes - Aumento de pena - Culpabilidade elevada - Impossibilidade - Circunstâncias judiciais bem sopesadas - Recurso improvido. - Não restando configurado que o agente, de fato, induziu o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária, não há que se falar em crime contra as relações de consumo na forma do art. 7º, inciso VII, da Lei 8.137/90. Não se verifica a continuidade delitiva prevista no art. 71, no delito de consumação instantânea com efeitos permanentes, como no caso do previsto no art. 50, inciso I, c/c parágrafo único, inciso I, da Lei 6.766/79. Em sede de análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a graduação da culpabilidade do agente deve ser norteada em razão do seu presumido conhecimento da ilicitude da conduta e da exigibilidade de comportamento diverso. Por isso, a conduta do agente será mais reprovável quando, de igual maneira, for maior a frustração em razão do que se espera da autodeterminação do agente. (Apelação Criminal 1.0702.04.171391-9/001, Relator Des. Fernando Starling, julgado em 23.09.2008, *DJ* DE 07.10.2008.)

No referido julgamento, o eminente Desembargador Fernando Starling se manifestou do seguinte modo a respeito do tema:

> Prescreve o art. 50 da Lei 6.766/79:
> 'Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública:
> I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;
> [...]'
> Vê-se que o núcleo do tipo penal previsto no diploma supramencionado é 'dar início' ou 'efetuar' loteamento ou desmembramento de solo para fins urbanos sem autorização do órgão competente.
> Ora, se o agente 'deu início' ao loteamento sem a autorização do órgão competente em desacordo com as disposições legais, o delito já se consumou, sendo que o posterior desmembramento do terreno que originariamente foi destinado irregularmente a loteamento nada mais é que o exaurimento da conduta delituosa, não se verificando, *in casu*, a continuidade delitiva, cujo reconhecimento ora é pleiteado pelo *Parquet*.
> Não há a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, e sim um único crime de consumação instantânea e efeitos permanentes, que se estendeu na forma qualificada (parágrafo único, inciso I, do art. 50 da Lei 6.766/79), em razão da venda das glebas a partir do loteamento irregular, conforme adiante se vê:
> 'Art. 50:
> [...]
> Parágrafo único. O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido:
> I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente'.

Cumpre ainda registrar o entendimento dos Tribunais Superiores a respeito do tema:

> Prescrição - Parcelamento urbano - Lei n. 6.766/79. - Descabe confundir crime instantâneo de efeitos permanentes com crimes permanentes. O que previsto no artigo 50 da referida lei encerra a primeira categoria, razão pela qual a prescrição tem inicio no dia em que o crime se consumou, não se podendo aplicar a regra do inciso III do artigo 111 do Código Penal. (STF, *HC* 71259/SP, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 18.08.95, p. 24.895.)
>
> *Habeas corpus*. Parcelamento do solo urbano. Delito definido no art. 50 da Lei nº 6.766/79. Prescrição.
> 1. O crime definido no art. 50 da Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre parcelamento do solo urbano, é instantâneo de efeitos permanentes, por isso que o prazo prescricional da pretensão punitiva tem início da data em que o delito se consuma, e não na da cessação dos seus efeitos.
> 2. Constatado que o loteamento foi iniciado com a obtenção de alvará ilegalmente expedido pela administração municipal, configura-se com esse fato a consumação instantânea do delito.
> 3. O pedido de averbação de projeto de desdobro ilegal dos lotes, junto ao Cartório de Registro de Imóveis, embora com propósito ilícito, não configura mais um crime, em continuação, constituindo-se em um ato de exaurimento do delito consumado.
> 4. *Habeas corpus* deferido, para declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. (STF, *HC* 74793-1/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* de 16.05.97.)
>
> Loteamento irregular: crime instantâneo de efeitos permanentes e não crime permanente, segundo jurisprudência predominante do Supremo Tribunal (HC 71.259, RT 162/561 e HC 74.757, DJ de 7-11-97). Conseqüente decretação da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. (STF, *HC* 76501-1/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJU* de 13.11.98.)
>
> R*HC* - Extinção da punibilidade - Prescrição - Loteamento irregular - Início da contagem do prazo prescricional. - Na prática do delito de loteamento irregular, por tratar-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, o início do prazo prescricional se dá com a consumação do desmembramento do terreno.
> - Precedentes do STF.
> - Recurso provido. (STJ, R*HC* 6754/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini , *DJU* de 19.12.97.)
>
> Penal. Crime contra o parcelamento do solo urbano. Crime formal. Prescrição antecipada. Impossibilidade.
> 1 - Segundo pacífico entendimento jurisprudencial, o parcelamento irregular do solo urbano, quando objeto de censura penal, é crime cuja consumação se dá com simples atividade, independente da produção do resultado danoso (crime formal).
> 2 - O prazo de prescrição da pena, antes da sentença condenatória, regula-se pelo máximo abstratamente previsto na lei, não se perfazendo mediante simples presunção.
> 3 - Recurso improvido. (STJ, R*HC* 7821/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* de 13.10.98.)
>
> Penal. Recurso especial. Crime contra o parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766/79). Crime instantâneo com efeitos permanentes. Prescrição retroativa.

O delito previsto no art. 50 da Lei nº 6.766/79 é instantâneo de efeitos permanentes. O prazo prescricional, portanto, tem início na data em que se consumou, e não da cessação dos seus desdobramentos.
Recurso provido. (STJ. REsp 566076. Relator Ministro Felix Fischer. *DJ* de 19.12.2003, p. 617.)

Desse modo, diante dos abalizados entendimentos acima transcritos, entendo, tal qual o Juízo de primeiro grau, que o crime do art. 50, I, da Lei 6.766/79 é instantâneo de efeitos permanentes, iniciando o seu prazo prescricional na data em que o delito se consuma, e não quando do fim de seus desdobramentos.

Assim, não há o que se corrigir na sentença hostilizada, que reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, considerando que os fatos ocorreram no ano de 1994 e o recebimento da denúncia somente se deu em 2005. Como o prazo prescricional se exaure, no crime em questão, com o decurso de oito anos, encontra-se, de fato, extinta a punibilidade, pelo referido motivo.

Ante tais fundamentos, nego provimento ao recurso, mantendo, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a sentença hostilizada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Habeas corpus - Lesão corporal - Lei Maria da Penha - Inaplicabilidade - Agressão contra ex-namorada - Relação profissional - Relação de consumo - Trancamento da ação penal - Inadmissibilidade - Indícios de autoria - Materialidade - Exame aprofundado de prova - Não cabimento - Via imprópria - Competência jurisdicional - Juizado Especial Criminal - Concessão parcial da ordem

Ementa: *Habeas corpus*. Crime de lesão corporal no âmbito da violência doméstica. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Lastro probatório mínimo. Incompetência da Justiça Comum. Imposição. Ordem concedida parcialmente.

- Diante da existência de lastro probatório mínimo e constituindo o fato narrado na denúncia, em tese, infração penal, não há que falar em trancamento da ação.

- As agressões empreendidas pelo agente contra ex-namorada, desvinculada da relação íntima de afeto, mas motivada por relação de consumo/profissional existente entre as partes, não está abrangida pela Lei Maria da Penha, determinando a competência do Juizado Especial.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.09.502359-4/000 - Comarca de Uberlândia - Paciente: Edno Pereira da Silva - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 1º Vara Criminal da Comarca de Uberlândia - Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER, EM PARTE, O *HABEAS CORPUS*.

Belo Horizonte, 9 de setembro de 2009. - *Júlio Cezar Guttierrez* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Hélio Ribeiro Júnior, em favor de Edno Pereira da Silva, qualificado nos autos, que foi denunciado pela suposta prática da conduta delituosa tipificada no art. 129, § 9º, do Código Penal.

Pleiteia o impetrante o trancamento da ação penal, por falta de justa causa para tal ação, ante a ausência de indícios de autoria e provas da materialidade delitiva *in casu*, donde se afigura constrangimento ilegal o recebimento da denúncia pela autoridade coatora.

Sustenta, ainda, incompetência do impetrado, porquanto não há nexo de causalidade entre a conduta criminosa praticada e a relação de intimidade supostamente existente entre o paciente e a vítima.

A missiva, de f. 02/30, veio acompanhada dos documentos de f. 31/115.

O pedido liminar foi indeferido em plantão de final semana pelo eminente Desembargador Doorgal Andrada, às f. 120/121.

Requisitada a prestar os necessários esclarecimentos, a douta autoridade tida como coatora os prestou às f. 32/33, juntando os documentos de f. 34/50.

Instada a se manifestar no feito, a douta Procuradoria Geral de Justiça, através do parecer da lavra do ilustre e culto Procurador Albino Vitório-Bernardo, opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus* (f. 52/55).

Vieram-me os autos, após regular distribuição.

É, em síntese, o relatório.

Assiste parcial razão ao impetrante, *data venia*.

1. Da falta de justa causa.

O paciente foi denunciado pela prática de crime de lesão corporal no âmbito da violência doméstica (art. 129, § 9º, do CP).

Prima facie, insta salientar que o trancamento da ação penal só é possível em casos excepcionais, ou seja, quando manifestamente indevido o ajuizamento da ação.

Todavia, verifica-se da impetração que a mesma procura atalhar, por via imprópria, a absolvição do paciente, com base em argumentos que poderão ser contestados durante a instrução criminal.

De toda sorte, é sempre bom lembrar que, para fins de deflagração de ação penal, a exigência é de que haja indícios suficientes de autoria, e não prova cabal da mesma, servindo esta última para embasar uma eventual condenação.

Sabe-se que o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, somente é cabível nas excepcionais hipóteses em que, pela mera exposição dos fatos, se constata que a conduta do agente é penalmente atípica ou que não há qualquer indício de que tenha sido o paciente autor do fato.

Nesse sentido:

> Cabe verificar em *habeas corpus* a inexistência de circunstância essencial à tipicidade da imputação afirmada na denúncia, quando a desminta, no ponto, prova documental inequívoca (*RT* 708/414).
>
> *Habeas corpus* por falta de justa causa. A sua concessão, quando a ausência de criminalidade do fato imputado ao paciente independer de instrução criminal, não importa que implique 'absolvição sem processo': ao contrário, o que os princípios e a Constituição não toleram é a condenação sem processo (CF, art. 5º, LIV e LVII). (STF, 1ª Turma - HC nº 76.959-7 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence.)
>
> *Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Alegada ausência de justa causa. Exame de prova. Inviabilidade de análise do conjunto fático-probatório em *habeas corpus*. Ordem denegada. - Nas hipóteses de pedido de trancamento da ação penal, os tribunais vêm proclamando que a falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando resultar de pronto a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação, ou, ainda, a extinção da punibilidade. Se a conduta do paciente depender de exame do conjunto fático-probatório para evidenciar a existência de ilícito penal, ou não, no *writ* não se encontra campo adequado para tal análise. (TAMG - *HC* nº 0347851-3 - Rio Pardo de Minas - 2º C. Crim. - Rel.ª Juíza Maria Celeste Porto - j. em 4.9.2001.)

Todavia, isso não ocorre no caso em tela, uma vez que comprovada a materialidade delitiva pelo Auto de Prisão em Flagrante de f. 38/43 e 46, Boletim de Ocorrência de f. 49/51 e documento de f. 52.

Da mesma forma, há indícios de autoria, demonstrados pelas declarações da vítima de f. 41/43, aliadas às declarações policiais e testemunhais de f. 38/39.

Evidente, portanto, que, diante da existência de lastro probatório mínimo, constituindo o fato narrado na denúncia, em tese, delito de lesão corporal, e, não havendo, *prima facie*, causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade, a continuidade da ação penal se faz necessária.

Dessarte, existindo, a meu ver, provas da materialidade e indícios suficientes de autoria a autorizar uma colheita de provas mais aprofundada, e não restando patente a atipicidade da conduta, não há que falar em trancamento da ação penal.

Após o devido processo legal, se acaso restar provada a inocência do ora paciente, por óbvio que o mesmo deverá ser absolvido. O que se afigura impossível, contudo, é essa análise aprofundada acerca da autoria do delito em sede de *habeas corpus*.

2 - Incompetência do juízo.

Assiste razão ao impetrante quando alega incompetência da Justiça Comum para apreciar o presente feito.

Certo é que existe procedimento próprio para tanto - exceção de incompetência -, incidente este do qual se utilizou o impetrante para discutir a questão, restando, ao final, rejeitado pela autoridade coatora, consoante f. 87/105.

Contudo, a decisão de afirmação de competência não é sujeita a recurso em sentido estrito, consoante análise do art. 581, incisos II e III, do CPP, donde se afigura possível sua apreciação em sede do presente *writ*.

Discorrendo sobre o tema, Júlio Fabbrini Mirabete leciona:

> Não cabe o recurso da decisão do juiz que se dá por competente, podendo a questão ser examinada em sede de *habeas corpus* ou na oportunidade de eventual apelação. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1.444.)

Analisando o caso em voga, consta dos autos que o paciente e a vítima mantiveram um relacionamento por cerca de onze anos e juntos têm uma filha. Mas o namoro terminou há cerca de quatro anos e o paciente atualmente encontra-se casado com outra mulher, com quem também tem uma filha.

De acordo com o art. 5º e incisos da Lei Maria da Penha, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, seja no âmbito da unidade doméstica, seja no âmbito da família, seja, ainda, em "qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação" (inciso III do art. 5º da Lei nº 11.340/06).

Não se cogita *in casu* as duas primeiras hipóteses do dispositivo legal, inexistindo qualquer relação doméstica ou familiar entre as partes envolvidas. A vinculação

entre a vítima e o acusado se enquadraria na relação íntima de afeto, insculpida no inciso III do art. 5º da Lei nº 11.340/06.

Todavia, ainda assim, "para a configuração de violência doméstica é necessário um nexo entre a agressão e a situação que a gerou, ou seja, a relação íntima de afeto deve ser a causa da violência", conforme entendimento doutrinário da renomada Maria Berenice Dias (DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*: *a efetividade da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 45/46).

De fato, essa análise criteriosa é imprescindível para não banalizar e generalizar todo delito de lesão corporal, enquadrando-o sempre no âmbito da violência doméstica a que se refere o art. 129, § 9º, do CP.

