jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 1

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. 189	p. 1-416	abr./jun. 2009

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 2

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
João Dias de Ávila
Lúcia de Fátima Capanema
Maria Célia da Silveira
Maria da Consolação Santos
Maria Helena Duarte
Marisa Martins Ferreira
Mauro Teles Cardoso
Myriam Goulart de Oliveira
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

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 3

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
Dorival Guimarães Pereira
Jarbas de Carvalho Ladeira Filho
José Altivo Brandão Teixeira
José Domingues Ferreira Esteves
Jane Ribeiro Silva
Antônio Marcos Alvim Soares
Eduardo Guimarães Andrade
Antônio Carlos Cruvinel
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

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 4

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
Geraldo Senra Delgado
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

Composição de Câmaras e Grupos (em 1º.06.2009) - 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**
(...)

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
Elias Camilo Sobrinho
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**
Eduardo Brum Vieira Chaves	Antoninho **Vieira de Brito**	**Antônio Armando dos Anjos**
Judimar Martins **Biber** Sampaio	**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
Fernando Alvarenga **Starling***	**Alexandre Victor de Carvalho**
Júlio Cezar **Guttierrez** Vieira Baptista	**Maria Celeste Porto** Teixeira
Doorgal Gustavo Borges de **Andrada**	**Hélcio Valentim** de Andrade Filho*
Herbert José Almeida **Carneiro**	**Pedro** Coelho **Vergara**
(...)	**Adilson Lamounier**

** Presidente da Câmara*

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

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

Desembargadores

Sérgio Antônio de **Resende** Presidente	**Maria Elza** de Campos Zettel
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	(...)

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

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 9

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

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 10

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 11

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins - Nota biográfica 15
Museu, escola e suas relações com patrimônio e memória - Nota histórica 17

DOUTRINA

Breves comentários aos institutos da *emendatio* e *mutatio libelli*, à luz da Lei nº 11.719/08- Daniela Bertolini Rosa Coelho 19
13ª remuneração dos agentes políticos municipais - José Rubens Costa 22
Repetição de indébito tributário - legitimidade ativa - José Benedito Miranda 27
Ensaios sobre a natureza jurídica do processo - A visão do processo como instituição constitucionalizada - Evandro Sérgio Lopes da Silva 32
A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica em virtude do inadimplemento do usuário - Taíse Fernandes Martins 45
A nova reforma do Código de Processo Penal: absolvição sumária e recurso de ofício na Lei nº 11.689, de 2008 - Eduardo Ferreira Costa 52

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Corte Superior 55
Jurisprudência Cível 57
Jurisprudência Criminal 299
Superior Tribunal de Justiça 355
Supremo Tribunal Federal 387
Índice Numérico 393
Índice Alfabético e Remissivo 397

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 12

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 13

DESEMBARGADOR MÁRCIO ANTÔNIO ABREU CORRÊA DE MARINS

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 14

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 15

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

NOTA BIOGRÁFICA*

Desembargador Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins (1936-2009)

Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins, mineiro de Santos Dumont, nasceu em 8 de dezembro de 1936. Era filho do bancário Marinho Corrêa de Marins e de Dona Maria Luíza de Abreu Corrêa, e casado com a Procuradora do INPS Marli de Castro Corrêa de Marins, com quem teve dois filhos: Doutor Márcio e Senhor Marcelo.

Bacharelou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, no ano de 1961.

Aprovado em concurso público para a Magistratura, foi nomeado Juiz de Direito da Comarca de Ervália, em 1966, onde entrou em exercício no dia 8 de outubro. Posteriormente, em 1º de junho de 1967, foi promovido, por antiguidade, ao cargo de Juiz de Direito de Entrância Intermediária, na Comarca de Manhumirim. Em 18 de outubro de 1972, foi promovido, por merecimento, ao cargo de Juiz de Direito de Entrância Final, na Comarca de Lavras. Removido para Belo Horizonte, em 1º de outubro de 1976, exerceu, primeiramente, o cargo de Juiz de Direito Substituto de 3ª Entrância na 1ª Instância. Promovido, por merecimento, para o cargo de Juiz de Direito de Entrância Final, atuou na 7ª Vara Cível, sendo, em 17 de julho de 1980, removido para a 15ª Vara Cível. Por dois biênios foi Juiz da 26ª Zona Eleitoral e membro da Corte Eleitoral, classe Magistrado (1977 e 1982).

Em 1º de maio de 1984, foi promovido ao cargo de Juiz do extinto Tribunal de Alçada, onde ocupou a Presidência da 2ª Câmara Criminal.

Em 24 de agosto de 1988, atingiu o grau máximo de sua carreira, promovido ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, compondo a 5ª Câmara Cível. Em 17 de agosto de 1989, foi removido para a 4ª Câmara Cível e, em 9 de novembro de 1999, para a 2ª Câmara Cível.

Ocupou em 1998 a Vice-Presidência do Tribunal Regional Eleitoral e, em 2000, a Presidência desse mesmo Tribunal.

De 22 de setembro de 2000 a 19 de setembro de 2002, no cargo de Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, atuou, conjuntamente, como Diretor da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes. Com relação à votação para esse cargo, o atual Superintendente da EJEF, Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, assim se expressou na sessão extraordinária da Corte Superior do TJMG, realizada no último dia 11 de novembro, com referência ao saudoso Desembargador Corrêa de Marins: "mesmo imaginando-se que houvesse maioria para ele, todos pensamos que fosse haver alguns votos contrários, mas Sua Excelência obteve a unanimidade de votos e foi consagrado como uma pessoa acima de qualquer sentimento de facção ou de qualquer divergência". Ainda segundo o Desembargador Reynaldo Ximenes, o ex-Presidente sempre atuou "com muita dignidade, correção, eficiência e, sobretudo, com muita humanidade, tratando a todos com muita lhaneza e cordialidade".

Eleito Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para o biênio 2003-2005, aposentou-se no dia 1º de dezembro de 2006, na 1ª Câmara Cível.

Faleceu no último dia 2 de novembro. Na homenagem por ocasião de sua aposentadoria, prestada pela Corte Superior, em sessão realizada no dia 22 de novembro de 2006, o Desembargador Gudesteu Biber Sampaio, escalado para falar em nome do Tribunal de Justiça, assim se manifestou:

> Márcio Corrêa de Marins tem qualidades que estão, hoje, escasseando entre as pessoas: a da serenidade, a da paz. Isso ele demonstrou às inteiras e às largas, quando exerceu, com muita galhardia e competência, a presidência deste Tribunal...

O Desembargador Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins, em seu discurso de despedida, proferiu as seguintes palavras:

> Chegou o momento de me despedir desta Casa. Foram mais de quarenta anos de dedicação exclusiva, de completa harmonia com os colegas, de total realização. Mas é hora de partir. Se, por um lado, lamento a falta que certamente irei sentir dos colegas e funcionários, de outro, a consciência do dever cumprido, as amizades que fiz e as alegrias que todos me proporcionaram me fazem plenamente satisfeito e imensamente feliz [...].

Para a Desembargadora Selma Marques, integrante da 11ª Câmara Cível e conterrânea do Desembargador Corrêa de Marins, "não podemos esquecer que, nascido em Santos Dumont, Deus também a ele confiou asas para voar e marcar a sua história com dignidade, cultura e sabedoria".

---

*Autoria: Andréa Vanessa da Costa Val e Tânia Maria Cunha Caçador, sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro, em 15.05.2009.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 16

Em merecida homenagem prestada pelo TJMG, o nome do saudoso Desembargador Corrêa de Marins foi o escolhido para o Espaço Convivência, inaugurado no último dia 27 de novembro, no 15º andar do Anexo II, localizado na Rua Goiás. Esse local visa proporcionar a integração dos desembargadores aposentados e oferecer-lhes ambiente acolhedor na Instituição a que serviram por longos anos. O Des. Bady Curi, que falou em nome da família do homenagedo, ressaltou o espírito de companheirismo e dedicação do ex-Presidente do TJMG.

Referências

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Lista de Desembargadores. Belo Horizonte. Disponível em: http://www.tjmg.gov.br/institucional/desembargadores. Acesso em: 05.dez.2006.

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Nota Taquigráfica de homenagem prestada pela Corte Superior. Belo Horizonte. 22.nov.2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Nota Taquigráfica de homenagem prestada pela Corte Superior. Belo Horizonte. 11.nov.2009.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 17

NOTA HISTÓRICA

Museu, escola e suas relações com patrimônio e memória*

A estreita relação entre museus e conhecimento é tão antiga quanto o próprio museu se consideramos, como nos afirma Julião (2006), que o mesmo era, em seus primórdios na Grécia antiga, não um lugar para deleite de obras e bens culturais, mas "... locais reservados à contemplação, aos estudos científicos, literários e artísticos"[1].

Já nos séculos XVI e XVII, com a multiplicação dos gabinetes de curiosidades por toda a Europa, a ideia de museus ganha a forma de um lugar para depósito de objetos escolhidos por seu caráter exclusivo, pela beleza, pela utilidade singular ou mesmo pelo exotismo.

Segundo Cândido (2004), esse primeiro momento é marcado pelo ecletismo, com uma valorização da quantidade e diversidade do acervo, sem muita preocupação com a organização e descrição dos objetos, mas com a reação do restrito público visitante. Apesar disso, ao tentarem abarcar todo o conhecimento humano de forma enciclopédica, esses gabinetes de curiosidades acabaram por preservar traços da cultura local, bem como das descobertas científicas da época, além de peças coletadas pelas missões científicas e viagens aos novos territórios "descobertos".

Após a Revolução Francesa (1789),[2] os museus começam a deixar de ser gabinetes particulares de curiosidades, com o papel de conferir *status* de erudição e poder a seus proprietários, assumindo paulatinamente a função de "expor" bens culturais e, consequentemente, servir como ferramenta de conhecimento e pesquisa. O Iluminismo, em sua busca pelo conhecimento e esclarecimento do homem, acabou por dar uma nova roupagem para os museus.

> Ao mesmo tempo, novas funções são atribuídas a estas instituições, somando-se à coleção e ao desenvolvimento do saber as missões educativa e de proteção do patrimônio, além do reforço das identidades (CÂNDIDO, 2004:29).[3]

Segundo Falcão (2009), os museus de hoje, depois de passarem por diversas transformações, permitem uma relação diferenciada com o público, que se dá de forma mais dinâmica no que tange à transmissão de conhecimento. Não se trata mais do conhecimento compartimentado gestado no século XVIII, mas de uma apropriação dos saberes pelo indivíduo, que é uma complementaridade ao ensino convencional.

A educação museal funciona, nesse contexto, como poderosa ferramenta de preservação do patrimônio, visto que, por meio das ações educativas não formais, pode-se ampliar o conhecimento adquirido pelo visitante no seu cotidiano, desencadeando e/ou reforçando laços de identificação com os bens culturais, provocando uma conscientização quanto à necessidade de protegê-los.

Entendemos que os museus são mais que depositários de vestígios do passado: são depositários de memória social e, portanto, espaços não formais de educação, privilegiados pela riqueza cultural de que são formados.

Trabalhar-se-á aqui com a ideia de espaço educativo não formal, como aquele que, embora diverso da escola, proporciona conhecimento e auxilia no processo educativo e cultural de aprendizagem. Dessa forma, a relação do conhecimento escolarizado com seu conteúdo programático enriquecido pelo universo de possibilidades, propiciado por espaços como os museus e arquivos, potencializa a aprendizagem.

Nesse sentido, os ganhos extrapolam os verificados de maneira imediata; vão além do aprendizado propriamente dito, culminando em sentimentos de pertencimento social para com o bem visitado, gerando o desejo de saber mais informações e cuidar daquilo que agora, através da afetividade gerada, é identificado como parte integrante da história social e coletiva do indivíduo.

Acreditando que a história da Justiça se confunde com a história da sociedade, há mais de duas décadas foi criada a Memória do Judiciário Mineiro, que tem, como objetivo maior, a defesa e a promoção da história do Poder Judiciário em Minas.

Com um museu constituído por fragmentos diversos dessa história, o acervo é formado por peças de usos de época, indumentárias, processos, obras iconográficas e documentos em vários suportes que são parte da história da sociedade mineira e suas transformações, explicitadas nas mudanças sofridas pelo fazer jurídico.

---

* Nota histórica elaborada por Andréa Vanessa da Costa Val, Assessora da Memória do Judiciário Mineiro, e Michelle de Mello Lara (estagiária da Mejud), sob a supervisão do Des. Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro em dezembro de 2009.

[1] JULIÃO, Letícia. Apontamentos sobre a história dos museus. In: *Caderno de Diretrizes Museológicas 1*, Superintendência de Museus/ Secretaria de Cultura de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006 p. 20 em: http://www.cultura.mg.gov.br/arquivos/Museus/File/caderno-diretrizes/cadernodiretrizes_segundaparte.pdf

[2] CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Tradução de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade: Editora UNESP, 2001.

[3] CÂNDIDO, Manuelina Marta Duarte. *Arqueologia musealizada*: Patrimônio cultural e preservação em Fernando de Noronha, p. 29, em www.unirio.br/museologia/textos/arqueo-musea[2].pdf

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 18

O papel cultural e social dos museus extrapola, em muito, o de guardar reminiscências do passado, objetivando a pesquisa, a divulgação e a disponibilização do conhecimento possibilitado pelo acervo. Pensando nisso, a Mejud, desde sua criação, busca esse diálogo entre a Instituição e o público, mediada pela comunicação propiciada pela exposição museológica.

Em 2006, procurando maior interação com a sociedade em geral, foi lançado o Projeto Sempre Memória, que conta com ações como exposições itinerantes, permanentes, trimestrais, realização de palestras, fóruns, entre outros.

Nesse projeto, procurou-se valorizar a função educativa do museu por meio da criação do Espaço do Professor e do Jogo da Memória, em complementação às demais ações de cunho educacional já existentes, como elaboração de pesquisas e textos, visitas guiadas e orientadas.

O Espaço do Professor tem como objetivo orientar e ampliar os horizontes do conhecimento em relação à importância do papel pedagógico e cultural do museu, unindo aos conteúdos ministrados em sala de aula aqueles que estão em conexão com o nosso passado. No museu, o professor é convidado a conhecer e a investigar, realizando uma análise reflexiva sobre acervo e espaço, priorizando a metodologia da comunicação, em que podem ser oferecidas oportunidades de aprendizagem e divertimento.

O Jogo da Memória visa ao intercâmbio entre a aprendizagem motivada pelo ambiente estimulador da curiosidade que deu origem a questionamentos por parte dos estudantes, levando-os à posse de um conhecimento que transcende a esfera do espaço formal da educação e estimulando a valorização afetiva da memória e de seu patrimônio.

Desse modo, o jogo tem a finalidade de incentivar os participantes a se tornarem conhecedores da importância da conservação do patrimônio existente no Museu da Memória do Judiciário e da interligação memória-história. E isso por intermédio de um modo prazeroso e informativo, que é a brincadeira.

Essas ações visam aproximar os educadores e as escolas da história institucional do Judiciário, favorecendo uma apropriação do indivíduo pelo espaço e pela história, da qual ele faz parte e é agente construtor. Assim, espera-se contribuir para o reforço dos laços identitários da sociedade, de que a memória coletiva é parte fundamental, trabalhando na consolidação da formação cidadã.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Mortara Adriana. Desafios da relação museu-escola. *Revista Comunicação & Ciência*, São Paulo, n. 10, v. 03, set./dez. 1997 em: http://www.revistas.univerciencia.org/index.php/comeduc/article/viewArticle/4369. Acesso em: 25 jul. 2009.

ARAÚJO, Helena Maria Marques. Educar para cidadania. In: *Produção de saberes nos lugares de memória*. Em www.tvebrasil.com.br/salto/boletins2006/eeeh/tetx3.htm. Acesso em: 25 jul. 2009.

_____ . Os espaços educativos não-formais. In: *Memória e produção de saberes em espaços educativos não-formais*. Usos do Passado — XII Encontro Regional de História ANPUH-RJ 2006 em: http://www.rj.anpuh.org/Anais/2006/conferencias/Helena%20Maria%20Marques%20Araujo.pdf

CÂNDIDO, Manuelina Marta Duarte. *Arqueologia musealizada*: patrimônio cultural e preservação em Fernando de Noronha. Dissertação de mestrado em arqueologia. USP/SP/2004, p. 29 em: www.unirio.br/museologia/textos/arqueo-musea[2].pdf. Acesso em: 25 jul. 2009.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Tradução de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade: Editora UNESP, 2001.

FALCÃO, Andréa. *Museu e escola*: educação formal e não-formal. Entrevista realizada em 27.02.2009 em: http://www.tvbrasil.org.br/saltoparaofuturo/entrevista.asp?cod_Entrevista=29. Acesso em: 25 jul. 2009.

JULIÃO, Letícia. Apontamentos sobre a história dos museus. In: *Caderno de Diretrizes Museológicas* 1, Superintendência de Museus/Secretaria de Cultura de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 20, 2006. In: http://www.cultura.mg.gov.br/arquivos/Museus/File/caderno-diretrizes/cadernodiretrizes_segundaparte.pdf. Acesso em: 25 jul. 2009.

SANTOS, Maria Célia T. Moura. Museu e educação: conceitos e métodos. Artigo extraído da abertura do Simpósio Internacional "*Museu e educação*: conceitos e métodos", realizado no período de 20 a 25 de agosto. In: http://www.rem.org.br/. Acesso em: 25 jul. 2009.

SMOLKA, Ana Luiza Bustamante. A memória em questão: uma perspectiva histórico-cultural. *Revista Educação & Sociedade*, ano XXI, nº 71, Ed. Centro de Educação e Sociedade CEDES/UNICAMP, p. 166-193, jul./2000. http://www.scielo.br/pdf/es/v21n71/a08v2171.pdf. Acesso em: 25 jul. 2009.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 19

Breves comentários aos institutos da *emendatio e mutatio libelli*, à luz da Lei nº 11.719/08*

*Daniela Bertolini Rosa Coelho***

Sumário: 1 Introdução. 2 Da correlação entre a acusação e a sentença penal. 3 Da emendatio libelli. 4 Da mutatio libelli. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

No intuito de promover alterações no Código de Processo Penal, vêm sendo aprovadas pelo Congresso Nacional leis que versam sobre reformas pontuais, de grande relevância técnica e prática.