No caso dos autos, não obstante a existência de anterior relacionamento entre acusado e vítima, verifica-se que o motopropulsor da discussão e atrito entre as partes é indiferente ao namoro pretérito delas.

Tanto o paciente como as testemunhas e a própria vítima declararam, em Delegacia de Polícia, que essa última contratou os serviços profissionais da empresa do réu e, insatisfeita com a baixa qualidade das peças de construção adquiridas, além da demora na sua entrega, resolveu tirar satisfação com o acusado. Todavia, ambos entraram em discussão e travaram luta corporal (f. 38/43 e 46).

Assim, percebe-se que as agressões ocorreram independentemente do anterior namoro das partes; não foi esse fato, e sim o relacionamento profissional entre vítima e réu, que ensejou a discussão e consequentes lesões corporais.

Tal questão foi expressamente abordada na própria denúncia de f. 35/36, *in verbis*:

> [...] Consta nos autos que no dia 8 de agosto de 2008, por volta das 08h23min, policiais militares foram acionados via COPOM para comparecer na rua Prof. Minervinha Cândida de Oliveira, nº 2.540, bairro Bom Jesus, nesta cidade. A vítima Raulina Cristina Rocha declarou que havia sido agredida pelo acusado e ex-amásio, com quem tem uma filha. A vítima relatou que havia contratado os serviços oferecidos pela mesma. Ao chegar ao local, foi agredida por Edno Pereira da Silva com socos e pontapés e em seguida foi retirada do local com violência. Tais fatos motivaram a vítima Raulina Cristina Rocha a representar contra o acusado, para vê-lo processado. [...] (f. 35/36).

Discorrendo sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci leciona que,

> aplicando-se, literalmente, o dispositivo nesta Lei, teríamos o surgimento do Direito Penal máximo, incoerente com o Estado Democrático de Direito (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1.130).

Assim, vislumbrando que a lesão corporal sofrida pela vítima não se deu no âmbito da violência doméstica, e sim em razão das relações de consumo e profissional entre as partes, hei por bem conceder a ordem nesse tocante, para determinar a competência do Juizado Especial Criminal para apreciação do feito.

Com essas considerações, concedo parcialmente a ordem, para determinar a competência do Juizado Especial Criminal da Comarca de Uberlândia para apreciar o processo de origem nº 702.08.480128-2.

Sem custas.

DES. DOORGAL ANDRADA - Peço vista.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento o Advogado Hélio Ribeiro Júnior, em prol do paciente.

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Des. Primeiro Vogal, após o Des. Relator conceder parcialmente o recurso.

DES. DOORGAL ANDRADA - Depois de reexaminar o julgamento, estou de acordo com o em. Des. Relator.

DES. HERBERT CARNEIRO - De acordo com o Des. Relator.

Súmula - HABEAS CORPUS CONCEDIDO EM PARTE.

...

Roubo majorado - Autoria - Materialidade - Prova - Declaração da vítima - Valor probante - Corréu - Participação de menor importância - Caracterização - Pena - Redução

Ementa: Roubo praticado em concurso de agentes com emprego de arma. Reexame de provas. Réus presos em poder da *res furtiva*. Reconhecimento pela vítima. Circunstâncias do flagrante comprovadas em juízo. Autoria demonstrada. Corréu que permaneceu no veículo durante o roubo, não prestando auxílio na fuga nem exercendo vigilância. Participação de menor importância. Reconhecimento. Ajuste da pena.

- Tendo sido o réu reconhecido pela vítima, restando comprovadas em juízo as circunstâncias do flagrante, deve ser mantida a condenação.

- Se a conduta do corréu se limitou a prestar auxílio moral, sem exercício de vigilância ou auxílio na fuga, cabível o reconhecimento da participação de menor importância para reduzir-lhe a pena.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.07.662273-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) André Fellipe Fernandes de Souza, 2º) Wanderson Marcos Santos de Souza - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Felipe Edgard Ferreira Santos - Relator: DES. HERCULANO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE WANDERSON MARCOS SANTOS DE SOUZA E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE ANDRÉ FELLIPE FERNANDES DE SOUZA.

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2009. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERCULANO RODRIGUES - Na 5ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, André Fellipe Fernandes de Souza e Wanderson Marcos Santos de Souza, já qualificados, foram condenados incursos nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, apenados com 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, tudo porque, segundo a denúncia, em 6 de agosto de 2007, na Av. Fleming, próximo ao nº 500, Bairro Bandeirantes, em unidade de desígnios e previamente ajustados com Felipe Edgard Ferreira Santos e o menor C.N.S.N., mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo, subtraíram bens de propriedade da vítima Camila Rodrigues Marinho.

Na mesma decisão foram os réus absolvidos em relação ao crime de corrupção de menores, e foi o codenunciado Felipe Edgard Ferreira Santos condenado nas mesmas penas e sanções.

Anoto que o sentenciado Felipe Edgard Ferreira Santos foi denunciado nos autos do Processo nº 0024.07.662340-4, em apenso, tendo sido intimado da sentença unificada à f. 221 daqueles autos, ocasião em que manifestou seu desinteresse em recorrer, f. 223, havendo a desistência do recurso por parte de seu defensor, f. 226-verso.

Irresignados, recorreram os réus, apresentando razões em separado.

O réu André Fellipe pede sua absolvição, forte na tese de negativa de autoria e por ausência de *animus furandi*. Subsidiariamente, pede o reconhecimento da participação de menor importância, para que seja reduzida a pena.

Wanderson Marcos também quer ser absolvido, com base no teor da prova coligida.

As contrarrazões e o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça abraçam as conclusões da sentença.

No essencial, é o relatório.

Conheço dos recursos, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

O auto de prisão em flagrante descreve que, logo após o crime, a polícia foi acionada pela vítima, que informou ter sido assaltada por um elemento que saiu de uma Kombi branca com vidros escuros portando um revólver.

Empreendendo rastreamento, os milicianos conseguiram localizar o veículo e prender os réus, recuperando a *res furtiva* em poder deles.

O réu André Fellipe, às f. 104/105, negou a autoria do delito, esclarecendo que apenas estava dentro da Kombi, tendo aceitado uma carona oferecida por Wanderson, sendo que a pessoa que desceu do veículo e assaltou a vítima foi o corréu Felipe Edgar, que inicialmente usou o nome de "Bruno".

No mesmo sentido são as declarações de Wanderson Marcos Santos de Souza, às f. 106/108.

A vítima, às f. 222/225, em depoimento claro, coerente e detalhado, não teve dúvidas em reconhecer o réu Wanderson como aquele que praticou o crime.

Os policiais Andreanderson Damasceno dos Santos, às f. 226/227, e Odir Costa dos Reis Júnior, às f. 228/229, confirmaram os termos do flagrante, inclusive o encontro da *res furtiva* em poder dos réus.

C.N.S., às f. 230/231, informou que estava na Kombi por ocasião dos fatos e que Wanderson permaneceu todo o tempo na sua condução. Contou, ainda, que quem praticou o assalto foi o corréu Felipe Edgar, conhecido por "Bruno", e que ele não informou suas intenções aos demais ocupantes do veículo.

O corréu Felipe Edgar Ferreira Santos, às f. 166/167 dos autos em apenso, confessou a autoria delituosa, isentando os réus quanto ao crime.

A materialidade delitiva restou positivada pelo auto de f. 06/14, BO de f. 17/20, auto de f. 22, bem como pelo restante da prova coligida.

Balizada a prova, tem-se que merecem subsistir as condenações.

Embora tenham os ocupantes do veículo, de forma uníssona, atribuído a autoria ao corréu Felipe Edgar, tem-se que o reconhecimento de Wanderson pela vítima não pode ser desconsiderado nesses casos, não se verificando qualquer dúvida nas declarações prestadas.

Ademais, o réu não produziu qualquer prova no sentido de que Wanderson e Felipe Edgar fossem de tal forma semelhantes que pudessem induzir em erro a vítima.

E, ainda, o fato de ter sido preso em flagrante na condução da Kombi não impede sua responsabilização, sendo certo que poderia ter passado a direção a terceiro antes de abordar a vítima.

Quanto a André Fellipe, observo que o mesmo permaneceu todo o tempo dentro do veículo e, embora sua participação se tenha dado na forma de apoio moral, tenho que não houve exercício de vigilância ou auxílio a fuga, sendo possível o reconhecimento da participação de menor importância, prevista no § 1º do art. 29 do Código Penal.

A causa de aumento do concurso de pessoas emerge clara dos autos, enquanto aquela do emprego de arma de fogo restou demonstrada pelo auto de f. 22 e laudo de f. 292, que comprovou a eficiência do armamento.

Na dosimetria, em relação a Wanderson, tem-se que a pena-base restou concretizada no mínimo legal, com a majoração na fração mínima em decorrência das causas de aumento, nada havendo a ser reparado.

Quanto a André Fellipe, aplica-se o mesmo raciocínio, mas, sobre a pena finalizada, aplico o disposto no § 1º do art. 29 do Código Penal, para reduzir a pena em 1/3 (um terço), concretizando-a em 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 9 (nove) dias-multa.

A fixação do regime prisional fechado foi bem fundamentada, devendo subsistir também o valor do dia-multa.

Impossível a substituição da pena para André Fellipe, por ter sido o crime cometido com violência.

Assente o exposto, dou parcial provimento ao primeiro recurso e nego provimento ao segundo, permanecendo os réus condenados incursos nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, apenados da seguinte forma:

- Wanderson Marcos Santos de Souza, com 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, e

- André Fellipe Fernandes de Souza, com 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime semiaberto, e 9 (nove) dias-multa, também no mínimo.

Custas, de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE WANDERSON MARCOS SANTOS DE SOUZA E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE ANDRÉ FELLIPE FERNANDES DE SOUZA.

...

Habeas corpus - Furto simples de diversas barras de chocolate avaliadas em R$ 45,00 - Apesar de se tratar de *res furtiva* que pode ser considerada ínfima, a existência de condenação por crime de roubo transitada em julgado, cujo paciente cumpria pena, indica a inaplicabilidade, *in casu*, do princípio da insignificância - O MPF manifestou-se pela denegação do *writ* - Ordem denegada

1. O princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supra-legal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado.

2. Entretanto, é imprescindível que a aplicação do referido princípio se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (*HC* 84.412//SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 19.04.04).

3. No caso em apreço, apesar de o furto de diversas barras de chocolate avaliadas em R$ 45,00 poder ser considerado ínfimo, não merece a aplicação do postulado permissivo, eis que a folha de antecedentes criminais do paciente, que indica a condenação por crime de roubo transitada em julgado, noticia a reiteração ou habitualidade no cometimento da mesma conduta criminosa.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial, dadas as singularidades deste caso.

HABEAS CORPUS Nº 137.794-MG (2009//0104905-2) - Relator: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Advogada: Silvana Lourenço Lobo - Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Daniel Arlindo da Cunha.

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 Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília//DF, 29 de setembro de 2009 (data do julgamento). - *Napoleão Nunes Maia Filho* - Relator.

Relatório

MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (Relator) - 1. Cuida-se de *Habeas Corpus* impetrado em benefício de Daniel Arlindo da Cunha, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu parcial provimento ao apelo defensivo, apenas para reduzir a pena imposta na sentença condenatórias.

2. Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 155, *caput* do CPB (furto), à pena de 1 ano de reclusão, no regime semiaberto, além do pagamento de multa, por ter subtraído diversas barras de chocolate de um supermercado, avaliadas em R$ 45,00.

3. No presente writ, o impetrante pugna pela aplicação do princípio da insignificância, diante do ínfimo valor da *res furtiva*, a fim de se reconhecer a atipicidade do fato.

4. Indeferido o pedido de liminar (f. 141) e prestadas as informações de estilo (f. 145), o MPF, em parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral da República Célia Regina Souza Delgado, manifestou-se pela denegação da ordem (f. 160//163).

5. É o relatório.

Voto

MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO 1. Pretende a impetração a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que o ora paciente subtraiu, de um supermercado, diversas barras de chocolate, avaliadas em R$ 45,00.

2. O douto Magistrado processante, ao condenar o paciente, teceu as seguintes considerações:

> Como bem ressaltado pelo Ministério Público, a aplicação do Princípio da Insignificância deve ser lastreada por requisitos que atendam ao fim colimado na pena, quais sejam a prevenção e repressão ao crime. Ademais, não há de cogitar a que em um irrisório desvalor da conduta do réu, já que esta não deve ser analisada isoladamente, mas sim em con-

fronto com a vida pregressa do dito réu, que não é nada recomendável.

Ora, consta da Certidão de Antecedentes Criminais de f. 27//28 que o réu é dado a prática delituosa, inclusive encontra-se cumprindo pena por crime de mesma natureza, ainda mais grave, qual seja um roubo.

Concluindo, certo é que no desdobramento da conduta do réu não se vislumbra nenhuma causa de exclusão da ilicitude, ou mesmo de isenção de pena, impondo-se pois a sua condenação (f. 91).

3. De início, cumpre destacar que o princípio da insignificância, que está diretamente ligado aos postulados da fragmentariedade e intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem sido acolhido pelo magistério doutrinário e jurisprudencial tanto desta Corte, quanto do colendo Supremo Tribunal Federal, como causa supra-legal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força deste postulado.

4. Como cediço, por imperativo do princípio da legalidade, somente a adequação total da conduta do agente ao tipo penal incriminador faz surgir a tipicidade formal ou legal. No entanto, esse conceito não é suficiente para a concretude da tipicidade penal, uma vez que essa deve ser analisada também sob a perspectiva de seu caráter material, tendo como base a realidade em que a sociedade vive, de sorte a impedir que a atuação estatal se dê além do reclamado pelo interesse público.

5. Assim, considerando-se que a tutela penal deve se aplicar somente quando ofendidos bens mais relevantes e necessários à sociedade, posto que é a última dentre todas as medidas protetoras a ser aplicada, cabe ao intérprete da lei penal delimitar o âmbito de abrangência dos tipos penais abstratamente positivados no ordenamento jurídico, de modo a excluir de sua proteção aqueles fatos provocadores de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado, nos quais tem aplicação o princípio da insignificância.

6. Revela-se expressiva, a propósito do tema, a doutrina especializada do ilustre Jurista Cesar Roberto Bittencourt, *in verbis*:

> A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo este princípio, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal, porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado (*Código Penal Comentado*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 6).

7. Desta feita, verificada a necessidade e utilidade da medida de política criminal, é imprescindível que sua aplicação se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (*HC* 84.412//SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 19.04.04).

8. Destarte, apesar de não se olvidar a relevância do princípio em comento como forma de limitar eventuais excessos que a norma penalizadora possa causar ao ser rigidamente aplicada ao caso concreto, é importante, por outro lado, não pode ser empregado indistintamente, sob pena de incentivar a prática de pequenos delitos e, em última análise, gerar a insegurança social.

9. No caso em apreço, o furto de diversas barras de chocolate avaliadas em R$ 27,03, apesar de a *res furtiva* poder ser considerada ínfima, a meu sentir, não merece a aplicação do postulado permissivo, eis que, conforme alertado pelo MPF, em seu parecer, a leitura da folha de antecedentes criminais do paciente noticia a reiteração ou habitualidade no cometimento da mesma conduta criminosa.

10. Ante o exposto, denega-se a ordem, consoante o parecer ministerial, dadas as singularidades deste caso.

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 Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 29 de setembro de 2009. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 03.11.2009.)

...

Direito ambiental - Pedido de retificação de área de imóvel, formulado por proprietário rural - Oposição do MP, sob o fundamento de que seria necessário, antes, promover a averbação da área de reserva florestal disciplinada pela Lei 4.771//65 - Dispensa, pelo Tribunal - Recurso especial interposto pelo MP - Provimento

- É possível extrair, do art. 16, § 8º, do Código Florestal, que a averbação da reserva florestal é condição para a prática de qualquer ato que implique transmissão,

desmembramento ou retificação de área de imóvel sujeito à disciplina da Lei 4.771//65.

Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 831.212 - MG (2006//0062192-7) Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Wander dos Reis Andrade e cônjuge Advogado: Raul Mário Delgado.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 1° de setembro de 2009 (Data do Julgamento). - *Ministra Nancy Andrighi* - Relatora.

Relatório

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora) - Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, objetivando impugnar acórdão exarado pelo TJ//MG no julgamento de recurso de apelação.

Ação de Retificação de Registro Público, proposta por Wander dos Reis Andrade e sua esposa, Sandra Maria Cruvinel Andrade. Os autores alegam que adquiriram propriedade rural e que, procedendo a medição técnica do bem, constataram que sua área real seria maior que a constante do registro. A ação de retificação foi proposta com a anuência de seis confrontantes do imóvel, requerendo-se a citação dos demais. As citações foram procedidas, sem oposições.

Parecer do MP: contrário à retificação, em primeiro grau, por dois motivos: primeiro, porque a retificação implicaria aumento de quase dez vezes sobre a área anteriormente constante da matrícula; segundo, por ausência de averbação, na matrícula, de reserva florestal equivalente a 20% da área do imóvel.

Sentença: julgou procedente o pedido, contrariamente ao parecer ministerial.

Recurso de apelação: interposto pelo MP//MG, pelos dois fundamentos desenvolvidos no parecer anterior.

Parecer do MP em 2° grau: pelo provimento do recurso apenas quanto ao segundo fundamento, relativo à necessidade de averbação da reserva legal.

Acórdão: negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

> Jurisdição voluntária. Retificação de registro de imóvel. Alteração de área. Ausência de impugnação fundamentada. Adequação do registro à situação de fato preexistente. Admissibilidade. Averbação de reserva legal.
> Comprovada a divergência para maior entre a área real do imóvel e aquela lançada no assento do registro público, aliado ao fato de inexistir impugnação fundamentada pelos confrontantes, tem o proprietário direito à sua retificação, na forma do art. 1.247 do Código Civil, e dos arts. 212 e 213 da Lei de Registros Públicos. Descabe a pretensão ministerial no tocante à averbação de reserva legal, com fundamento no Código Florestal (art. 16), visto tratar-se de pedido incompatível com a natureza do procedimento retificatório, de jurisdição voluntária (arts. 213, e §§ da Lei n° 6.015//73).

Embargos de declaração: opostos pelo MP//DF, foram rejeitados.

Recurso especial: interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional. O recorrente alega violação aos arts. 535, II, do CPC, pela rejeição dos embargos de declaração opostos, bem como ao art. 16, § 8°, do Código Florestal (Lei 4.771//65), pela inexigência de averbação da área florestal no imóvel, antes da retificação de sua matrícula.

Admissibilidade: o recurso foi admitido na origem.

Parecer do MPF: pelo provimento do recurso, subscrito pelo il. Subprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães.

É o relatório.

Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora) - I - Delimitação da controvérsia.

Cinge-se a lide a estabelecer se o deferimento de pedido, formulado pelo proprietário, de retificação de área de imóvel rural, pode ser condicionado à prévia averbação, na respectiva matrícula, da reserva florestal estabelecida por lei.

II - Violação ao art. 535 do CPC.

O MP//MG, ora recorrente, argumenta, preliminarmente, que há violação ao art. 535, II, do CPC. O motivo é o de que o TJ//MG, ao decidir este processo, mencionou expressamente o art. 16, § 2°, do Código Florestal, em lugar do respectivo § 8°, que é a norma efetivamente aplicável à espécie.

Não há razão para acolher o pedido de anulação do julgado. Ao analisar o processo à luz do art. 16 do Código Florestal, o TJ//MG promoveu o efetivo enfrentamento das questões de fato e de direito submetidos a julgamento. Ao aplicar o art. 16, § 2°, do Código Florestal, em detrimento do respectivo § 8°, o Tribunal efetivamente enfrenta a questão controvertida. Resta, portanto, apenas verificar se há violação a alguma dessas normas.

Rejeito a alegação de ofensa ao art. 535, II, do CPC.

III - Violação ao art. 16, § 8º, do Código Florestal.

O TJ//MG denegou a pretensão formulada pelo MP//MG, de condicionar a retificação do registro do imóvel em julgamento à averbação da Reserva Florestal de 20% sobre a área, sob o fundamento de que "o procedimento retificatório não é a via adequada para tal discussão, vez que não se insere nas hipóteses previstas no artigo 213 e §§ da Lei nº 6.015//73".

A questão, contudo, não se resolve meramente no âmbito da Lei de Registros Públicos. O art. 16, § 8º, do Código Florestal dispõe, expressamente, que

> a área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

A questão, portanto, diz respeito a definir se a referida norma efetivamente contempla uma obrigação de se promover, previamente a qualquer pedido de retificação, a averbação da reserva legal.

Tal obrigação não decorre da literalidade do dispositivo. Com efeito, o referido § 8º, por um lado, dispõe sobre a obrigatoriedade da averbação da reserva, sem nada dizer acerca do prazo em que isso deve ser feito. Por outro lado, tal norma disciplina também a inalterabilidade da averbação, depois de feita, mesmo em hipóteses de alienação, retificação ou desmembramento. Contudo, não há, ao menos expressamente, qualquer menção a que seja averbada a reserva como condição para que se autorize a alienação, averbação ou desmembramento do imóvel.

A inexistência de exigência expressa, todavia, não implica a conclusão de que ela seja descabida. É necessário interpretar teleologicamente o referido art. 16 do Código Florestal para apurar, com os olhos voltados a todo o sistema de preservação ambiental, se a pretensão formulada pelo MP//MG merece guarida.

No recurso especial o MP//MG pondera que

> a obrigação de registrar a reserva legal é do proprietário, em qualquer época. As mais propícias, no entanto, são aquelas em que, por força de atos negociais, como uma compra e venda ou permuta do imóvel, há a necessidade de se promoverem alterações no registro.

Para o recorrente, portanto, o momento em que se requer a retificação da área configura "oportunidade ímpar de se identificar, inclusive com o auxílio do Poder Público, a área passível de ser demarcada a título de reserva legal".

A matéria já foi analisada pelo STJ, conquanto o tenha feito em situação fática diversa da dos autos. Por ocasião do julgamento do RMS 18.301//MG (Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, *DJ* de 3//10//2005), o STJ decidiu ser correta a interpretação do Código Florestal no sentido de se considerar a averbação da reserva legal como condição da transcrição de títulos aquisitivos de propriedade. Naquela oportunidade, a matéria enfrentada dizia respeito a portaria decretada pelo Juízo de direito da Comarca de Andrelândia, MG, que dispensava referida averbação. O Min. Relator, durante o julgamento, após ponderar que "a lei não esclarece a oportunidade em que se deve dar tal averbação", sustentou que "desobrigar os proprietários da averbação é o mesmo que esvaziar a lei de seu conteúdo", complementando:

> O mesmo se dá quanto ao adquirente, por qualquer título, no ato do registro da propriedade. Não há nenhum sentido em desobrigá-lo das respectivas averbações, porquanto a reserva legal é regra restritiva do direito de propriedade, tratando-se de situação jurídica estabelecida desde 1965.

Conforme ensina Calmon de Passos (Meio Ambiente e Urbanismo. Compreendendo, hoje, o Código Florestal de ontem, in *Juris Plenum*, nº 19, p. 35 a 48, esp. p. 35), o jurista deve "trabalhar com textos revestidos de validade jurídica, mas para compreendê-los com o objetivo de aplicá-los" é necessário "ultrapassar sua literalidade e singularidade, mais que isto, contextualizá-los no todo do sistema social".

O art. 1º da Lei 4.771//65 já estabelece, de plano, a importância dos direitos por ela regulados, mencionando que

> as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

Comentando referido dispositivo, Paulo de Bessa Antunes chega a firmar que

> a abrangência da norma contida no Código é extremamente ampla, pois ela oferece uma tutela que, *verbi gratia*, é mais alargada do que aquela fornecida pela Ação Popular, que somente contempla o cidadão. No caso presente, até mesmo o estrangeiro é sujeito ativo de tal interesse, condição que lhe assegura o acesso aos remédios jurídicos aptos a tornar efetiva sua defesa (*Direito ambiental*, 7. ed., Lumen Juris, p. 602).

Essa norma foi plenamente recepcionada pela CF//88 que, a respeito do meio ambiente, dispõe ser ele "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".

Como é cediço, sempre que uma lei comportar mais de uma interpretação, é necessário interpretá-la do modo mais coerente com o sistema na qual está inserida. A defesa do meio ambiente naturalmente implica restrição ao direito de propriedade. E a melhor forma de tornar efetiva essa obrigação, como bem notado pelo STJ no já citado julgamento do RMS 18.301//MG, é a de vincular qualquer modificação na matrícula do imóvel à averbação da reserva florestal. Interpretar a norma do art. 16 da Lei 4.771//65 de outra maneira implicaria retirar do art. 212 da CF//88 e de seus incisos parte de seu potencial de proteção ambiental.

Disso decorre que assiste razão ao il. representante do MP//MG no recurso especial interposto. Ao desobrigar os proprietários de averbar, na matrícula, a reserva florestal fixada por lei, como condição para a retificação da área do imóvel, o TJ//MG violou o art. 16, § 8º, do Código Florestal.

Forte em tais razões, conheço e dou provimento ao recurso especial, determinando que seja constituída área de reserva florestal no imóvel controvertido, como condição à retificação de área pleiteada, nos termos do art. 16, § 8º, do Código Florestal.

Certidão

Certifico que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ//RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ//BA) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti.

Brasília, 01 de setembro de 2009. - *Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha* - Secretária.

(Publicado no *DJ* de 22.09.2009.)

...

Processual civil - Apelação - Regularidade formal - Artigo 514, II, do CPC - Fundamentos de fato e de direito - Reprodução das razões da inicial ou da contestação que, por si só, contraditam os fundamentos exarados na sentença - Acórdão regional que não conheceu do recurso - Excessivo rigor formal

1. A petição do recurso de apelação deve conter, entre outros requisitos, a exposição dos fundamentos de fato e de direito que, supostamente, demonstrem a injustiça (*error in iudicandum*) e//ou a invalidade (*error in procedendo*) da sentença impugnada, à luz do disposto no artigo 514, II, do CPC.

2. A regularidade formal é requisito extrínseco de admissibilidade da apelação, impondo ao recorrente, em suas razões, que decline os fundamentos de fato e de direito pelos quais impugna a sentença recorrida.

3. O excessivo rigor formal conducente ao não conhecimento do recurso de apelação, no bojo do qual se encontram infirmados os fundamentos exarados na sentença, não obstante a repetição dos argumentos deduzidos na inicial ou na contestação deve ser conjurado, uma vez configurado o interesse do apelante na reforma da decisão singular (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 989.631//SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 19.02.2009, *DJe* 26.03.2009; REsp 707.776//MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06.11.2008, *DJe* 01.12.2008; REsp 1.030.951//PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.10.2008, *DJe* 04.11.2008; AgRg no Ag 990.643//RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06.05.2008, *DJe* 23.05.2008; e REsp 998.847//RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 18.03.2008, *DJe* 12.05.2008).

4. *In casu,* a apelante, em suas razões, após pleitear a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, requereu, expressamente, a reforma integral da sentença, transcrevendo trecho pertinente e rebatendo fundamentos do aludido decisum singular, razão pela qual deve ser anulado o acórdão regional que obstou o conhecimento da pretensão recursal.

5. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à instância de origem a fim de que se proceda à apreciação do recurso de apelação interposto pela ora recorrente.

RECURSO ESPECIAL Nº 976.287 - MG (2007//0184933-5) - Relator: MINISTRO LUIZ FUX

Recorrente: Ipiranga Produtos de Petróleo S//A. Advogado: Aloisio Augusto Mazeu Martins. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Procurador: Gleide Lara Meirelles Santana e outros.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento

ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciada a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília (DF), 08 de setembro de 2009 (data do julgamento). - *Ministro Luiz Fux* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator) - Trata-se de recurso especial interposto por Chevron Brasil Ltda., com fulcro nas alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa restou assim vazada:

> Embargos à execução fiscal - Processual civil - Razões recursais sem fundamentação - Repetições dos argumentos lançados na exordial e nas alegações finais - Fundamentos de fato e de direito não demonstrados - Ausência de requisito extrínseco de admissibilidade - Ofensa ao artigo 514, II, do Código de Processo Civil - Recurso não conhecido. Têm-se como requisitos da apelação, entre outros, os fundamentos de fato e de direito que censuram os vícios da sentença, possibilitando ao Juízo *ad quem*, através de nova decisão, o exame da procedência desse inconformismo. Não havendo qualquer crítica à sentença, face à repetição dos mesmos argumentos apresentados, neste caso, na peça de embargos à execução fiscal, ou seja, inexistentes os motivos ensejadores de uma decisão diversa daquela proferida no Juízo *a quo*, ressai desatendido o disposto no inciso II, artigo 514 do Código de Processo Civil, o que é óbice ao conhecimento do recurso.

Opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados por não vislumbrados os vícios elencados no artigo 535, do CPC.

Nas razões do especial, sustenta a empresa violação dos artigos 535, II, e 514, II, do CPC, ao argumento de que "o v. acórdão recorrido, ao acolher a preliminar suscitada pela recorrida, foi omisso ao não analisar os fundamentos de fato e de direito demonstrados na apelação que, conforme demonstrado nos embargos de declaração opostos pela recorrente, não são meras repetições das peças já apresentadas nos autos". Alega que "demonstrou pormenorizadamente os fundamentos de fato e de direito deduzidos na Apelação na qual restaram expressamente apontados os vícios da r. sentença proferida e, ao mesmo tempo em que seguiu, como não poderia deixar de ser, a mesma linha de raciocínio desenvolvida ao longo da lide, não se limitou a reproduzir as peças processuais anteriormente produzidas, não havendo que se falar em carência de fundamentação do apelo". Assinala que "o recurso de apelação interposto menciona expressamente trechos da sentença e requer a reforma integral da decisão, no estrito cumprimento da legislação processual".

Apresentadas contra-razões ao apelo extremo, admitido na origem.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator) - Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do recurso especial, uma vez prequestionada a matéria federal ventilada.

A petição do recurso de apelação deve conter, entre outros requisitos, a exposição dos fundamentos de fato e de direito que, supostamente, demonstrem a injustiça (*error in iudicandum*) e//ou a invalidade (*error in procedendo*) da sentença impugnada, à luz do disposto no artigo 514, II, do CPC.

A regularidade formal é requisito extrínseco de admissibilidade da apelação, impondo ao recorrente, em suas razões, que decline os fundamentos de fato e de direito pelos quais impugna a sentença recorrida.

O excessivo rigor formal conducente ao não conhecimento do recurso de apelação, no bojo do qual se encontram infirmados os fundamentos exarados na sentença, não obstante a repetição dos argumentos deduzidos na inicial ou na contestação deve ser conjurado, uma vez configurado o interesse do apelante na reforma da decisão singular.

No mesmo sentido, confiram-se as ementas dos seguintes julgados desta Corte:

> Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Apelação. Observância dos requisitos previstos no art. 514 do CPC. Não-conhecimento do recurso que implica rigor excessivo e injustificado.
> 1. Havendo impugnação específica dos fundamentos que motivaram a sentença, contendo a apelação os nomes e a qualificação das partes, os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão, ficam preenchidos os requisitos previstos no art. 514 do CPC. Na hipótese, o não-conhecimento do recurso, sob o fundamento de que houve mera reprodução da inicial, constitui rigor excessivo e injustificado. Nesse sentido: REsp 1.024.291//PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 24.4.2008; REsp 179.822//ES, 3ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* de 11.3.2002; REsp 842.289//PR, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* de 2.10.2006.
> 2. Cumpre esclarecer que a presente conclusão não está atrelada ao reexame de matéria fática, razão pela qual a análise da questão de mérito não é obstada pelo disposto na Súmula 7//STJ, como equivocadamente sustenta a agravante.
> 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 989.631//SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 19.02.2009, *DJe* 26.03.2009.)

> Processo civil. Recurso especial. Apelação. Art. 514 do CPC. Requisitos. Repetição dos argumentos deduzidos na contestação. Possibilidade.
> 1. A repetição dos argumentos deduzidos na contestação não impede, por si só, o conhecimento do recurso de

apelação, notadamente quando suas razões estão condizentes com a causa de pedir e deixam claro o interesse pela reforma da sentença.
2. Recurso especial provido. (REsp 707.776//MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06.11.2008, *DJe* 01.12.2008)

Processo civil - Apelação - Reprodução de razões - Alegações suficientes a atacar a sentença - Excesso de rigor - Art. 514, II, do CPC - Jurisprudência da 2ª seção e das 1ª e 5ª turmas.
1. A repetição das razões de insurgência na apelação, desde que não constituam alusão às razões invocadas em outro ato processual e sejam suficientes para demonstrar a irresignação quanto à sentença proferida, não é causa de não-conhecimento do apelo, o que caracterizaria excesso de rigor processual.
2. Precedentes das Turmas da 2ª Seção e das 1ª e 5ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, e da 2ª Turma, no RMS 24.285//PR, Rel. Ministro Humberto Martins.
3. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à origem com a continuidade do julgamento. (REsp 1.030.951//PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.10.2008, *DJe* 04.11.2008.)

Processo civil. Recurso especial. Agravo no agravo de instrumento. Fundamentação recursal. Apelação. Art. 514 do CPC. Requisitos. Reexame de matéria fática. Súmula 7//STJ. Repetição dos argumentos deduzidos na contestação. Demonstração do interesse pela reforma. Súmula 83//STJ.
- O reexame do acervo fático-probatório do processo é vedado em sede de recurso especial.
- A reprodução na apelação das razões já deduzidas na petição inicial não determina a negativa de conhecimento do recurso, especialmente quando as razões ali esposadas são suficientes à demonstração do interesse pela reforma da sentença.
- Inviável o recurso especial quando a decisão recorrida está em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Agravo no agravo de instrumento improvido. (AgRg no Ag 990.643//RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 23.05.2008.)

Processual civil. Nulidade do acórdão. CPC, art. 535. Inocorrência. Apelação. Repetição das razões da contestação. CPC, art. 514. Aptidão. Interesse na reforma da sentença.
I. O julgamento contrário aos interesses da parte não implica na nulidade do acórdão recorrido.
II. A reprodução da defesa deduzida em contestação no apelo é apta quando demonstrado interesse na reforma da sentença, como ocorre na espécie. Precedentes.
III. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (REsp 998.847//RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 18.03.2008, *DJe* 12.05.2008)

In casu, a apelante, em suas razões, após pleitear a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, requereu, expressamente, a reforma integral da sentença, transcrevendo trecho pertinente e rebatendo fundamentos do aludido *decisum* singular, razão pela qual deve ser anulado o acórdão regional que obstou o conhecimento da pretensão recursal.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos à instância de origem a fim de que se proceda à apreciação do recurso de apelação interposto pela ora recorrente.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciada a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília, 08 de setembro de 2009. - *Bárbara Amorim Sousa Camuña* - Secretária.

(Publicado no *DJ* de 08.10.2009.)

...

Habeas corpus - Penal - Roubos - Continuidade delitiva - Inexistência

- Crime de roubo. Continuidade delitiva. Inexistência: Sem o liame entre uma e outra conduta não há como admitir o segundo fato delituoso como continuação do primeiro. Daí o acerto da decisão impugnada ao reconhecer o concurso material de crimes, não a continuidade delitiva.

Ordem denegada.

HABEAS CORPUS N. 99.505 - MG - Relator: MINISTRO EROS GRAU

Paciente: Anderson Luiz Guedes Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do REsp nº 771.467 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 da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 8 de setembro de 2009. - *Eros Grau* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra decisão do Ministro Nilson Naves, do STJ, que proveu parcialmente recurso especial para excluir a causa de aumento de pena pela utilização de arma de brinquedo na prática do crime de roubo.

2. A impetração ataca a decisão impugnada no ponto em que não acolheu a tese da continuação delitiva.

3. A Defensoria Pública da União alega, em síntese, que "há de se ressaltar que o agente procedeu com o mesmo *modus operandi*, em espaços e tempo próximos. O primeiro crime foi cometido no dia 08/05/2003 às 21:30h; o segundo, poucas horas depois na madrugada do dia seguinte. Portanto, *não são delitos autônomos* como entendeu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, *mesmo porque não ocorreu a unidade de desígnio, isto é, as condutas resultaram de planejamento previamente elaborado pelo paciente*, muito embora o planejamento tenha sido realizado num momento de extrema dificuldade financeira" (f. 4/5).

4. Requer seja reconhecida a continuidade delitiva e, em consequência, reduzida a pena na quantidade correspondente.

5. A PGR é pelo não conhecimento da impetração; se conhecida, pela denegação da ordem.

É o relatório.

Aditamento ao voto

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator) - Senhora Presidente, é sempre razão de satisfação ouvir o defensor público, que cumpre o seu ofício com dedicação, com o brilho comedido dos que não necessitam brilhar no desempenho do seu ofício.

Neste caso, contudo, a situação é difícil. Porque, na verdade, não há continuidade delitiva. No caso que foi lembrado pelo ilustre Defensor, do *HC* nº 93.377, efetivamente se reconheceu a continuidade porque existia. Aqui não há. Leio em um trecho do parecer do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves que no caso não se pode vislumbrar liame entre os crimes cometidos, praticados de forma independente e autônoma.

Então, não há continuidade delitiva. O que há, na verdade, é habitualidade criminosa. Estou me valendo de um precedente do Ministro Menezes Direito no R*HC* nº 93.144 e, não havendo liame entre uma e outra conduta, denegando a ordem.

Voto

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator) - A questão restou corretamente elucidada pelo Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, qual se vê nos seguintes trechos de sua manifestação (f. 18/19):

> [...]
> 11. Os crimes ocorreram em momentos e lugares diversos, 'sem que haja conexão de oportunidades, nascida no primeiro para o segundo crime', como bem observado pelo juiz sentenciante (f. 64, do apenso).
> 12. Com efeito, as circunstâncias fáticas dos crimes não permitem afirmar que o segundo seja mera continuação do primeiro, pelo contrário, não houve aproveitamento da 'mesma situação ou oportunidade', nem desenvolvimento ou desdobramento da situação inicial.
> 13. *In casu*, além de estarem ausentes os requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, lugar e *modus operandi*), não se pode vislumbrar nenhum liame entre os crimes cometidos, que foram praticados de forma independente e autônoma.

14. A hipótese, portanto, não é de continuidade delitiva, mas de habitualidade criminosa. Sobre o tema essa Excelsa Corte já decidiu:

'Ementa: Recurso ordinário em *habeas corpus*. Delitos de roubo. Unificação da penas sob a alegação de continuidade delitiva. Não-ocorrência das condições objetivas. Impossibilidade de revolvimento do conjunto probatório para esse fim. Recurso desprovido. Precedentes. 1. Para configurar o crime continuado, na linha adotada pelo Direito Penal brasileiro, é imperioso que o agente: a) pratique mais de uma ação ou omissão; b) que as referidas ações ou omissões sejam previstas como crime; c) que os crimes sejam da mesma espécie; d) que as condições do crime (tempo, lugar, modo de execução ou outras similares) indiquem que as ações ou omissões subseqüentes efetivamente constituem o prosseguimento da primeira. 2. É assente na doutrina e na jurisprudência que não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja um liame, de tal modo a evidenciar-se, de plano, terem sido os crimes subseqüentes continuação do primeiro. 3. O entendimento desta Corte é no sentido de que a reiteração criminosa indicadora de delinqüência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar o crime continuado. 4. Incensurável o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ora questionado, pois não se constata, de plano, ocorrerem as circunstâncias configuradoras da continuidade delitiva, não sendo possível o revolvimento do conjunto probatório para esse fim. 5. Recurso desprovido' (*RHC* 93144/SP, Rel. Min. Menezes Direito, *DJ* de 09/05/08 - grifo nosso).

2. Sem o liame entre uma e outra conduta não há como admitir o segundo fato delituoso como continuação do primeiro. Daí o acerto da decisão impugnada ao reconhecer o concurso material de crimes e não a continuidade delitiva.

Denego a ordem.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, à unanimidade, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso. 2ª Turma, 08.09.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJe* de 29.10.2009.)

...

1. Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Ausência de peça obrigatória à formação do instrumento (art. 544, § 1º, CPC). Cópia da procuração outorgada ao subscritor da petição de agravo de instrumento e da petição de recurso extraordinário. 3. Ônus de fiscalização do agravante. Precedentes. 4. Juntada extemporânea. Desconsideração. Preclusão consumativa. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 751.644-9 - MG - Relator: MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)

Agravante: Mauro Roberto Menezes. Advogados: Virgílio Antônio Amaral de Melo Castro e outros. Agravado: Estado de Minas Gerais. Advogado: Advocacia-Geral do Estado de MG - José Marcos Rodrigues Vieira.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 1º de julho de 2009. - *Ministro Gilmar Mendes* - Presidente e Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente) - Ao apreciar o recurso neguei-lhe seguimento por entender que o instrumento não foi devidamente formado, conforme preceitua o art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil.

No agravo regimental, sustenta-se, em síntese, que a culpa pela deficiência na formação do instrumento é do serviço cartorial do STJ, e que, por isso, não pode ser prejudicado, sob pena de ofensa a direitos constitucionais.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente) - No agravo regimental não ficou demonstrado o desacerto da decisão agravada.

Não consta dos autos a cópia da procuração outorgada ao subscritor da petição de agravo de instrumento e da petição de recurso extraordinário. As peças

do instrumento devem ser apresentadas no momento da interposição do agravo, conforme preceitua o art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil. A falta de qualquer das peças arroladas no dispositivo retro implica o não conhecimento do recurso.

Ademais, ambas as Turmas desta Corte têm decidido que o ônus de fiscalizar a correta formação do instrumento é exclusivo do agravante. Nesse sentido, AI-AgR 410.636, 2ª T., Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 21.3.2003; AI-AgR 419.200, 1ª T., Rel. Moreira Alves, *DJ* de 28.3.2003.

Ressalta-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento segundo o qual a juntada extemporânea de peça deve ser desconsiderada. Nesse sentido, o AI-AgR 375.098, 1ª T., Rel. Moreira Alves, e o AI-AgR 374.516, 2ª T., por mim relatado, *DJ* de 30.8.2002, o qual possui a seguinte ementa:

> Ementa: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Ausência de peças obrigatórias à formação do instrumento (art. 544, § 1º). 3. Preclusão consumativa do ato de interposição do recurso. Juntada extemporânea de faltantes. Desconsideração. 4. Impossibilidade de realização de diligências para sanar a falta. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

Assim, nego provimento ao agravo regimental.