As modificações se fundam na necessidade de adequação do Código ao espírito da atual Constituição da República, também se podendo perceber da leitura das Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, nítida preocupação com a separação das funções dos sujeitos do processo penal.

Dentre as inovações trazidas, destaco no presente artigo aquelas promovidas nos institutos da *emendatio* e *mutatio libelli*, tecendo breves e preliminares comentários.

2 Da correlação entre a acusação e a sentença penal

É regra comum ao direito processual penal e civil a necessidade de correspondência entre o pedido formulado pela parte e a tutela jurisdicional concedida. Trata-se do princípio da correlação ou da congruência.

No âmbito do processo criminal, referido princípio atua como garantidor do direito de defesa do acusado, informando que:

> o fato imputado ao réu na peça inicial acusatória deve guardar perfeita correspondência com o fato reconhecido pelo juiz na sentença, sob pena de grave violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa (NUCCI, 2005, p. 638).

Tutelando o devido processo legal, assegura-se que o réu seja julgado pelas condutas que lhe foram atribuídas, vedando-se a condenação pela prática de fato não constante do libelo acusatório.

De se ressaltar que, diferentemente do que ocorre no processo civil, no âmbito penal é prescindível que a sentença guarde correlação com o pedido propriamente dito, o que se exige é que haja correspondência entre a decisão e os fatos imputados pela acusação.

Em razão disso, é corrente, na doutrina processualista penal, a afirmação de que o pedido, nessa seara, é sempre genérico. À acusação impõe-se de maneira precípua a descrição dos fatos pelos quais espera haver punição, a capitulação dada a tais fatos não vincula o magistrado.

A narrativa, de outro lado, atua como *causa petendi* e corresponde à imputação da prática de determinada conduta, comissiva ou omissiva, a princípio considerada típica. É a imputação que individualiza a acusação e delimita a pretensão punitiva.

Impõe-se ressaltar que, uma vez que se atenha aos fatos descritos, o juiz criminal pode atribuir a eles a consequência jurídica que lhe parecer mais adequada, tanto no que se refere ao enquadramento típico, quanto na qualidade e quantidade de pena à qual será submetido o sentenciado. Trata-se de atribuição inerente à função jurisdicional, a qual é concretizada por meio da *emendatio libelli*.

Merece registro que, a par da imputação veiculada na peça acusatória, podem surgir fatos novos no decorrer da instrução criminal, os quais não foram alcançados pela narrativa inicial por serem desconhecidos. Esse fenômeno autoriza procedimento denominado *mutatio libelli*.

Resumidamente, a fim de possibilitar a adequação ao direito aplicável dos fatos imputados na exordial e daqueles porventura apurados no correr da ação, e portanto imputáveis, possibilita o Código de Processo Penal duas providências típicas do processo criminal - a *emendatio* e *mutatio libelli*.

A distinção entre essas duas figuras está em que, enquanto na primeira o juiz se vale apenas da narrativa contida na peça de ingresso, adequando-a aos dispositivos legais, na *mutatio* há elemento novo apenas verificado quando da instrução criminal.

3 *Emendatio libelli*

Partindo da premissa estabelecida pela máxima *jura novit curia*, a figura da *emendatio libelli* destina-se a permitir ao julgador a conformação do fato narrado na acusação ao tipo penal previsto em lei, hipótese em que não se verifica modificação da situação fática já descrita, mas mera interpretação.

A atuação do juiz criminal nesse sentido consiste apenas em amoldar os fatos já expostos na peça acusatória a seu convencimento quanto ao juízo de tipicidade.

---

* Artigo apresentado no III Vitaliciar - Escola Judicial Des. Edésio Fernandes - EJEF.

** Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 20

Não obstante haja respeitáveis críticas doutrinárias em sentido contrário, não é necessária a prévia oitiva da defesa, haja vista que o réu se defende dos fatos, e não da definição típica destes. Sem modificar a narrativa fática contida na denúncia ou queixa, poderá o juiz proceder à definição jurídica diversa da proposta, ainda que, por via de consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

No tocante à *emendatio*, não sobrevieram grandes mudanças com a edição da Lei nº 11.719/08. Esta a nova redação dada ao art. 383 do Código de Processo Penal:

> Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.
> § 1º Se, em conseqüência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.
> § 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos. (NR)

O artigo transcrito, que anteriormente não continha subdivisões, passou a contar, pois, com dois parágrafos.

O primeiro deles apenas consagrou entendimento jurisprudencial já consolidado por meio do enunciado de Súmula 337 do STJ: "*É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva*".

O segundo explicita que, havendo alteração na competência para o julgamento do feito em razão da nova definição jurídica dada ao fato, o processo deverá ser remetido ao juízo competente. Encerra-se, assim, qualquer divergência doutrinária ou jurisprudencial relativa à competência diante de nova classificação.

A par dessas modificações, foi integralmente preservada a máxima *narra mihi factum, dabo tibi jus*, permitindo-se, como já era previsto, que o juiz, sem modificar a descrição fática contida na denúncia ou queixa, atribua aos fatos a adequação típica que lhe pareça mais ajustada, ainda que, por via de consequência, tenha de aplicar reprimenda mais severa.

Trata-se de decorrência lógica da função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto.

4 *Mutatio libelli*

A *mutatio libelli* é providência peculiar ao processo penal, a qual possibilita que sejam alcançados pela acusação fatos novos apurados no decorrer da instrução processual.

> Enquanto na *emendatio* a definição jurídica refere-se unicamente à classificação dada ao fato, aqui, na *mutatio libelli*, a nova definição será do próprio fato. Não se altera simplesmente a capitulação feita na inicial, mas a própria *imputação do fato* (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, 2005, p. 479).

Com efeito, a imputação é reconhecida de maneira progressiva e não estática, permitindo-se a inclusão de elementos da infração que não integravam originariamente a descrição fática contida na peça inicial por não serem conhecidos.

Tradicionalmente, a *mutatio libelli* era assim tratado na redação do Código de Processo Penal:

> Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.
> Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Conforme se verifica do dispositivo transcrito, pela regra originária, constatada, em razão de nova prova existente nos autos, a possibilidade de se conferir ao fato definição jurídica diversa daquela descrita na peça acusatória, abriam-se ao julgador duas possibilidades.

Tratando-se de nova definição jurídica que não importasse em agravamento da pena, o juiz criminal remetia o processo à defesa para manifestação no prazo de 8 (oito) dias, autorizando-se a produção de prova com oitiva de até três testemunhas.

Nessa hipótese, embora pudesse haver modificação das condutas atribuídas ao réu, não era imperativa a manifestação da acusação. O juiz verificava de ofício a presença de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na peça acusatória e, a partir de então, passava a agir, podendo proferir condenação em conformidade com os novos elementos colhidos, bastando a oitiva da defesa.

De outro lado, se em virtude da nova classificação fosse aplicável pena mais grave do que aquela prevista para a imputação inicial, o juiz remetia os autos ao Ministério Público para aditamento da denúncia ou queixa subsidiária, em crime de ação pública.

Nesse último caso, impunha a lei o aditamento a fim de que o novo conteúdo fático passasse a integrar a imputação. Havendo recusa por parte do Ministério Público, ao julgador restava a via do delineada pelo art. 28 do Código de Processo Penal, prerrogativa que foi mantida.

A opção legislativa era já há muito censurada pela doutrina, sendo objeto de críticas a possibilidade real de que o réu pudesse, sem qualquer intervenção do órgão de acusação, vir a ser surpreendido ao final por condenação decorrente de conduta diversa daquela da qual se defendeu durante todo o processo, em visível ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 21

Também alvo de censura a atuação positiva do julgador, em reconhecer de ofício, para fins de condenação, fatos não previstos na imputação inicial. A atuação do juiz criminal nesse ponto confundia-se com a da acusação, em nítido prejuízo ao sistema acusatório e ao devido processo legal.

Provavelmente em atenção a essas críticas, no que se refere à *mutatio libelli*, as inovações da Lei nº 11.719 foram de maior vulto. O art. 384 do Código de Processo Penal passa a contar com a seguinte redação:

> Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.
> § 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.
> § 2 º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.
> § 3 º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao *caput* deste artigo.
> § 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.
> § 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá. (NR)

A partir da vigência da lei, a principal premissa sobre a qual passa a sustentar-se o instituto da *mutatio libelli* é a de que aos órgãos de acusação compete exclusivamente a iniciativa quanto à imputação de elementos ou circunstâncias da infração penal verificados no trâmite da instrução criminal.

Prestigiando a força da imputação em detrimento do montante da pena aplicada, a Lei nº 11.719/08 foi clara ao determinar que será sempre necessário o aditamento da peça acusatória ante o surgimento de novas provas.

A tônica deixa de ser a quantidade de pena e passa a ser o conteúdo da imputação. Por via de consequência, independentemente da pena abstrata prevista, não mais se atribui ao juiz o poder de reconhecer de ofício novos fatos no decorrer da ação.

Também não mais se atribui ao magistrado a prerrogativa de provocar a atuação do Ministério Público por meio da remessa dos autos, tal como lhe autorizava a redação original do art. 384 do Código.

Doravante, deverá o aditamento ser ato espontâneo realizado pelo Ministério Público após o encerramento da instrução probatória. Discordando da inércia, apenas resta ao juiz criminal a prerrogativa de proceder em conformidade com o art. 28 do Código de Processo Penal, remetendo os autos à apreciação do chefe da instituição, a fim de que este mantenha a acusação nos termos em que proposta, promova o aditamento da inicial ou ainda designe outro membro do Ministério Público para fazê-lo.

O novo regramento dado à mutatio guarda agora correspondência com aquele previsto para a instauração da ação criminal, igualando o procedimento nas hipóteses de discordância do magistrado quanto ao posicionamento do *Parquet*, seja no arquivamento de inquérito policial ou na recusa ao aditamento.

5 Conclusão

Pelo exposto, conclui-se que o legislador de 2008 privilegiou a titularidade da ação penal constitucionalmente atribuída ao Ministério Público e deu tratamento uniforme à imputação de fatos delituosos, sejam eles apurados no início ou no decorrer da ação penal.

A partir da vigência da Lei nº 11.719, desaparece o lastro que autorizava o juiz criminal a proceder de ofício ao reconhecimento de imputações não descritas na exordial; e, nesse sentido, a norma alterada aperfeiçoa substancialmente o sistema acusatório, tornando o instituto da *mutatio libelli* mais compatível com a imparcialidade de que se deve revestir a atuação judicial.

Com o fito de melhor definir as funções dos sujeitos do processo criminal, a lei tornou certa a imprescindibilidade da congruência entre a imputação feita pela acusação e a sentença penal ao final proferida, reforçando sobremaneira os princípios do contraditório e da ampla defesa e consagrando, ao que nos parece, as diretrizes traçadas pela Constituição da República.

6 Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal:* parte geral. 6. ed. v.1. 2000.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 1. ed. 2ª tiragem. Campinas: Editora Bookseller, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Editora RTVEIRA.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2001.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 22

13ª remuneração dos agentes políticos municipais *

José Rubens Costa **

I - Direito alheio e próprio - incoerências

A edição da Emenda Constitucional nº 19/98 renovou uma curiosa polêmica, embora bastante restrita, sobre o direito dos agentes políticos, *rectius*, mais precisamente - não se sabe a razão - controvérsia praticamente limitada ao direito dos prefeitos e vereadores ao recebimento da gratificação natalina ou décimo terceiro salário ou subsídio, por causa do suposto confronto com a regra inscrita no § 4º, art. 39, Constituição Nacional, segundo o qual "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".

Todavia, se a qualidade de membro do Poder (= agente político) impedisse o recebimento de 13º salário ou subsídio, certamente magistrados, membros do Poder Judiciário, igualmente estariam impedidos do recebimento do 13º subsídio. Do mesmo modo, estariam destituídos do direito social constitucional os servidores públicos, para tanto suficiente a utilização da regra permissiva do subsídio fixado em parcela única, como se dispôs no § 8º do mesmo art. 39.

Caso se considerasse afastada a possibilidade de percepção da gratificação natalina pela norma mencionada, os servidores públicos, todos, inclusive os Promotores, não teriam direito ao 13º salário, porque a todos estes se aplica o § 4º, art. 39, pela remissão e ressalva do inciso XV, art. 37, da mesma Constituição, a despeito da conferência expressa do § 3º, art. 39, invocando o inciso VIII, art. 7º, direito, então, embora por absurdo, soterrado pela EC 19/1998.

Duplamente desmerecedor (= *rectius* do 13º) seria o membro do Ministério Público, por dupla remissão, incidente a regra dos servidores públicos, dobrada no art. 128, § 5º, I, letra *c*, Constituição Federal, letra expressa, em estabelecendo ao membro da instituição a garantia de: "c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º".

Também não herdariam (= *rectius* o 13º subsídio) os magistrados, porque, igualmente a eles, impõe-se o mesmo subsídio em parcela única, art. 92, V, "obedecido em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4", textos da mesma Constituição.

Perceba-se, ainda, e de plano, como a Seção II, Dos servidores públicos, arts. 39 a 41, Capítulo VII, Da Administração Pública, Constituição Nacional, embora não devesse, mostrou-se pouco técnica, dispondo sobre os servidores e os agentes políticos. Em outros tópicos, repetitiva, *v.g.*, na configuração de subsídio ao Ministério Público; ou lacunosa, *v.g.*, na Seção III, Dos militares, mesmo Capítulo VII, art. 42, pois não esclarece, ficando apenas na matéria, se o subsídio em parcela única se aplica aos militares e, pior, não lhes dedica 13º salário ou subsídio.

A rebeldia sem causa contra o direito subjetivo constitucional dos agentes políticos ao 13º salário ou subsídio não encontra apoio na doutrina, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 188):

> Como se verá logo em seguida - ao se tratar do limite remuneratório dos servidores públicos -, o disposto no art. 39, § 4º, tem que ser entendido com certos contemperamentos, não se podendo admitir que os remunerados por subsídio, isto é, por parcela única, fiquem privados de certas garantias constitucionais que lhes resultam do § 3º do mesmo artigo, combinado com diversos incisos do art. 7º, a que ele se reporta. Por esta razão, quando for o caso, haverão de lhes ser aditados tais acréscimos, deixando, em tais hipóteses, de ser única a parcela que os retribuirá [...]
> Assim, sendo as parcelas pleiteadas pela autora tidas como regra na Administração Pública, inexistindo cargo em que não são devidas, deve então o Município arcar com tais verbas, sob pena de locupletamento ilícito e enriquecimento sem causa por parte de tal ente federativo.

Corrobore-se com o constitucionalista José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 667):

> A gratificação expressa de qualquer adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória reforça o repúdio ao conceito tradicional e elimina o vezo de fragmentar a remuneração com múltiplos penduricalhos, que desfiguram o sistema retributório do agente público, gerando desigualdades e injustiças. Mas o conceito de parcela única só repele os acréscimos de espécies remuneratórias do trabalho normal do servidor. Não impede que ele aufira outras verbas pecuniárias que tenham fundamentos diversos, desde que consignados em normas constitucionais.

---

* Cf. Costa, José Rubens. A remuneração dos Prefeitos, Vices e Vereadores. *Revista do Tribunal de Contas do EMG*, vol. 11, n. 2, p. 95 a 131, abr./jun. 1994; *Manual do Prefeito e do Vereador*. Com pareceres sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal, Subsídio, Previdência e Tributos. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

** Advogado. Professor e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Pós-doutorado em Direito Constitucional e Processual Civil, respectivamente, nas Universidades Livre e Técnica de Berlim, na qualidade de bolsista da Alexander von Humboldt-Stiftung.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 23

II - Presidente, Vice-Presidente, Ministros

O Presidente e o Vice-Presidente da República e Ministros recebem o 13º subsídio, art. 4º do Decreto Legislativo 6/95 [1], tempo em que vigia, ao invés de subsídio, o termo remuneração:

> No mês de dezembro de 1995, o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado perceberão adicional correspondente à remuneração mensal resultante da aplicação deste decreto legislativo.

Os parlamentares federais também se beneficiam da 13ª remuneração ou 13º subsídio (=gratificação natalina), indo até a 15ª remuneração, etc., Decreto Legislativo 7/95:

> Art. 2º. No mês de dezembro, os parlamentares farão jus a importância correspondente à parcela fixa do subsídio, acrescida das parcelas variável e adicional, em valor proporcional ao efetivo comparecimento do parlamentar às sessões deliberativas realizadas até 30 de novembro.
> Art. 3º. É devida ao parlamentar, no início e no final previsto para a sessão legislativa, ajuda de custo equivalente ao valor da remuneração.

O DL 7/95 permanece em vigor, prorrogação do Decreto Legislativo 7, de 1999; Decreto Legislativo 444, de 2002, art. 1º, § 1º (Na aplicação do disposto no *caput* , ficam mantidos os critérios de pagamento e a proporção entre subsídios fixos e variáveis e adicionais fixada pelo Decreto Legislativo nº 7, de 1995, cuja vigência foi prorrogada pelo Decreto Legislativo nº 7, de 1999) e o Decreto Legislativo 1, de 2006 (altera o *caput* e revoga o § 1º do art. 3º do Decreto Legislativo nº 7, de 19 de janeiro de 1995).