Extrato de ata

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Eros Grau e, licenciado, o Senhor Ministro Menezes Direito. Plenário, 01.07.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procuradora-Geral da República Interina, Dra. Déborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Luiz Tomimatsu - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 28.08.2009.)

...

ÍNDICE NUMÉRICO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corte Superior

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0042.03.004956-5/002	Inc.Arg.Inconst.Cív.	Arcos	Herculano Rodrigues	71
1.0188.04.028001-1/002	Inc.Unif.Jurispr.	Nova Lima	José Antonino Baía Borges	76

Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.08.480825-2/000	Ação Rescis.	Matozinhos	Wagner Wilson	173
1.0000.09.493106-0/000	Mand.de Segur.	Belo Horizonte	Dárcio Lopardi Mendes	129
1.0009.06.007768-3/001	Ap.Cível	Águas Formosas	José Flávio de Almeida	282
1.0011.08.020416-4/001	Ap.Cível	Aimorés	Audebert Delage	147
1.0016.08.082171-9/001	Ap.Cível	Alfenas	Nicolau Masselli	248
1.0024.02.628855-5/001	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	Belizário de Lacerda	175
1.0024.02.741435-8/001	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	José Affonso da Costa Côrtes	273
1.0024.05.627999-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Evangelina Castilho Duarte	230
1.0024.05.748901-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Nilo Lacerda	232
1.0024.05.844809-3/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	José Antônio Braga	194
1.0024.06.008287-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Almeida Melo	91
1.0024.06.059916-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Hilda Teixeira da Costa	308
1.0024.06.124269-9/002	Ap.Cível	Belo Horizonte	Maria Elza	313
1.0024.07.480710-8/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Eduardo Mariné da Cunha	169
1.0024.07.485230-2/002	Ap.Cível	Belo Horizonte	Batista de Abreu	300
1.0024.07.495137-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Antônio Sérvulo	132
1.0024.07.530963-3/001	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	Elpídio Donizetti	138
1.0024.07.592827-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Cabral da Silva	271
1.0024.07.594811-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Luiz Carlos Gomes da Mata	303
1.0024.07.758093-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Ernane Fidélis	235
1.0024.07.760174-8/002	Emb.Infr.Cível	Belo Horizonte	Edgard Penna Amorim	178
1.0024.07.775279-8/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Generoso Filho	192
1.0024.07.791707-8/003	Ap.Cível	Belo Horizonte	Alberto Aluízio Pacheco de Andrade	304
1.0024.08.036898-8/001	Reex.Nec.Cív.	Belo Horizonte	Heloísa Combat	151
1.0024.08.054251-7/002	Ap.Cível	Belo Horizonte	Marcelo Rodrigues	239
1.0024.08.076009-3/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Selma Marques	311
1.0024.08.126123-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Márcia De Paoli Balbino	249
1.0024.08.141753-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Guilherme Luciano Baeta Nunes	158
1.0024.08.976660-4/001	Reex.Nec.Cív.	Belo Horizonte	Edilson Fernandes	306
1.0024.08.983063-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Mauro Soares de Freitas	139
1.0024.08.995203-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Teresa Cristina da Cunha Peixoto	196
1.0024.08.997752-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Valdez Leite Machado	201
1.0024.09.473402-7/003	Ap.Cível	Belo Horizonte	Saldanha da Fonseca	225
1.0024.09.579146-3/001	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	Gutemberg da Mota e Silva	227
1.0024.09.632850-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Dídimo Inocêncio de Paula	177

1.0026.09.036864-3/001	Agr. de Instr.	Andradas	Eduardo Andrade 97
1.0027.07.134922-2/001	Ap.Cível	Betim	Pedro Bernardes 263
1.0035.09.152619-0/001	Agr. de Instr.	Araguari	Maurício Barros 160
1.0040.04.024240-2/001	Ap.Cível	Araxá	Maurílio Gabriel 206
1.0040.05.030533-9/001	Agr. de Instr.	Araxá	Domingos Coelho 92
1.0145.07.414086-7/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Batista de Abreu 253
1.0040.05.035197-8/001	Ap.Cível	Araxá	Rogério Medeiros 94
1.0056.04.077079-6/001	Ap.Cível	Barbacena	Wander Marotta 218
1.0056.08.175918-7/001	Agr. de Instr.	Barbacena	Fernando Botelho 111
1.0079.04.166538-5/001	Ap.Cível	Contagem	Tibúrcio Marques 222
1.0079.06.290019-0/001	Ap.Cível	Contagem	Alberto Henrique 127
1.0079.08.399367-9/001	Ap. Cível	Contagem	Nepomuceno Silva 318
1.0079.08.442389-0/001	Ap.Cível	Contagem	Moreira Diniz 167
1.0079.09.927141-7/001	Agr. de Instr .	Contagem	Mota e Silva 275
1.0091.06.006251-9/001	Ap.Cível	Bueno Brandão	José Marcos Vieira 278
1.0105.08.285649-0/001	Ap.Cível	Gov. Valadares	Alvim Soares 126
1.0145.04.188400-1/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Antônio de Pádua 119
1.0145.06.324810-1/002	Agr. de Instr.	Juiz de Fora	Antônio Bispo 322
1.0145.07.399279-7/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Pereira da Silva 165
1.0145.07.425727-3/001	Agr. de Instr.	Juiz de Fora	Duarte de Paula 266
1.0145.08.488214-4/001	Agr. de Instr.	Juiz de Fora	Elias Camilo 269
1.0145.09.523332-9/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Arnaldo Maciel 134
1.0148.03.012993-3/004	Agr. de Instr.	Lagoa Santa	Electra Benevides 285
1.0182.06.001331-1/003	Ap.Cível	Conquista	Luciano Pinto 141
1.0183.04.066981-8/001	Ap.Cível	Cons.Lafaiete	Afrânio Vilela 102
1.0183.06.120644-1/001	Ap.Cível	Cons.Lafaiete	José Francisco Bueno 289
1.0188.07.063974-8/001	Ap.Cível	Nova Lima	Caetano Levi Lopes 246
1.0188.08.077648-0/001	Ap.Cível	Nova Lima	Albergaria Costa 103
1.0210.08.047226-4/001	Ap.Cível	Pedro Leopoldo	Carreira Machado 154
1.0223.05.174473-6/001	Ap.Cível	Divinópolis	Roney Oliveira 109
1.0239.04.001506-1/001	Ap.Cível	Entre-Rios de Minas	Barros Levenhagen 87
1.0251.07.021397-9/001	Ap.Cível	Extrema	Fernando Caldeira Brant 237
1.0261.08.059923-4/001	Ap.Cível	Formiga	Kildare Carvalho 241
1.0283.08.008481-9/001	Ap.Cível	Guaranésia	Brandão Teixeira 145
1.0287.06.025910-1/001	Ap.Cível	Guaxupé	Tiago Pinto 212
1.0313.08.260293-6/001	Agr. de Instr.	Ipatinga	Bitencourt Marcondes 297
1.0313.09.277871-8/001	Ap.Cível	Ipatinga	Edivaldo George dos Santos 124
1.0324.07.055565-5/001	Reex.Nec.Cív.	Itajubá	Armando Freire 99
1.0382.05.049736-3/001	Ap.Cível	Lavras	Irmar Ferreira Campos 287
1.0384.05.040085-0/001	Ap.Cível	Leopoldina	Alberto Vilas Boas 153
1.0411.02.006086-8/001	Ap.Cível	Matozinhos	Geraldo Augusto 88
1.0433.06.173185-0/001	Ap.Cível	Montes Claros	Tarcísio Martins Costa 291
1.0433.06.188827-0/002	Ap.Cív./Reex.Nec.	Montes Claros	Vanessa Verdolim Hudson Andrade . .121
1.0439.06.061376-7/001	Ap.Cível	Muriaé	Silas Vieira 243
1.0439.08.082410-5/001	Ap.Cível	Muriaé	Manuel Saramago 104
1.0472.08.021460-5/001	Ap.Cível	Paraguaçu	Sandra Fonseca 203
1.0558.06.001419-5/001	Ap.Cível	Rio Pomba	Alvimar de Ávila 85
1.0686.01.027854-3/001	Ap.Cível	Teófilo Otoni	Francisco Kupidlowski 148
1.0686.07.191085-1/001	Ap.Cível	Teófilo Otoni	Osmando Almeida 161
1.0687.08.061795-8/001	Ap.Cível	Timóteo	Marcos Lincoln 244
1.0699.04.041242-0/001	Ap.Cível	Ubá	Otávio Portes 214
1.0701.04.093828-7/001	Ap.Cível	Uberaba	Cláudia Maia 107
1.0701.08.226161-4/003	Ap.Cível	Uberaba	Lucas Pereira 295
1.0702.05.262627-3/001	Ap.Cível	Uberlândia	Sebastião Pereira de Souza 299
1.0707.05.094136-8/001	Ap.Cível	Varginha	Fábio Maia Viani 156

Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.07.461689-7/000	Rev.Criminal	Silvianópolis	Hélcio Valentim	356
1.0000.09.492827-2/000	Rev.Criminal	Gov. Valadares	Paulo Cézar Dias	357
1.0000.09.495754-5/000	*HC*	Paracatu	Beatriz Pinheiro Caires	361
1.0000.09.502359-4/000	*HC*	Uberlândia	Júlio Cezar Guttierrez	378
1.0000.09.502644-9/000	*HC*	Ribeirão das Neves	Eduardo Machado	367
1.0024.04.292190-8/002	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Márcia Milanez	351
1.0024.05.691499-7/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Judimar Biber	368
1.0024.07.662273-7/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Herculano Rodrigues	380
1.0090.07.017649-1/001	Ap.Criminal	Brumadinho	Eduardo Brum	329
1.0105.04.118788-8/001	Ap.Criminal	Gov. Valadares	Renato Martins Jacob	344
1.0114.05.059541-1/001	Ap.Criminal	Ibirité	Antônio Carlos Cruvinel	372
1.0145.08.497740-7/001	Ap.Criminal	Juiz de Fora	Adilson Lamounier	364
1.0194.09.095523-9/001	Ap.Criminal	Cel.Fabriciano	Doorgal Andrada	373
1.0210.05.030244-2/001	Ap.Criminal	Pedro Leopoldo	Ediwal José de Morais	337
1.0283.07.006588-5/001	Ap.Criminal	Guaranésia	Herbert Carneiro	370
1.0386.04.000684-6/001	Ap.Criminal	Lima Duarte	Fernando Starling	325
1.0431.04.016030-8/001	Ap.Criminal	Monte Carmelo	José Antonino Baía Borges	328
1.0431.07.033920-2/001	Ap.Criminal	Monte Carmelo	Antônio Armando dos Anjos	340
1.0433.07.217840-6/001	Ap.Criminal	Montes Claros	Delmival de Almeida Campos	349
1.0479.07.125936-6/001	Ap.Criminal	Passos	Alberto Deodato Neto	347
1.0569.07.009405-1/001	Ap.Criminal	Sacramento	Fortuna Grion	327
1.0637.05.029118-5/001	Ap.Criminal	São Lourenço	Maria Celeste Porto	335
1.0672.08.309523-8/001	Ap.Criminal	Sete Lagoas	Vieira de Brito	354
1.0701.04.095455-7/002	Ap.Criminal	Uberaba	Alexandre Victor de Carvalho	342
1.0702.05.260035-1/001	Rec.Sent.Estr.	Uberlândia	Jane Silva	375
1.0720.06.024581-1/001	Ap.Criminal	Visc.do Rio Branco	Pedro Vergara	331

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
137.794-MG	*Habeas Corpus*	Napoleão Nunes Maia Filho	383
831.212 - MG	Recurso Especial	Nancy Andrighi	384
976.287 - MG	Recurso Especial	Luiz Fux	387

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
99.505 - MG	*Habeas Corpus*	Eros Grau	391
751.644-9 - MG	Ag.Reg.no Agr.de Instr.	Gilmar Mendes	392

...

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

- A -

AÇÃO ANULATÓRIA

Doação - Imissão na posse - Cumulação de ações - Contrato - Cláusula resolutiva - Donatário - Descumprimento da avença - Não comprovação - Revisão - Reversão da doação - Impossibilidade - Provimento 87

Partilha - Impossibilidade jurídica do pedido - Rejeição - Decadência - Não ocorrência - Testamento - Formalização - Código Civil de 1916 - Morte da testadora - Código Civil de 2002 - Vigência - Marido preterido - Herdeiro necessário - Redução das medidas testamentárias - Necessidade 241

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Dano ambiental - Área de preservação permanente - Licenciamento ambiental - Ausência - Reparação do dano - Possibilidade - Necessidade 88

Direito ambiental - Imprescritibilidade 246

AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO

Edital - Intimação dos interessados - Obrigatoriedade - Art. 94 do Código de Defesa do Consumidor - Inobservância 132

AÇÃO COMINATÓRIA

Abstenção de uso de marca - Atividades idênticas - Registro de marca e logomarca - Garantia de proteção - Marca de renome 271

AÇÃO DE COBRANÇA

Prestação de serviços advocatícios - Advogado que guarda para seu cliente o veículo objeto da lide - Cobrança de diárias - Ausência de contratação expressa - Remuneração não comprovada - Retenção indevida 165

Complementação de aposentadoria - Auxílio-cesta alimentação - Natureza remuneratória - Concessão aos empregados da ativa - Aposentados - Equiparação salarial - Direito à complementação de proventos - Entidade de previdência privada - Contrato - Natureza civil - Relação jurídica obrigacional - Cobrança - Julgamento - Competência da Justiça Comum estadual - Agravo retido - Não provimento - Voto vencido 134

Empréstimo de dinheiro - Finalidade - Ingresso ilegal em país estrangeiro - Contrato verbal - Objeto ilícito - Art. 166, III, do CC - Carência da ação - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Art. 267, VI, do CPC 61

Mensalidade escolar - Juros de mora - Correção monetária - Termo inicial - Vencimento da obrigação - Voto vencido 311

Obrigação de fazer - Cumulação de ações - Honorários advocatícios - Cobrança - Processos extintos - Relação advogado *versus* sociedade - Prazo prescricional 244

Servidor público - Contratação por tempo determinado - FGTS - Indenização dos depósitos - Pretensão - Relação administrativa - Vínculo estatutário - Inexistência de previsão legal - Verba indevida 124