III - Governador, Vice-Governador, Secretários, Deputados - Minas Gerais

Igualmente o Governador, o Vice-Governador, os Secretários de Estado e os Deputados mineiros, termos da Lei 13.200, de 03.02.99 - posterior à EC 19/1998:

> Art. 1º. A remuneração mensal do Governador do Estado, do Vice-Governador, de Secretário de Estado e de Secretário Adjunto, bem como a dos membros da Assembléia Legislativa, a partir de janeiro de 1999, obedecerão [*sic*] ao disposto, respectivamente, nas Resoluções nºs 5.180, de 29 de dezembro de 1997, e 5.154, de 30 de dezembro de 1994, até que sejam fixados os subsídios de conformidade com o disposto nos arts. 37, X e XI, e 29, § 4º, da Constituição da República.

A Resolução 5.180, de 1997, aplicável aos agentes políticos do Executivo, não se refere à 13ª remuneração, tarefa da Resolução 5.154, de 30.12.1994, excedente da 13ª, porque gratifica os agentes políticos estaduais com 14ª remuneração, o que se aplica aos agentes políticos do Executivo e do Legislativo:

> Art. 1º. Os membros da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais perceberão, na legislatura a iniciar-se em 1º de fevereiro de 1995, como remuneração, 75% (setenta e cinco por cento) do que perceberem os Deputados Federais.
> Parágrafo único. É devida aos membros da Assembléia Legislativa, no início e no final de cada sessão legislativa, ajuda de custo correspondente ao valor da remuneração.
> [...]
> Art. 5º. Os valores da remuneração mensal do Governador, do Vice-Governador, de Secretário de Estado e de Secretário Adjunto, na data desta resolução, para vigorarem no exercício de 1995, correspondem ao da remuneração do Deputado Estadual, observados, respectivamente, os seguintes fatores de ajustamento: I - 2,0 (dois vírgula zero); II - l,5 (um vírgula cinco); III - 1,0 (um vírgula zero); IV - 0,8 (zero vírgula oito).

O 13º subsídio já existia antes da Constituição de 1988, art. 11, Lei 8.701, de 18.10.1984, concedido ao "pessoal civil e militar do Poder Executivo", provindo a dicção pessoal civil da Lei 4.320/64, estatui normas gerais de direito financeiro, arts. 12 e 13, incluída na correspondente dotação dos orçamentos toda e qualquer despesa com pessoal civil, servidores públicos e agentes políticos, como se verifica, por exemplo, no orçamento deste exercício de 2009, Lei nº 11.897/2008.

Não outra a disposição do art. 169 da Constituição ao referir-se a despesa com pessoal, compreende servidores públicos e agentes políticos, como se reitera nos arts. 18 e 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

> Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder.

IV - Magistrados - recusa da LOMAN

Se o § 4º, art. 39, proibisse a gratificação natalina, os magistrados, que também merecem a aplicação daquela norma, remissão do art. 92, V, não mereceriam a gratificação natalina, e sequer seria constitucional concedê-la por lei diversa da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que, a propósito, mantém-se omissa, não prevê a gratificação natalina, no Título IV, Vencimentos,

[1] As indicações de textos ou normas legislativas permanecem sem atualização, porque, algumas, expressamente, de vigência prorrogada, outras, possivelmente, ainda vigem, não tendo sido encontradas normas atuais. De lembrar aos neófitos a recente "descoberta dos atos secretos", muitos destes "descobertos" de permanência "secreta".

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 24

Vantagens e Direitos dos Magistrados, Capítulo I, Dos Vencimentos e Vantagens Pecuniárias, arts. 61 a 65, em que este último, incisos I a X, discrimina as vantagens, sem, no entanto, gratificá-los com os constitucionalmente devidos 13º subsídio e gratificação de férias.

Reiterada interpretação do Supremo Tribunal Federal pontifica, *v.g.*, porque, Rp. 1.155, *RTJ* 108:486, il. Min. Moreira Alves,

> a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, ao lado dos vencimentos, cataloga o máximo de vantagens que os magistrados podem ter [...] e não obriga a União Federal ou os Estados-membros a atribuir todas essas vantagens, mas lhes veda que as ultrapassem.

Logo, como seria lícito ou adequado constitucionalmente o recebimento da 13º remuneração ou 13º subsídio, ou, no simpático nome, gratificação natalina, pelos magistrados brasileiros? A mesma pergunta quanto à gratificação de férias.

A única resposta possível parece a do eg. Tribunal de Contas da União, il. Min. Homero Santos, decisão relativa ao direito dos magistrados, pois se trata de garantia constitucional:

> adicional de férias e gratificações de natal, por se tratarem de vantagens instituídas pela Constituição, sem distinção, a todos quantos percebem remuneração sob a forma de salário (Decisão de 16.5.89, TC-011.445/88-Adm., Rel. Min. Luciano Brandão, BI n. 28/89; Decisão n. 021/91-Adm., TC-000.409/91-0, Rel. Min. Carlos Átila, BI n. 59/91; Decisão n. 174/92 - 1ª C, TC-425.193/91-8, Rel. Min. Adhemar Ghisi, Ata n. 14, de 12-5-92) [TC-013.328/91-3, in *BDA*, dez./93, p. 717].

Não se confundam os nomes, remuneração, salário, subsídio, variáveis nas sucessivas alterações do semanário Constituição, desde a EC 19/1999, magistrados, parlamentares e agentes políticos do Executivo, todos eles, recebem pelo nome subsídio (= salário ou remuneração).

Na Lei 10.228, de 12 de julho de 1990, que dispõe sobre os vencimentos da Magistratura, não se detalhava o direito de magistrados ao 13º salário ou remuneração, mas recebiam-no assim mesmo, desde, possivelmente, a consagração como direito social dos trabalhadores brasileiros. Opor-se-iam os magistrados ao princípio da legalidade, recebimento sem previsão legal; à LOMAN, à Constituição, principalmente após a criação do subsídio em parcela única?

Somente com a LC 59, de 18.01.2001, os magistrados mineiros passaram a ter norma de regência, e com o nome adequado, art. 114, inciso IV, subsídio especial de Natal. Logo, o subsídio em parcela única, § 4º, art. 39, art. 92, V, Constituição, não impede a gratificação ou subsídio natalino. Se o impedisse, manifesta seria a inconstitucionalidade do benefício concedido à magistratura mineira. Repita-se, também não consta da LOMAN um terço dos subsídios como gratificação de férias, legislada no mesmo art. 114, inciso V, a concessão. Lembre-se, ainda, de não tolerar o subsídio único qualquer outra gratificação ou espécie remuneratória.

O 13º salário e a gratificação de férias se localizam entre os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais art. 7º, VIII e XVII, direito, também, dos servidores públicos, remissão do § 3º, art. 39 da Constituição. No capítulo reservado ao Poder Judiciário não se encontra o direito ao 13º subsídio e à gratificação de férias, mas na regra do § 4º, art. 39, sim. A LOMAN, como visto, não prevê estas gratificações. Como podem ser devidas aos agentes do Poder Judiciário, senão como direitos deduzidos diretamente da Constituição?

Confira-se, neste sentido, a Resolução 13, de 21.03.2006, Conselho Nacional de Justiça, para verificar de onde não provêm (LOMAN) e de onde provêm (Constituição) estas duas gratificações, que não conflitam com a regra do subsídio de parcela única:

> Art. 3º. O subsídio mensal dos Magistrados constitui-se exclusivamente de parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, de qualquer origem. [...]
> Art. 7º Não podem exceder o valor do teto remuneratório, embora não se somem entre si e nem com a remuneração do mês em que se der o pagamento:
> I - adiantamento de férias;
> II - décimo terceiro salário;
> III - terço constitucional de férias. [...]
> Art. 10. Até que se edite o novo Estatuto da Magistratura, fica vedada a concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias não previstas na Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN), bem como em bases e limites superiores aos nela fixados.

V - Sem verificação de vigência - membros do MP e Conselheiro TCE

A Lei nº 9.741, de 14 de dezembro de 1988, vencimentos dos cargos de Conselheiros e Auditores do Tribunal de Contas, e a Lei nº 10.377, de 10 de janeiro de 1991, vigentes o § 4º, art. 39, e letra *c*, I, § 5, art. 128, vencimentos dos membros do Ministério Público, também não especificam direito a 13º remuneração ou gratificação natalina. Terão os ilustres representantes destas duas admiráveis instituições recebido sem direito? Não se acredita. O direito consagrou-se pela incorporação como garantia constitucional.

VI - Supremo Tribunal Federal - 13º - Vereadores de Belo Horizonte

Na ADI 1.0000.08.486.655-7, TJMG, o il. Des. Alexandre Victor de Carvalho concedeu cautela liminar

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 25

para suspender os da Lei 8.938/2004, Município de Belo Horizonte, previsão do décimo terceiro salário aos Vereadores. Sustada a cautela, RCL 7.396-MG [2], em 17 de dezembro de 2008, pelo il. Min. Menezes Direito, de saudosa memória.