Servidor público - Demissão e reintegração - Decisão judicial transitada em julgado - Ônus da prova - Fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito - Ausência de prova 289

AÇÃO DECLARATÓRIA

Licenciamento para publicidade - Guia de IPTU - Apresentação - Isenção tributária - Exigência indevida 51

Teoria da asserção - Legitimidade passiva *ad causam* - Endossatário - Mandatário - Nulidade - Valor - Duplicata - Protesto - Quitação do título - Voto vencido 222

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO
Hipoteca - Subscritor - Incapacidade - Comprovação - Perícia - Art. 104, inciso I, do Código Civil - Honorários advocatícios - Fixação na norma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil 232

AÇÃO DEMOLITÓRIA
Direito de vizinhança - Construção irregular - Imóvel prejudicado 119

AÇÃO MONITÓRIA
Pagamento - Ônus da prova - Documento hábil - Ausência - Não desoneração do devedor 127

Loteria - "Curinga da Sorte" - Prêmio extra - Interpretação das regras - Literalidade - Restritividade - Correspondência de números 153

AÇÃO PENAL
Ministério Público - Legitimidade - *Habeas corpus* - Meio ambiente - Crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural - Procedimento investigatório - Denúncia - Recebimento - Trancamento da ação penal - Erro de tipo - Falta de justa causa - Concessão da ordem 361

AÇÃO RESCISÓRIA
Ofensa à coisa julgada - Procedência 173

AÇÃO REVOCATÓRIA
Doação - Bem público - Encargo - Descumprimento - Revogação 147

Doação - Manifestação da vontade - Ingratidão - Pessoa física - Procedência 239

Requisitos - Fraude contra credores - Caracterização 278

ADIANTAMENTO DA LEGÍTIMA
Bem imóvel - Doação de ascendente para descendente - Juízo do inventário - Colação - Honorários advocatícios - Fixação - Ação anulatória - Improcedência 282

ADOÇÃO
Cumulação com pedido de destituição do poder familiar - Ilegitimidade ativa - Carência da ação - Extinção do processo 167

Nulidade - Faculdade não exercida após alcance da maioridade - Manutenção do vínculo até o falecimento - Poder familiar - Extinção - Mãe biológica - Formulação do pedido - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Ato irrevogável - Excepcionalidade em prol de menor - Ato consolidado há mais de 30 anos - Impossibilidade jurídica do pedido 102

AGRAVO DE INSTRUMENTO
Art. 526 do CPC - Descumprimento - Não comprovação - Preliminar - Rejeição 111

Indenização - Fase de cumprimento de sentença - Desconsideração da personalidade jurídica - Requisitos exigidos pelo art. 50 do Código Civil - Ausência - Impossibilidade 285

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
Ausência de peça obrigatória à formação do instrumento (art. 544, § 1º, CPC) - Cópia da procuração outorgada ao subscritor da petição de agravo de instrumento e da petição de recurso extraordinário - Ônus de fiscalização do agravante - Precedentes - Juntada extemporânea - Desconsideração - Preclusão consumativa - Agravo regimental a que se nega provimento (STF) 392

ALIMENTOS
Fixação - Espólio - Obrigação não constituída antes da morte do *de cujus* - Impossibilidade 177

ALVARÁ JUDICIAL
Pasep - Saldo salarial - Liberação em instituição bancária - Órgão previdenciário - Dependentes cadastrados - Lei 6.858/80 - União estável - Dilação probatória - Necessidade 243

ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL
Benefício fiscal - Vedação - Sociedade de pessoas - Atividade comercial - Alegação - Enfermeiro - Contratação - Habilitação profissional dos sócios - Atividade diversa 109

APELAÇÃO
Recebimento - Súmula impeditiva de recurso 297

Regularidade formal - Art. 514, II, do CPC - Fundamentos de fato e de direito - Reprodução das razões da inicial ou da contestação que, por si sós, contraditam os fundamentos exarados na sentença - Acórdão regional que não conheceu do recurso - Excessivo rigor formal (STJ) 387

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ
Auxílio-doença - Conversão - Incapacidade plena - Inexistência 154

APROPRIAÇÃO INDÉBITA
Furto qualificado - Concurso de pessoas - Confissão espontânea - Delação - *Emendatio libelli* - Aplicabilidade - Diminuição da pena 347

ARRENDAMENTO MERCANTIL
(*Leasing* financeiro) - ISS - Não incidência 111

ARRENDAMENTO RURAL
Ação de despejo - Glebas arrendadas - Cláusula de especificação de extensão - Omissão contratual - Arrendatário - Confissão - Benfeitoria útil - Plantios e roçados - Retenção - Impossibilidade - Exploração para fins comerciais .94

ARTIGO JURÍDICO
A pretensão de gratuidade de justiça no processo - Homero Francisco Tavares Junior 44

A sentença na cumulação subsidiária de pedidos - José Maria dos Reis e Francis Vanine de Andrade Reis 37

Competência para processar e julgar o crime de uso de drogas - Gilson Santos Maciel 58

Defensoria Pública e tutela dos interesses transindividuais - Rogério Medeiros Garcia de Lima 21

Direito autoral e a independência das autorizações de uso - Renato Dolabella Melo 63

ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DE MANDATO OU LEGISLATURA
Prefeito - Crime de mera conduta - Prova - Condenação 335

AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA
Ensino superior - Instituição - Trabalho de conclusão do curso - Regras próprias - Ausência de ato ilícito 263

AUTORIDADE COATORA
Legitimidade - Mandado de segurança - Manipulação de medicamento - Proibição - Portaria da Anvisa - Limitação inexistente em lei - Ilegalidade - Direito líquido e certo - Configuração 306

AUXÍLIO-DOENÇA
Conversão - Incapacidade plena - Inexistência - Aposentadoria por invalidez 154

- B -

BEM DE FAMÍLIA
Imóvel - Residência de pais e irmãos do executado - Entidade familiar - Impenhorabilidade - Hipoteca em favor de outro credor - Renúncia ao benefício - Não ocorrência 97

Impenhorabilidade - Lei 8.009/90 - Matéria de ordem pública - Preclusão - Não ocorrência - Comprovação - Ônus do devedor expropriado 322

BOLSA DE ESTUDOS
ProUni BH - Concessão - Cancelamento - Requisitos - Preenchimento 304

- C -

CALENDÁRIO ESCOLAR
Secretaria Municipal de Educação - Portaria 111/2007 - Carga horária - Ilegalidade - Ausência 235

CALÚNIA
Notícia jornalística - Imputação de fato criminoso - Ausência - Delito não configurado - Desclassificação do crime - Ofensa à dignidade - Injúria - Configuração 329

CANCELAMENTO DE HIPOTECA
Outorga de escritura - Impossibilidade jurídica do pedido - Contrato - Promessa de compra e venda - Financiamento imobiliário - Unidade imobiliária - Terceiro adquirente - Cancelamento de garantia - Hipoteca - Prestações - Pagamento integral - Outorga definitiva da escritura - Possibilidade - Súmula 308 do STJ 299

CÉDULA DE PRODUTO RURAL FINANCEIRA
Título executivo extrajudicial - Execução definitiva - Embargos à execução - Não interposição - Levantamento dos valores penhorados - Possibilidade 92

CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS
Escritura pública - Imprescindibilidade - Direito de preferência - Inobservância - Decadência - Não ocorrência . . .237

CHEQUE
Dano moral - Direito do autor - Fato constitutivo relacionado ao primeiro cheque - Ausência de prova - Assinatura - Divergência - Devolução do segundo cheque - Banco - Ato ilícito - Não ocorrência - Indenização indevida . . .212

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
Inaplicabilidade - Vício redibitório - Veículo usado - Decadência - Art. 445, § 1°, do Código Civil 158

COLAÇÃO
Bem imóvel - Doação de ascendente para descendente - Adiantamento de legítima - Discussão sobre excesso - Juízo do inventário - Colação - Negócio jurídico - Ação anulatória - Improcedência - Honorários advocatícios - Fixação 282

COMPETÊNCIA
Previdência privada - Contrato - Natureza civil - Relação jurídica obrigacional - Complementação de aposentadoria - Ação de cobrança - Julgamento - Competência da Justiça Comum estadual - Agravo retido - Não provimento - Voto vencido 134

COMPETÊNCIA JURISDICIONAL
Juizado Especial Criminal - *Habeas corpus* - Lesão corporal - Lei Maria da Penha - Inaplicabilidade - Agressão contra ex-namorada - Relação profissional - Relação de consumo - Concessão parcial da ordem 378

COMPETÊNCIA RECURSAL
Tribunal de Justiça - Crime de resistência - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Embriaguez - Excludente de culpabilidade - Não ocorrência - Condenação - Concurso material - Crime de desacato - Princípio da consunção - Absolvição 370

CONCURSO FORMAL
Roubo majorado - Concurso de pessoas - Arma de fogo - Pluralidade de vítimas - Crime único - Não configuração - Majoração da pena - Regime de cumprimento de pena - Regime semiaberto 372

CONCURSO MATERIAL
Roubo - Continuidade delitiva - Inexistência - *Habeas corpus* - Denegação da ordem (STF) 391

CONTRATO
Arrendamento rural - Ação de despejo - Glebas arrendadas - Cláusula de especificação de extensão - Omissão contratual - Arrendatário - Confissão - Benfeitoria útil - Plantios e roçados - Retenção - Impossibilidade - Exploração para fins comerciais 94

Contrato verbal - Objeto ilícito - Empréstimo de dinheiro - Destinação - Ingresso ilegal em país estrangeiro - Art. 166, III, do CC - Ação de cobrança - Carência da ação - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Art. 267, VI, do CPC 161

Parceria agrícola - Alienação do imóvel - Direito de preferência - Inexistência - Ausência de causa da rescisão contratual - Alienante - Direitos e deveres - Sub-rogação pelo adquirente 85

Representação comercial - Rescisão contratual - Comissão - Aviso prévio e indenização - Litigância de má-fé - Não ocorrência 214

CONTRATO BANCÁRIO
Empréstimo - Quitação antecipada - Juros e demais encargos - Redução proporcional - Direito do consumidor - Valor devido - Irregularidade - Ônus da prova - Incumbência do autor 194

Representação - Defeito inexistente - Nulidade - Não ocorrência - Perícia - Cerceamento de defesa - Não configuração - Laudo conclusivo - Comissão de permanência - Cumulação com outros encargos - Impossibilidade 300

Revisão - Juros remuneratórios - Tarifa de manutenção de crediário 225

COOPERATIVA
Prestação de serviço médico - Ingresso de novos cooperados - Limitação - Possibilidade - Critério de conveniência e viabilidade 295

COOPERATIVA DE CRÉDITO
Prejuízo - Rateio entre os associados - Razão direta dos serviços usufruídos - Comprovação - Ausência - Ação de cobrança 287

CRIME CONTINUADO
Roubo - Concurso material - Continuidade delitiva - Inexistência - *Habeas corpus* - Denegação da ordem (STF) . . .391

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Parcelamento irregular do solo para fins urbanos - Ausência de registro - Crime consumado - Crime instantâneo de efeitos permanentes - Prescrição - Prazo - Termo inicial - Data do início do loteamento - Extinção da punibilidade 375

CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA
Uso de documento falso - Certificado de conclusão do ensino médio - Histórico escolar - Dolo genérico - Crime instantâneo - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Estado de necessidade - Não configuração - Recurso - Improvimento 368

CRIME CONTRA A FAUNA
Infração penal de menor potencial ofensivo - Transação penal - Decisão homologatória - Coisa julgada - Título executivo - Pena restritiva de direitos - Descumprimento - Oferecimento de denúncia - Impossibilidade 327

CRIME CONTRA A HONRA
Notícia jornalística - Imputação de fato criminoso - Ausência - Calúnia - Não configuração - Desclassificação do crime - Ofensa à dignidade - Injúria - Configuração 329

CRIME CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL
Meio ambiente - Procedimento investigatório - Ministério Público - Legitimidade - Denúncia - Recebimento - Trancamento da ação penal - Erro de tipo - Falta de justa causa - Concessão da ordem 361

CRIME DE RESISTÊNCIA
Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Embriaguez - Excludente de culpabilidade - Não ocorrência - Condenação - Crime de desacato - Concurso material - Princípio da consunção - Absolvição - Competência recursal - Tribunal de Justiça 370

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA
Honorários de advogado - Condenação - Possibilidade 138

- D -

DANO AMBIENTAL
Ação civil pública - Área de preservação permanente - Licenciamento ambiental - Ausência - Reparação do dano - Possibilidade - Necessidade 88

DANO MORAL
Dano material - Homicídio - Reparação pleiteada pelos filhos menores e pais da vítima - Agravo retido do réu - Prescrição - Art. 206, § 3º, V, do Código Civil - Aplicabilidade - Art. 200 do Código Civil - Não cabimento - Materialidade e autoria - Prova - Presença - Prescrição parcial - Inaplicabilidade quanto ao filho menor - Dano moral configurado - Responsabilidade civil de indenizar - Caracterização - Pensão - Cabimento - Constituição de capital - Necessidade - Multa - Restituição de despesas - Prova dos gastos 249

DÉBITO TRIBUTÁRIO
Ação anulatória de débito fiscal - Benefício fiscal - Vedação - Sociedade de pessoas - Atividade comercial - Alegação - Enfermeiro - Contratação - Habilitação profissional dos sócios - Atividade diversa 109

DEFENSOR DATIVO
Execução de honorários - Inicial instruída com certidão de escrivão - Preliminar de ofício - Ausência de título - Extinção sem julgamento do mérito - Cabimento 203

DELAÇÃO JUDICIAL
Apropriação indébita - Furto qualificado - Concurso de pessoas - Confissão espontânea - *Emendatio libelli* - Aplicabilidade - Diminuição da pena 347

DEMISSÃO E REINTEGRAÇÃO
Servidor público - Decisão judicial transitada em julgado - Ônus da prova - Fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito - Ausência de prova 289

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
Lei 8.884/94, arts. 17 e 18 - Art. 50 do Código Civil - Fraude - Indícios - Fato público e notório - Pressupostos legais 275

DESEMBARGADOR JÚLIO HENRIQUE PRADO BUENO
Nota biográfica - Memória do Judiciário Mineiro 15

DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA
Furto - Crime tentado - Devolução da *res furtiva* - Declarações das vítimas - Depoimento contraditório - Acareação - Prova - Desistência voluntária - Configuração - Exclusão da punibilidade - Absolvição 373

DESPEJO
Arrendamento rural - Glebas arrendadas - Cláusula de especificação de extensão - Omissão contratual - Arrendatário - Confissão - Benfeitoria útil - Plantios e roçados - Retenção - Impossibilidade - Exploração para fins comerciais 94

DIREITO AMBIENTAL
Ação civil pública - Imprescritibilidade 246

DIREITO DE PETIÇÃO
Omissão da administração pública - Ato ilegal - Mandado de segurança - Concessão da ordem 129

DIREITO DE PREFERÊNCIA
Cessão de direitos hereditários - Escritura pública - Imprescindibilidade - Inobservância - Decadência - Não ocorrência 237

DIREITO DE VIZINHAÇA
Ação demolitória - Construção irregular - Imóvel prejudicado 119

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE MERCANTIL
Cerceamento de defesa - Não ocorrência - Julgamento simultâneo destes autos e da cautelar de exibição de documentos conexa - Desnecessidade - Indenização - Falta de fundamentação - Mérito - Dissolução total ou parcial - Pedidos alternativos - Despesas do processo - Perícia especial - Apuração contábil - Art. 20, § 4º, do CPC - Honorários advocatícios 308

DOAÇÃO
Doação de ascendente para descendente - Adiantamento de legítima - Discussão sobre excesso - Juízo do inventário - Colação - Negócio jurídico - Ação anulatória - Improcedência - Honorários advocatícios - Fixação 282

Imissão na posse - Cumulação de ações - Contrato - Cláusula resolutiva - Donatário - Descumprimento da avença - Não comprovação - Revisão - Reversão da doação - Impossibilidade - Provimento 87

Manifestação da vontade - Ingratidão - Pessoa física - Procedência - Ação revocatória 239

DOUTRINA - Vide: Artigo jurídico

DÚVIDA
Dilação probatória - Não cabimento - Documento - Declaração de nulidade - Inadmissibilidade 145

- E -

EDITAL
Ação coletiva de consumo - Intimação dos interessados - Obrigatoriedade - Art. 94 do Código de Defesa do Consumidor - Inobservância 132

EMBARGOS DE TERCEIRO
Fraude à execução - Reconhecimento nos autos em apenso - Veículo - Alienação - Restrição no Detran - Não ocorrência - Adquirente - Presunção de boa-fé - Terceiro adquirente - Inexistência de fraude 248

EMBARGOS DO DEVEDOR
Defensor dativo - Execução de honorários - Inicial instruída com certidão de escrivão - Preliminar de ofício - Ausência de título - Extinção sem julgamento do mérito - Cabimento 203

EMBRIAGUEZ
Art. 28, II, do CP - Teoria da *actio libera in causa* - Aplicabilidade - Furto - Embriaguez patológica - Ausência de prova - Condenação 325

EMENDATIO LIBELLI
Apropriação indébita - Furto qualificado - Concurso de pessoas - Confissão espontânea - Delação - Aplicabilidade - Diminuição da pena 347

EMPRÉSTIMO
Contrato bancário - Quitação antecipada - Juros e demais encargos - Redução proporcional - Direito do consumidor - Valor devido - Irregularidade - Ônus da prova - Incumbência do autor 194

Dinheiro - Contrato verbal - Objeto ilícito - Ingresso ilegal em país estrangeiro - Art. 166, III, do CC - Ação de cobrança - Carência da ação - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Art. 267, VI, do CPC 161

ENSINO SUPERIOR
Instituição - Trabalho de conclusão do curso - Autonomia universitária - Regras próprias - Ausência de ato ilícito . . .263

ERRO DE TIPO
Coisa abandonada - Não ocorrência - Furto privilegiado - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade 331

Habeas corpus - Meio ambiente - Crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural - Procedimento investigatório - Ministério Público - Legitimidade - Denúncia - Recebimento - Trancamento da ação penal - Falta de justa causa - Concessão da ordem 361

ESCRITURA PÚBLICA
Imprescindibilidade - Inobservância - Cessão de direitos hereditários - Direito de preferência - Decadência - Não ocorrência 237

ESGOTO
Serviço público - Contraprestação - Natureza jurídica - Tarifa - STF e STJ - Jurisprudência sedimentada - Cobrança não condicionada ao tratamento do esgoto - Taxa de coleta de lixo residencial - Serviço de limpeza urbana e logradouros públicos - Não vinculação - Constitucionalidade - Tarifas e taxas em única fatura - Discriminação dos valores - Possibilidade 104

ESTELIONATO
Tipificação - Faturas de energia elétrica - Recebimento sem autorização - Ausência de repasse dos valores - Indução dos consumidores em erro - Artifício ardil - Obtenção de vantagem ilícita - Prejuízo alheio - Dolo configurado - Crime caracterizado - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Pena-base - Redução - Impossibilidade - Pena privativa de liberdade - Substituição - Inviabilidade 344

EXECUÇÃO
Imóvel - Residência de pais e irmãos do executado - Entidade familiar - Bem de família - Impenhorabilidade - Hipoteca em favor de outro credor - Renúncia ao benefício - Não ocorrência 97

EXECUÇÃO FISCAL
Multa - Crédito de natureza não tributária - Prescrição - Certidão da dívida ativa - Requisitos legais - Presença - Presunção de certeza e liquidez - PTA - Juntada - Ministério Público - Intervenção - Desnecessidade - Nulidade - Não ocorrência 196

EXECUÇÃO PROVISÓRIA
Intimação - Órgão oficial - Publicação - Substabelecimento sem reserva de poderes - Advogados - Nomes dos substabelecidos - Imprescindibilidade - Nulidade 266

- F -

FRAUDE À EXECUÇÃO
Inexistência de *consilium fraudis* e da prévia inscrição da penhora - Lei 8.953/94 - Art. 659 do Código de Processo Civil - Súmula 375 do STJ 273

FRAUDE CONTRA CREDORES
Caracterização - Ação revocatória - Requisitos 278

FURTO
Furto simples - Diversas barras de chocolate avaliadas em R$ 45,00 - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - *Habeas corpus* - Denegação da ordem (STJ) 383

Crime qualificado - Alegações finais - Intimação - Inércia do advogado - Nomeação de defensor dativo - Cerceamento de defesa - Nulidade - Intimação do acusado para constituição de novo advogado 328

Embriaguez patológica - Ausência de prova - Art. 28, II, do CP - Teoria da *actio libera in causa* - Aplicabilidade - Condenação 325

FURTO DE USO
Desclassificação do crime - Inadmissibilidade - Furto privilegiado - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Coisa abandonada - Não ocorrência 331

FURTO PRIVILEGIADO
Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Desclassificação do crime - Furto de uso - Inadmissibilidade - Coisa abandonada - Não-ocorrência - Erro de tipo - Não caracterização - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Ausência de previsão legal 331

FURTO QUALIFICADO
Apropriação indébita - Concurso de pessoas - Confissão espontânea - Delação - *Emendatio libelli* - Aplicabilidade - Diminuição da pena 347

Concurso de pessoas - Coautor - Participação de menor importância - Não cabimento - Laudo pericial - Erro material - Ausência de assinatura - Nulidade - Não ocorrência - Circunstâncias judiciais - Redução da pena - Aplicabilidade - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos 340

Crime tentado - Autoria - Materialidade - Valoração da prova - Prisão em flagrante - Ausência de nulidade - Concurso de pessoas - Emprego de chave falsa - Qualificadoras - Exclusão - Inadmissibilidade - Fixação da pena - Multa - Princípio da proporcionalidade 337

Escalada - Autoria - Materialidade - Prova - Tentativa - Não configuração - Crime consumado - Furto privilegiado - Incompatibilidade - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Confissão espontânea - Redução - Regime de cumprimento da pena - Regime aberto - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos 364

FURTO TENTADO
Devolução da *res furtiva* - Declarações das vítimas - Depoimento contraditório - Acareação - Prova - Desistência voluntária - Configuração - Exclusão da punibilidade - Absolvição 373

- H -

HABEAS CORPUS
Denegação da ordem - Furto simples - Diversas barras de chocolate avaliadas em R$ 45,00 - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade (STJ) 383

Denegação da ordem - Roubo - Concurso material - Continuidade delitiva - Inexistência (STF) 391

Lesão corporal - Lei Maria da Penha - Inaplicabilidade - Agressão contra ex-namorada - Relação profissional - Relação de consumo - Trancamento da ação penal - Inadmissibilidade - Indícios de autoria - Materialidade - Exame aprofundado de prova - Não cabimento - Via imprópria - Competência jurisdicional - Juizado Especial Criminal - Concessão parcial da ordem 378

Meio ambiente - Crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural - Procedimento investigatório - Ministério Público - Legitimidade - Denúncia - Recebimento - Trancamento da ação penal - Erro de tipo - Falta de justa causa - Concessão da ordem 361

HABEAS CORPUS PREVENTIVO
Mandado de recaptura - Paciente - Pessoa distinta do condenado - Exame datiloscópico - Expedição de salvo-conduto - Concessão da ordem 367

HIPOTECA
Subscritor - Incapacidade - Comprovação - Perícia - Art. 104, inciso I, do Código de Processo Civil - Honorários advocatícios - Fixação na norma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil - Ação declaratória de nulidade de negócio jurídico 232

HOMICÍDIO QUALIFICADO
Tribunal do Júri - Quesito único - Teses - Legítima defesa - Inexigibilidade de conduta diversa - Ausência de nulidade - Decisão contrária à prova dos autos - Não ocorrência - Novo julgamento - Não cabimento 342

HONORÁRIOS DE ADVOGADO
Fixação - Bem imóvel - Doação de ascendente para descendente - Adiantamento de legítima - Discussão sobre excesso - Juízo do inventário - Colação - Negócio jurídico - Ação anulatória - Improcedência 282

- I -

IMPENHORABILIDADE
Bem de família - Imóvel - Residência de pais e irmãos do executado - Entidade familiar - Hipoteca em favor de outro credor - Renúncia ao benefício - Não ocorrência 97

Bem de família - Lei 8.009/90 - Matéria de ordem pública - Preclusão - Não ocorrência - Comprovação - Ônus do devedor expropriado 322

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE
Lei orgânica municipal - Décimo terceiro salário - Pagamento - Agentes políticos - Previsão expressa - Inconstitucionalidade 71

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
Prolação de sentença - Desclassificação do crime - Infração penal de menor potencial ofensivo - Suspensão condicional do processo - Cabimento - Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça - Aplicabilidade 76

INDENIZAÇÃO
Dano moral - Dano material - Ação trabalhista - Ajuizamento - Despesas com advogado - Ressarcimento - Ausência de ilícito - Dever de indenizar - Não caracterização - Imposto de renda - Alíquota - Fixação legal 192

Dano material - Reclamatória trabalhista - Contratação de advogado e assistente técnico - Opção da parte - Acordo alheio à relação jurídica - *Jus postulandi* - Art. 791 da CLT - Dever de indenizar - Inexistência 201

Dano moral - Cheques clonados - Direito do autor - Fato constitutivo relacionado ao primeiro cheque - Ausência de prova - Assinatura - Divergência - Devolução do segundo cheque - Banco - Ato ilícito - Não ocorrência - Indenização indevida 212

Dano moral - Dano material - Elevador - Mau funcionamento - Paralisação - Queda - Fuga do passageiro - Cobertura - Divergência - Denunciante - Condenação - Litisdenunciação provida - Ônus de sucumbência - Responsabilidade da denunciada 107

Dano moral - Dano material - Responsabilidade civil - Autarquia municipal - Teoria objetiva - Risco administrativo - Art. 37, § 6º, da Constituição Federal - Prova do dano moral - Valor - Fixação 218

Dano moral - Dano material - Responsabilidade civil - Autarquia municipal - Teoria objetiva - Risco administrativo - Art. 37, § 6º, da Constituição Federal - Prova do dano moral - Valor - Fixação 218

Dano moral - Médico - Negligência - Óbito - Valor da indenização - Fixação 148

Dano moral e estético - Dano material - Cumulação - Possibilidade - Trator da prefeitura - Arremesso de pedra contra a autora - Perda da visão de um dos olhos - Responsabilidade do Estado - Capacidade laboral - Perda parcial - Fixação de pensão - Juros de mora - Correção monetária - Incidência 121

Fase de cumprimento de sentença - Desconsideração da personalidade jurídica - Requisitos exigidos pelo art. 50 do Código Civil - Ausência - Impossibilidade 285

Reparação de danos - Produção de soja - Ataque de fungo - Lavoura - Prejuízo - Fungicida - Ineficácia - Utilização incorreta - Prova - Improcedência do pedido 141

Seguro - Lucro cessante - Cobertura securitária - Ausência - Irrelevância - Seguradora - Ilícito contratual - Cobertura do sinistro - Atraso na autorização - Prejuízo efetivo - Não comprovação - Ônus da prova 169

Sentença concisa - Venda de medicamento equivocado - Dano moral - Indenização - Critério 156

Vítima de furto - Acionamento da Polícia Militar - Requerimento de investigação policial - Boletim de ocorrência - Exercício regular de direito - Exorbitância - Não comprovação - Dano moral - Descaracterização 291

INJÚRIA
Notícia jornalística - Ofensa à dignidade - Configuração do delito - Imputação de fato criminoso - Ausência - Calúnia - Não configuração - Desclassificação do crime 329

INSCRIÇÃO DE DESPESAS NÃO EMPENHADAS EM RESTOS A PAGAR
Prefeito - Prescrição da pretensão punitiva - Pena *in concreto* - Extinção da punibilidade 335

INVENTÁRIO
Extinção do processo por ausência de interesse processual - Impossibilidade - Via extrajudicial - Lei 11.441/2007 - Faculdade 126

ISS
Arrendamento (*leasing* financeiro) - Não incidência 111

Cobrança - Competência 269

ITBI
Bem imóvel - Integralização de capital - Imunidade tributária - Não incidência - Mandado de segurança - Denegação da ordem 103