VII - Procuradoria-Geral de Justiça - Minas Gerais

Na AC 195.508-7, confira-se fundamentado parecer do il. Procurador João Câncio de Mello Júnior, destacando, *aimé*, não ser esta a atual orientação do Ministério Público mineiro:

> Ademais, é de nosso entendimento que, mesmo sem lei específica, em não se tratando de majoração dos vencimentos ou subsídios, do prefeito, do vice, e dos vereadores, o 13º salário já era devido por força constitucional. Evidentemente que o 13º salário é direito constitucional de todo trabalhador e servidor público, *ex vi*, do art. 39, § 3º, c/c art. 7º, VIII, da Constituição Federal [...]
> Portanto, mesmo que se discuta sobre o conceito de agente público, agente político, e outros conceitos, o fato é que o núcleo institucional, a saber, a natureza estatutária, destes cargos é idêntica e se identificam. Trata-se do núcleo comum entre todos os agentes que prestam serviços ao Estado dentro dos ditos três Poderes.
> Logo, é direito comum a todos os exercentes de função pública, que prestam serviços para o Estado ou outros entes federativos, o direito à percepção do 13º salário.
> Portanto, o 13º salário com base nos vencimentos ou subsídios auferidos à época pelos apelantes já era devido independente de lei específica porque tal rubrica encontra sua matriz na própria Constituição federal e não em lei específica da unidade da Federação.

TJMG - AC 1.0686.06.181.199-4, Des. Antônio Sérvulo:

> A autora realmente é detentora de cargo político, e desta forma é remunerada por subsídios indivisíveis e insuscetíveis de aditamentos e acréscimos de qualquer espécie, como se colhe do art. 39, § 4º, da CF: [...]
> E este tem sido o entendimento deste egrégio Tribunal: 'Ainda que o regime de remuneração do servidor público se faça através de subsídios, tem ele o direito incontestável ao recebimento do 13º salário, posto que este constitui direito social que lhe foi assegurado na Constituição Federal' (Rel. Des. Geraldo Augusto, AC 1.0686.05.166.206).

Em resposta à consulta formulada pela Câmara Municipal de Mateus Leme, o il. Cons. Moura e Castro manifestou-se pela legalidade do recebimento da gratificação natalina pelos agentes políticos:

> Com relação à [...] questão, tenho que o art. 39, § 4º, da Constituição da República, ao cuidar de pagamento mensal, não afastou dos agentes políticos a percepção de verbas anuais, como, por exemplo, a gratificação natalina e as férias, que têm natureza jurídica diversa de subsídios.
> A propósito, nesse sentido é a abalizada opinião da ilustre Profª. Lúcia Valle Figueiredo, que, sobre a matéria, assim se manifesta:
> 'Relativamente à gratificação natalina, os 33,33% de abono de férias, o salário-família, como outros direitos na Constituição, nos termos do § 3º do art. 39, com a nova redação dada pelo art. 5º da Emenda n. 19, [...] não tendo havido exceção expressa a membros de Poder que recebem subsídios, e como são eles servidores em sentido amplo, entendemos que permanecem'.
> E continua a renomada administrativista:
> '[...] no tocante às férias, 1/3 de abono constitucional e gratificação natalina, a resposta é no sentido de que devem ser preservados pela linha de argumentação já expendida, tal seja, os direitos sociais, mantidos pela Emenda n. 19, não excluem aqueles que recebem subsídios' (in *BDA - Boletim de Direito Administrativo* n. 1, jan./99, p. 6-7).

Nessa mesma linha, ao interpretar a EC 19/98, é o entendimento do Juiz Federal Heraldo Garcia Vitta:

> O servidor detentor de poder, como os políticos, os magistrados e outros agentes públicos, recebem subsídios, na forma da lei, considerando-se tal o valor da parcela única, vedado qualquer acréscimo remuneratório, excetuadas apenas indenizações, como a ajuda de custo e diárias, além dos direitos sociais mencionados no art. 39, § 3º, o qual igualmente se aplica ao servidor não-detentor de poder, ocupante de cargo público (in *BDA - Boletim de Direito Administrativo* n. 02, fev./99, p. 116).

VIII - Descabimento de devolução de valores percebidos

Qual possa ser a interpretação, não se mostra segura no sentido do descabimento do 13º subsídio, pois, como visto, recebem-no todos os agentes políticos, razão óbvia de não haver incompatibilidade com a regra do § 4º, art. 39, comum a todos os agentes políticos.

---

[2] A decisão do il. Min. Menezes Direito suspendeu, inclusive, a tramitação da ação direta, por visualizar fundamento de confronto, se existente, entre a norma local e a Constituição Federal: "Em primeira análise, considero pertinentes as alegações do ora reclamante, ressaltando que esta Suprema Corte já decidiu que os Tribunais estaduais não têm competência para processar e julgar representação de inconstitucionalidade contra leis municipais, utilizando-se como parâmetro de controle a Constituição Federal. Também já manifestou este Supremo Tribunal Federal posicionamento no sentido de que a circunstância de não ser o STF competente para processar o controle concentrado da lei municipal não obsta o conhecimento da reclamação, tendo em vista que ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição Federal, expungindo do sistema jurídico as normas que lhe venham contrariar e verificando a pertinência da ação direta de inconstitucionalidade. Nessa linha a Rcl nº 1692/RJ, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 15.9.04." Redistribuída a Rcl 7396 ao il. Min. Dias Toffoli.
Defiro o pedido de liminar para suspender a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.08.486655-7/000, bem como os efeitos da decisão liminar proferida naqueles autos.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 26

Ainda que se entendesse inconstitucional o recebimento do 13º salário apenas no caso de prefeitos e vereadores, deve ser aplicado, pelo menos, o chamado erro interpretativo, excludente de qualquer obrigação de devolver, precedente o RE 122.202-MG, il. Min. Francisco Rezek, *DJ* de 08.04.94, p. 7.243, em que, a despeito de julgar procedente ação popular contra aumento da remuneração de magistrados, julgou improcedente a pretensão popular de condenação ou devolução dos valores:

> Acórdão que prestigiou lei estadual a revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade.

Impende consagrar o entendimento da AC 1.0000.00.211.187-0, il. Des. Almeida Melo:

> Os Vereadores e o Prefeito de Baependi não agiram de má-fé. Os valores em causa não são expressivos, para as responsabilidades que exercem, e não se pode, portanto, impressionar pelos percentuais do aumento, porque são relativos a valores absolutos pequenos. [...]
> A devolução dos valores recebidos, indevidamente, deve ser orientada pela inexistência de boa-fé. Em matéria intricada e controvertida, envolvendo valores que não são exorbitantes, mas compatíveis, prontamente controlados, presume-se a boa-fé.
> No julgamento do MSQO-21715/RS, Relator o em. Min. Sidney Sanches, pelo Tribunal Pleno, em 15 de fevereiro de 1995, publicação o *DJ* de 20 de abril daquele ano, foi assimilada a acolhida, pelo colendo Tribunal de Contas da União, do não ressarcimento de vantagens recebidas indevidamente, mas de boa-fé, por falta de interesse de agir dos impetrantes.
> Em diversos precedentes, o colendo Tribunal de Contas da União, competente, pela Constituição, para o julgamento da regularidade das contas dos ordenadores de despesa pública, entendeu, diante do conflito de inteligências e da dificuldade da interpretação dos diversos normativos que regem o teto da remuneração, fixado pela Constituição Federal, deve ser presumida a boa-fé dos beneficiários e dispensado o recolhimento das quantias indevidamente pagas (Acórdãos 88/1993 - Plenário, Relator Ministro Substituto Bento José Bugarin, julgado em 15 de setembro de 1993 e publicado em 27 de setembro de 1993, na p. 14460 do *DOU*; 98/1993 - Plenário, Relator Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, julgado em 29 setembro de 1993 e publicado na p.15284 do *DOU* de 13 de outubro de 1993 e 99/1993 - Plenário, Relatora Min.ª Élvia L. Castello Branco, julgado em 6 de outubro de 1993, publicado em 26 de outubro de 1993, na p. 16025 do *DOU*).
> No caso do teto de remuneração das estatais, foi necessário que o em. Min. Homero Santos, Presidente do Tribunal de Contas da União, apresentasse ao Plenário requerimento do qual decorreu a Decisão 224/1993 - Plenário, de que foi Relator o Min. Luciano Brandão Alves de Souza, julgada em 15 de julho de 1993 e publicada na p. 11.192 do *DOU*, edição de 4 de agosto de 1993, no sentido de que se deixasse 'assente a inexistência de boa-fé, em caso de comprovado o recebimento a maior, em face das inúmeras manifestações sobre o assunto, inclusive da CGR, da PGFN e do próprio Comitê de Controle das Estatais' [...]
> A soberania popular é princípio básico da Constituição e da sociedade democrática e, para despojar do mandato e dos direitos políticos um ungido do povo, o pressuposto é a improbidade dolosa ou mediante culpa grave. [...]
> Dou provimento [...] parcial às apelações, para decotar da sentença a perda de função, a perda dos direitos políticos, a multa, a indisponibilidade de bens e o recolhimento das quantias indevidamente recebidas.

O mesmo fundamento no Ag 1.0051.05.012462-0/001(1) do il. Des. Batista Franco:

> [...] e, quanto ao Prefeito Municipal, conforme já decidido por esta 6ª Câmara Cível, Relator o caro Des. Ernane Fidélis, 'somente responderá civilmente e pessoalmente quando agir, no desempenho do cargo, com culpa manifesta, dolo ou abuso de poder, causando assim, prejuízo patrimonial ao ente público ou a terceiros' (Apelação Cível nº 1.062901.001.863-4/001, j. em 1º.06.2004), e, no caso, não se tem prova pré-constituída de que isso esteja se dando.

Não diverge o Superior Tribunal de Justiça, REsp 488.905/RS, il. Min. José Arnaldo da Fonseca; AgRg REsp 675.260/CE, il. Min. Gilson Dipp; REsp 645.165/CE, il. Min.ª Laurita Vaz; REsp 488.905/RS, il. Min. Edson Vidigal; REsp 554.469/RS, il. Min. Hamilton Carvalhido; AgRg REsp 808507/RJ, il. Min.ª Maria Thereza de Assis Moura; EREsp 612.101/RN, il. Min. Paulo Medina; AgRg REsp 679.479/RJ, il. Min. Arnaldo Esteves Lima, divergência de interpretação e natureza dos valores, "a título de vencimento ou de remuneração, não servem de fonte de enriquecimento, mas de subsídio dele e de sua família".

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 27

Repetição de indébito tributário - legitimidade ativa

José Benedito Miranda[*]

O Judiciário tem sido constantemente chamado a pronunciar a ilegitimidade da incidência do ICMS sobre determinadas operações que envolvem a circulação de mercadorias ou prestações de serviços sujeitos ao imposto estadual, não sendo rara a cumulação do pedido com a restituição do valor do imposto, com cujo ônus os consumidores ou tomadores dos serviços alegam haver suportado, incorporado que teria sido ao custo da mercadoria adquirida ou ao valor do serviço prestado. Demandas dessa natureza, quando instauradas por consumidores finais, despertam o interesse de quem lida com a matéria, especialmente no que concerne à identificação da parte legitimada para a ação.

Com efeito, segundo a dogmática processual, parte na relação jurídica controvertida (*res in judicium deducta*) corresponde a uma situação de direito material - na medida em que de direito material é a pretensão que constitui objeto do processo. Disso decorre que, dada a estreita conexidade existente entre os conceitos de parte legítima e parte de direito material, somente têm legitimidade ativa e passiva para a causa aquelas mesmas pessoas que sejam titulares da relação jurídica substancial posta como objeto do juízo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 3. ed., Malheiros Editores, p. 25).

Nesse contexto, avulta, então, de importância, a legitimidade *ad causam*, uma das condições da ação, que se inscreve no elenco dos pressupostos para o provimento sobre o mérito, que ao juiz, em qualquer grau de jurisdição, cumpre conhecer espontaneamente e cuja presença lhe cabe preliminarmente sindicar (REsp 808.536), visto que a inobservância dos requisitos que nelas se expressam compromete o próprio exercício da jurisdição, segundo autorizadas manifestações doutrinárias.

É fácil compreender que assim seja, pois, segundo Dinamarco, o direito processual civil apresenta sensível vocação para a solução de situações jurídicas individuais, tendência essa que se evidencia pela tradicional exigência de que o interesse de agir seja pessoal e direto em relação a *ei qui agit* e, bem assim, que a legitimação para a causa derive da coincidência entre a titularidade da pretensão de direito material e a pessoa que a pretende fazer valer, através do exercício do direito de ação.

Para a teoria geral do direito, a relação jurídica é definida como o vínculo abstrato, segundo o qual, por força da imputação normativa, uma pessoa, sujeito ativo, tem o direito subjetivo de exigir de outra, denominada sujeito passivo, o cumprimento de certa prestação (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 4. ed., Saraiva, p. 190).

Na seara tributária, a relação jurídica estabelece-se em face do que resulta da leitura conjunta dos arts. 119 e 121, ambos do CTN, entre a entidade política competente para instituir e exigir o tributo e a pessoa que, por manter relação direta com o respectivo fato gerador, está obrigada a seu pagamento.

Ocorrendo o fato gerador, há incidência do tributo ou da regra jurídica sobre o fato, desencadeando-se, como efeito típico, o surgimento da obrigação tributária para uma pessoa determinada.

Contribuinte do ICMS, segundo a lei complementar a quem a Constituição confiou a uniforme disciplina do imposto, é, então, a pessoa que realiza operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (LC 87/96, art. 4º), isto é, a pessoa que realiza o pressuposto da incidência tributária.

A eleição do sujeito passivo da obrigação tributária, por conseguinte, é uma decorrência da noção de fato gerador da obrigação tributária. A pessoa escolhida pelo legislador para figurar no polo passivo da relação tributária, o devedor do tributo, é, pois, o contribuinte legal, ou contribuinte de direito (*de jure*).

Eis por que, no campo da relação jurídico-tributária, a obrigação nasce, desenvolve-se e extingue-se não pelo modo que os particulares tenham determinado, mas pela forma que a lei tenha disposto, tenha regulado, vale dizer, a obrigação tributária é uma obrigação *ex lege*: nasce entre dois sujeitos e extingue-se com seu cumprimento, ou por uma das hipóteses do art. 156 do CTN.

Entretanto, nem sempre, sob o ponto de vista financeiro, o sujeito passivo é gravado, definitivamente, pelo tributo, por resultado da repercussão econômica, que, segundo Souto Maior Borges,

> processa-se geralmente através dos mecanismos de formação de preços, aos quais se incorpora a parcela correspondente ao tributo, nas diversas etapas dos ciclos de produção, industrialização e comercialização do bem (*in Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed., 2. tiragem. Malheiros, p. 185 e seguintes).

Assim, como a carga tributária pode muitas vezes ser transferida para o adquirente do produto ou tomador do serviço, há que se distinguir, segundo Souto Maior Borges, a incidência jurídica da incidência econômica:

---

[*] Procurador do Estado de Minas Gerais.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 28

> A incidência jurídica do tributo pressupõe a inclusão de determinado fato no campo da regra jurídica da tributação. Ocorrendo o fato gerador, há incidência do tributo ou da regra jurídica sobre o fato e, pois, desencadeia-se como efeito típico o surgimento da obrigação tributária para uma pessoa determinada.
> Economicamente, a carga tributária pode ser suportada por pessoa distinta do contribuinte de direito. A incidência econômica do tributo é sobre a pessoa que suporta em definitivo o ônus monetário. O contribuinte percutido pode eventualmente suportar em definitivo a incidência econômica do tributo. Mas, pode acontecer que o contribuinte percutido faça repercutir a carga tributária sobre outrem.
> Diz-se que a incidência econômica é direta quando recai sobre o contribuinte percutido, e indireta quando assenta sobre contribuinte repercutido.
> Nas diversas fases do processo de repercussão econômica do tributo, haverá um momento em que, esgotadas as possibilidades de translação, a carga tributária recairá sobre alguém. A este momento, corresponde a incidência econômica do tributo. O patrimônio ou a renda desse alguém estará definitivamente submetido ao ônus fiscal.

As noções de incidência jurídica e incidência econômica dos tributos correspondem, então, a conceitos inconfundíveis. A repercussão ou translação é, portanto, a transferência do ônus tributário do contribuinte de direito (*de jure*) para o contribuinte de fato (*de facto*).

Nesse contexto, em tema dos tributos que comportem a transferência do respectivo encargo financeiro, denominados indiretos, assume especial relevância jurídica a correta identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, uma vez que o direito tributário somente se interessa pelo contribuinte *de jure*, pessoa que a lei escolhe para suportar na ordem jurídica o ônus do tributo.

E assim é, efetivamente, pois basta ver que, do consumidor da energia elétrica, nada exige a lei, porque ausente o indispensável vínculo jurídico. Entretanto, se o contribuinte do imposto lhe transfere o respectivo encargo, que o consumidor supõe indevido na origem, nem por isso estaria legitimado a acionar o sujeito ativo da obrigação, satisfeita que foi por outrem, pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

Nessa linha de raciocínio, registra Zelmo Denari que existe uma relação jurídica tributária de índole publicística, que se instaura entre Fisco e contribuinte, com vistas à realização do crédito e da respectiva obrigação tributária. Mas há, por outro lado, uma relação jurídica que se trava entre contribuinte e consumidor. De fato, anota o autor citado, a aquisição da mercadoria é ato de compra e venda mercantil, e a relação jurídica dela decorrente tem caráter privatístico (Repetição de indébito, *in Cadernos de Direito Tributário*, nº 8, ERT, 1983).

> Bem observado, o consumidor - quer se trate de simples particular ou operador econômico - é um *tertius* estranho à relação jurídica tributária que se instaura entre fisco e contribuinte, mas, de todo modo, partícipe de uma relação jurídica distinta da relação de direito público.

Contribuinte, então, na hipótese de uma operação que envolva um negócio jurídico com a energia elétrica, é a empresa que explora o serviço outorgado, objeto da concessão. Sendo assim, não é possível opor a realidade econômica à forma jurídica (STF, AI-AgR 671.412), para afirmar a legitimidade do contribuinte de fato.