- J -

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA
Alvará judicial - Pasep - Saldo salarial - Liberação em instituição bancária - Órgão previdenciário - Dependentes cadastrados - Lei 6.858/80 - União estável - Dilação probatória - Necessidade 243

- L -

LATROCÍNIO
Resultado morte - Preterdolo - Coautor - Participação dolosamente distinta - Inadmissibilidade - Desclassificação do crime - Roubo simples - Impossibilidade - Revisão criminal - Improcedência do pedido 356

LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*
Endossatário - Mandatário - Nulidade - Valor - Duplicata - Protesto - Quitação do título - Voto vencido 222

LEI MARIA DA PENHA
Habeas corpus - Lesão corporal - Lei Maria da Penha - Inaplicabilidade - Agressão contra ex-namorada - Relação profissional - Relação de consumo - Trancamento da ação penal - Inadmissibilidade - Indícios de autoria - Materialidade - Exame aprofundado de prova - Não cabimento - Via imprópria - Competência jurisdicional - Juizado Especial Criminal - Concessão parcial da ordem 378

LEI 8.009/90
Bem de família - Impenhorabilidade - Matéria de ordem pública - Preclusão - Não ocorrência - Comprovação - Ônus do devedor expropriado 322

LEI 11.441/2007
Inventário - Via extrajudicial - Faculdade - Extinção do processo por ausência de interesse processual - Impossibilidade 126

LICENÇA PARA PUBLICIDADE
Guia de IPTU - Apresentação - Isenção tributária - Exigência indevida 151

LICITAÇÃO
Serviços advocatícios - Contratação - Notória especialização - Licitação - Inexigibilidade - Critérios objetivos - Impossibilidade de aplicação 313

- M -

MANDADO DE SEGURANÇA
Autoridade coatora - Legitimidade - Manipulação de medicamento - Proibição - Portaria da Anvisa - Limitação inexistente em lei - Ilegalidade - Direito líquido e certo - Configuração 306

Concessão da ordem - Direito de petição - Omissão da administração pública - Ato ilegal 129

Denegação da ordem - ITBI - Integralização de capital - Bem imóvel - Imunidade tributária - Não incidência . . .103

Liminar - Relevância dos fundamentos - Verificação parcial - Risco de indevida privação do patrimônio - ISS - Cobrança - Competência 269

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA
Terra desapropriada - Terceiros ocupantes - Permanência - Pretensão - Discussão judicial contra o proprietário - Previsão legal - Liminar - Requisito - Ausência 160

MEIO AMBIENTE
Direito ambiental - Pedido de retificação de área de imóvel, formulado por proprietário rural - Oposição do MP, sob o fundamento de que seria necessário, antes, promover a averbação da área de reserva florestal disciplinada pela Lei 4.771/65 - Dispensa pelo Tribunal - Recurso especial interposto pelo MP - Provimento (STJ) 384

Habeas corpus - Crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural - Procedimento investigatório - Ministério Público - Legitimidade - Denúncia - Recebimento - Trancamento da ação penal - Erro de tipo - Falta de justa causa - Concessão da ordem 361

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO
Nota biográfica - Desembargador Júlio Henrique Prado Bueno 15

Nota histórica - Da incineração à preservação das relíquias das Minas Gerais 16

- N -

NEGÓCIO JURÍDICO
Ação anulatória - Improcedência - Bem imóvel - Doação de ascendente para descendente - Adiantamento de legítima - Discussão sobre excesso - Juízo do inventário - Colação - Honorários advocatícios - Fixação 282

Anulação - Impossibilidade - Compra de veículo usado - Vício oculto - Reparos suportados pelo vendedor - Persistência dos defeitos - Ausência de comprovação 303

NOTA BIOGRÁFICA
Desembargador Júlio Henrique Prado Bueno - Memória do Judiciário Mineiro 15

NOTA HISTÓRICA
Da incineração à preservação das relíquias das Minas Gerais - Memória do Judiciário Mineiro 16

NULIDADE
Revisão criminal - Oitiva de corréu menor como testemunha - Ausência de prejuízo - Nulidade - Não ocorrência - Ausência de nomeação de curador - Nulidade - Não configuração - Intimação de data e horário da audiência no Juízo deprecado - Desnecessidade - Cerceamento de defesa - Não caracterização - Decretação da prisão preventiva - Validade 357

- O -

OUTORGA DE ESCRITURA
Cancelamento de hipoteca - Impossibilidade jurídica do pedido - Contrato - Promessa de compra e venda - Financiamento imobiliário - Unidade imobiliária - Terceiro adquirente - Cancelamento de garantia - Hipoteca - Prestações - Pagamento integral - Outorga definitiva da escritura - Possibilidade - Súmula 308 do STJ 299

- P -

PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO PARA FINS URBANOS
Ausência de registro - Crime consumado - Crime instantâneo de efeitos permanentes - Prescrição - Prazo - Termo inicial - Data do início do loteamento - Extinção da punibilidade 375

PARCERIA AGRÍCOLA
Alienação do imóvel - Direito de preferência - Inexistência - Ausência de causa da rescisão contratual - Alienante - Direitos e deveres - Sub-rogação pelo adquirente 85

PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA
Caracterização - Pena - Redução 380

PARTILHA DE BENS
Imóvel adquirido por sub-rogação - Casamento - Regime de bens - Comunhão parcial - Partilha parcial 139

PASEP
Saldo salarial - Liberação em instituição bancária - Órgão previdenciário - Dependentes cadastrados - Lei 6.858/80 - União estável - Dilação probatória - Necessidade 243

PECULATO ELETRÔNICO
Alteração de dados de débitos fiscais - Autoria - Materialidade - Ausência de prova - Absolvição - Quadrilha - Não configuração 351

PENA
Circunstâncias judiciais - Confissão espontânea - Redução da pena - Regime de cumprimento da pena - Regime aberto - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Furto qualificado - Escalada - Autoria - Materialidade - Prova - Tentativa - Não configuração - Crime consumado - Furto privilegiado - Incompatibilidade 364

Circunstâncias judiciais - Redução - Aplicabilidade - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Furto qualificado - Concurso de pessoas - coautor - Participação de menor importância - Não cabimento . .340

Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Pena-base - Redução - Impossibilidade - Pena privativa de liberdade - Substituição - Inviabilidade - Estelionato - Tipificação - Faturas de energia elétrica - Recebimento sem autorização - Ausência de repasse dos valores - Indução dos consumidores em erro - Artifício ardil - Obtenção de vantagem ilícita - Prejuízo alheio - Dolo configurado - Crime caracterizado 344

PERDAS E DANOS
Defensivo agrícola - Utilização em lavoura - Relação de consumo - Caracterização - Produtos vendidos após o prazo de validade - Empresa revendedora - Culpa exclusiva - Produtor - Responsabilidade - Inexistência 206

PERÍCIA
Quesitos suplementares - Esclarecimento pelo perito - Solicitação impertinente - Execução fiscal - Agravo de instrumento - Não provimento 175

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO
Arma de fogo municiada em interior de veículo de motorista profissional - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Posse irregular de arma de fogo de uso permitido - Impossibilidade - *Sursis* - Inaplicabilidade - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos - Prestação de serviços à comunidade - Exclusão - Impossibilidade - Condenação mantida 349

PRESCRIÇÃO
Crime contra a Administração Pública - Parcelamento do solo - Loteamento irregular - Ausência de registro - Crime consumado - Crime instantâneo de efeitos permanentes - Prescrição - Prazo - Termo inicial - Data do início do loteamento - Extinção da punibilidade 375

PREVIDÊNCIA PRIVADA
Complementação de aposentadoria - Auxílio-cesta alimentação - Natureza remuneratória - Concessão aos empregados da ativa - Aposentados - Equiparação salarial - Direito à complementação de proventos - Entidade de previdência privada - Contrato - Natureza civil - Relação jurídica obrigacional - Ação de cobrança - Julgamento - Competência da Justiça Comum estadual - Agravo retido - Não provimento - Voto vencido 134

PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO
Crime de desacato - Concurso material - Crime de resistência - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Embriaguez - Excludente de culpabilidade - Não ocorrência - Condenação - Competência recursal - Tribunal de Justiça 370

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
Inaplicabilidade - Ausência de previsão legal - Furto privilegiado - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade . . .331

Inaplicabilidade - Furto simples - Diversas barras de chocolate avaliadas em R$ 45,00 - *Habeas corpus* - Denegação da ordem (STJ) 383

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
Sanção disciplinar - Demissão - Esferas criminal e administrativa - Independência 91

Servidor - Alcoolismo - Inassiduidade habitual ao trabalho - Demissão - Impossibilidade - Patologia configurada - Tratamento terapêutico - Nulidade do ato 99

- R -

REPETIÇÃO DE INDÉBITO
Construção - Administração a preço de custo - Despesas de construção - Condômino - Responsabilidade 230

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL
Contrato - Rescisão - Comissão - Aviso prévio e indenização - Litigância de má-fé - Não ocorrência 214

RESERVA FLORESTAL
Direito ambiental - Pedido de retificação de área de imóvel, formulado por proprietário rural - Oposição do MP, sob o fundamento de que seria necessário, antes, promover a averbação da área de reserva florestal disciplinada pela Lei 4.771/65 - Dispensa pelo Tribunal - Recurso especial interposto pelo MP - Provimento (STJ) 384

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO
Autarquia municipal - Responsabilidade civil - Teoria objetiva - Art. 37, § 6°, da Constituição Federal - Dano material - Dano moral - Prova - Indenização - Valor - Fixação 218

RETIFICAÇÃO DE ÁREA DE IMÓVEL
Direito ambiental - Pedido de retificação de área de imóvel, formulado por proprietário rural - Oposição do MP, sob o fundamento de que seria necessário, antes, promover a averbação da área de reserva florestal disciplinada pela Lei 4.771/65 - Dispensa pelo Tribunal - Recurso especial interposto pelo MP - Provimento (STJ) 384

REVISÃO CRIMINAL
Improcedência do pedido - Latrocínio - Resultado morte - Preterdolo - Coautor - Participação dolosamente distinta - Inadmissibilidade - Desclassificação do crime - Roubo simples - Impossibilidade 356

Oitiva de corréu menor como testemunha - Ausência de prejuízo - Nulidade - Não-ocorrência - Ausência de nomeação de curador - Nulidade - Não configuração - Intimação de data e horário da audiência no Juízo deprecado - Desnecessidade - Cerceamento de defesa - Não caracterização - Decretação da prisão preventiva - Validade 357

RISCO ADMINISTRATIVO
Teoria objetiva - Art. 37, § 6°, da Constituição Federal - Autarquia municipal - Responsabilidade civil - Dano material - Dano moral - Prova - Indenização - Valor - Fixação 218

ROUBO
Concurso material - Continuidade delitiva - Inexistência - *Habeas corpus* - Denegação da ordem (STF) 391

ROUBO MAJORADO
Concurso de pessoas - Arma de fogo - Pluralidade de vítimas - Crime único - Não configuração - Concurso formal - Caracterização - Majoração da pena - Regime de cumprimento de pena - Regime semiaberto 372

Autoria - Materialidade - Prova - Declaração da vítima - Valor probante - Corréu - Participação de menor importância - Caracterização - Pena - Redução 380

- S -

SEGURO
Indenização - Lucro cessante - Cobertura securitária - Ausência - Irrelevância - Seguradora - Ilícito contratual - Cobertura do sinistro - Atraso na autorização - Prejuízo efetivo - Não comprovação - Ônus da prova 169

SERVIDOR PÚBLICO
Alcoolismo - Processo administrativo disciplinar - Inassiduidade habitual ao trabalho - Demissão - Impossibilidade - Patologia configurada - Tratamento terapêutico - Nulidade do ato 99

Contratação por tempo determinado - FGTS - Indenização dos depósitos - Pretensão - Relação administrativa - Vínculo estatutário - Inexistência de previsão legal - Verba indevida 124

Demissão e reintegração - Decisão judicial transitada em julgado - Ônus da prova - Fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito - Ausência de prova 289

Processo administrativo disciplinar - Sanção disciplinar - Demissão - Esferas criminal e administrativa - Independência 91

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO
Cabimento - Incidente de uniformização de jurisprudência - Prolação de sentença - Desclassificação do crime - Infração penal de menor potencial ofensivo - Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça - Aplicabilidade 76

- T -

TAXA DE COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS
Lei Municipal de Belo Horizonte 8.147, de 2000 - Constitucionalidade - Art. 145, II e § 2º, da CF - Arts. 77 e 79 do CTN - Especificidade - Divisibilidade - Base de cálculo - Requisitos presentes 178

TRÁFICO DE DROGAS
Crime permanente - Flagrante - Violação de domicílio - Inocorrência - Valoração da prova - Desclassificação - Crime de uso - Impossibilidade 354

TRANSAÇÃO PENAL
Decisão homologatória - Coisa julgada - Título executivo - Infração penal de menor potencial ofensivo - Pena restritiva de direitos - Descumprimento - Oferecimento de denúncia - Impossibilidade 327

TRANSPORTE CLANDESTINO DE PASSAGEIROS
Ação ordinária - Infração de trânsito - Apreensão do veículo - Liberação condicionada ao pagamento de multa e demais despesas - Legalidade - Art. 262, 2º, do Código de Trânsito Brasileiro - Voto vencido 318

TRIBUNAL DO JÚRI
Homicídio qualificado - Quesito único - Teses - Legítima defesa - Inexigibilidade de conduta diversa - Ausência de nulidade - Decisão contrária à prova dos autos - Não ocorrência - Novo julgamento - Não cabimento 342

TUTELA
Antecipação dos efeitos - *Website* de provedor - Determinação de não disponibilização de vídeo - Impossibilidade - Vídeos previamente indicados - Dever de excluir 227

- U -

USO DE DOCUMENTO FALSO
Crime contra a fé pública - Certificado de conclusão do ensino médio - Histórico escolar - Dolo genérico - Crime instantâneo - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Estado de necessidade - Não configuração - Recurso - Improvimento 368

- V -

VÍCIO REDIBITÓRIO
Veículo usado - Compra e venda entre particulares - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Decadência - Art. 445, § 1º, do Código Civil 158

- W -

WEBSITE DE PROVEDOR
Determinação de não disponibilização de vídeo - Impossibilidade - Vídeos previamente indicados - Dever de excluir - Tutela - Antecipação dos efeitos 227

...