Por conseguinte, pretensão dessa natureza só pode ser deduzida pelo sujeito passivo da obrigação, e não pelo consumidor, que, alheio à relação que vincula o sujeito ativo da obrigação a quem é dela devedora, não exibe legitimidade ativa *ad causam*, nem interesse jurídico a ser tutelado.

Não obstante, não se pode ignorar a existência de inúmeras decisões, oriundas exatamente do órgão jurisdicional a quem a Constituição confiou a aplicação do direito federal - e que tem informado as decisões dos tribunais inferiores - no sentido de que, em se tratando de uma operação relativa ao fornecimento de energia elétrica, a concessionária apenas repassa à Fazenda Pública o numerário obtido, razão pela qual, nas ações que versam sobre a contratação de energia elétrica sob a sistemática de demanda reservada de potência, o consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato; portanto, é parte legítima para demandar visando à inexigibilidade do ICMS (AgRg no REsp 857.543, Relator Min. Francisco Falcão; REsp 809.753, Relator Min. Teori Albino Zavascki; REsp 806.467, Relator Min. Luiz Fux e EREsp 279.491, Relator Min. Peçanha Martins, *inter plures*).

Esse entendimento, pelo que se infere dos votos condutores dos acórdãos em que externado, formou-se a partir do magistério de prestigiada doutrina, segundo a qual a distribuidora de energia elétrica não pode ser equiparada a um comerciante atacadista, que revende ao varejista ou, mesmo, para o consumidor final mercadorias de seu estoque, pois a energia elétrica não pode ser estocada, para ulterior revenda aos possíveis interessados.

Segundo quem assim pensa, a distribuidora, ao entregar a energia elétrica a seu adquirente, assume a condição de mera responsável pelo recolhimento do ICMS, devido por este último, porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, uma vez que se limita a interligar a fonte produtora ao consumidor final. O fato gerador somente ocorreria, então, com o consumo efetivo da energia elétrica, sendo o consumidor final o sujeito passivo da obrigação tributária, acumulando a condição de contribuinte de direito e, ao mesmo tempo, de contribuinte de fato.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 29

E,

> na medida em que o sujeito passivo (contribuinte de direito) é o consumidor final da energia elétrica, segue-se, por imperativo lógico, que, se este for imune à tributação, dele não poderá ser cobrado o ICMS, salvo na hipótese do art. 150, § 3º (CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 7. ed., Malheiros, p. 180).

Entretanto, não parece que assim seja.

Com efeito, contribuinte é quem realiza o pressuposto da incidência, no caso, a fornecedora da energia elétrica, e não o consumidor, sendo certo que, em face das peculiaridades de que se reveste a operação de circulação da energia elétrica, somente sua distribuição se revela materialmente adequada para subsumir-se ao fato gerador do ICMS, segundo Ulhôa Canto (*in Direito tributário aplicado*. Pareceres. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 110/129), aperfeiçoando-se com sua entrega no ponto de conexão, definido pela agência reguladora.

Ademais, a leitura do art. 34, § 9º, do ADCT e do art. 9º, § 1º, II, da LC 87/96 talvez não permitisse a conclusão extraída, pois, segundo o que ali está dito, o valor da operação própria realizada pela distribuidora - a base de cálculo do ICMS -, cumulando ou não a condição de contribuinte com a de responsável tributário pelas operações antecedentes, deve compreender o valor agregado em todas as etapas anteriores. A energia consumida outro significado não tem senão o de prestar-se como medida da expressão financeira da materialidade da hipótese de incidência do imposto.

Portanto, a distribuidora, quando fornece ou simplesmente transporta a energia elétrica, é, sim, sujeito passivo da obrigação tributária, por débito próprio, e não substituto tributário do consumidor; à sua custa e por conta própria, é o imposto por ela recolhido, comprova-o a nota fiscal/fatura, em que dela se debita o ICMS devido pela operação ou pela prestação do serviço, não obstante não seja a produtora da energia elétrica por ela fornecida ou transportada. Nesse sentido, aliás, é o magistério de Sacha Calmon N. Coelho e Misabel Abreu Machado Derzi (*in Pareceres* - direito tributário da energia. Forense, 2004, p. 176).

Por outro lado, quando o consumidor é uma entidade pública, nem por isso está a operação amparada pela imunidade tributária, precisamente porque, como se verá, não sendo o contribuinte *de jure* do ICMS, o imposto é devido por outrem, pela distribuidora, e não por ela.

Aliás, a única hipótese em que o consumidor da energia elétrica figura como contribuinte do ICMS se dá quando a energia é por ele adquirida, para consumo próprio, em operação interestadual (LC nº 87/96, art. 4º, IV), sendo devido quando de sua entrada no território do Estado (LC 87/96, art. 2º, § 1º, III), expediente de que se serviu o constituinte para assegurar ao Estado importador a totalidade do ICMS incidente sobre a operação interestadual, segundo a exegese do art. 155, § 2º, X, *b*, da Constituição Federal, ofertada pelo Pleno do STF no julgamento do RE nº 198.088/SP, Relator Min. Ilmar Galvão.

É bem de ver que o entendimento que se reputa incorreto rompe, ademais, com toda dogmática jurídica construída em torno do tema e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando ainda competente para dizer por último sobre a aplicação do direito federal - embora não se tenha conhecimento de qualquer alteração introduzida na legislação aplicável.

Com efeito, segundo o STF, a relação jurídica de natureza tributária estabelece-se apenas entre o Poder tributante e o contribuinte ou responsável nos termos da lei, pouco importando a repercussão econômica do imposto:

> Imposto de consumo. Não há imunidade do antigo imposto de consumo sobre produto vendido a pessoa jurídica de direito público, embora para seu próprio uso, eis que a relação tributária se estabelece, apenas, entre o poder tributante e o contribuinte ou responsável, nos termos da lei, pouco importando, para efeito de imunidade ou de isenção, a repercussão econômica do tributo. Precedentes, na jurisprudência do Supremo Tribunal, a partir dos embargos no RE 68.215, de 9.9.1970, recurso extraordinário conhecido e provido (RE-72862/SP, Relator Min. Eloy da Rocha).

Em casos tais,

> Não é possível opor a realidade econômica à formula jurídica para excluir uma obrigação fiscal precisamente definida em lei. O contribuinte de fato é estranho à relação tributária e não pode alegar, a seu favor, a imunidade recíproca (RE 71.300 - SP - Relator Min. Bilac Pinto).

Nesse sentido, é uníssona a jurisprudência daquela Corte (RE 114.977, RE 161.384, RE 113.149, RE 105.486/MG, RE 104.504/MG, RE 68.924, RE 67.814, RE 68.741 e RE 78.623, *inter plures*).

Por guardar estreita relação com a matéria examinada, não custa lembrar que, em tema de imunidade tributária, existe unanimidade de entendimento no âmbito de ambos os tribunais de sobreposição no sentido de que, sendo a concessionária do serviço o contribuinte de direito do ICMS, ao município e à entidade de assistência social, como consumidores ou tomadores do serviço, contribuintes de fato, portanto, faltaria até mesmo legitimidade ativa *ad causam* para postular o direito de fruição da imunidade tributária na aquisição de energia elétrica ou no uso do serviço de comunicação, dado tratar-se precisamente de consumidores finais, que, por isso mesmo, dela não se beneficiam (AI-AgR 671.412 Relator Min. Eros Grau; RE 255.673, Relator Min. Marco Aurélio; AC-MC 457, Relator Min. Carlos Britto; AI 488132, Relator Min. Marco Aurélio;

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 30

RMS 19711, Relator Min. Humberto Martins; REsp 1000557, Relator Min. Castro Meira; RMS nº 7.044, Relator Min. Francisco Falcão e REsp 1033523, Relator Ministro Humberto Martins).

Diversamente, se a entidade de assistência social realiza o pressuposto da incidência tributária, assumindo então a condição de contribuinte de direito, goza de imunidade na produção de bens ou prestação de serviços (RE 193.969, Relator Min. Carlos Velloso; Emb. Div. nos EDcl no RE 186.175, Relatora Min.ª Ellen Gracie; AgRg no RE 225.571, Relator Min. Carlos Velloso; AgRg no RE 452.031, Relator Min. Sepúlveda Pertence e AgRg no RE 141.670, Relator Min. Nelson Jobim).

Não existe, então, razão aparente para o tratamento diferenciado que a jurisprudência do STJ dispensa às duas situações, em tudo e por tudo idênticas, à ótica jurídica.

Mostra-se, pois, de duvidosa procedência a jurisprudência que afirma a legitimidade ativa do consumidor final para acionar diretamente a Fazenda Pública em razão de um imposto que, seguramente, foi pago por terceiro pelas operações com ele realizadas, nas quais, decididamente, o adquirente da mercadoria não figurou como contribuinte de direito, como já teve oportunidade de decidir o Min. Moreira Alves (RE 113.149).

O terceiro - adquirente da mercadoria ou tomador do serviço - só paga "preço", nunca tributo devido, pois a responsabilidade pelo pagamento do imposto, como obrigação própria, ainda que indevido, é sempre do sujeito passivo, nunca do consumidor final.

Embora a figura do consumidor não interesse ao direito tributário, o art. 166 do CTN requisita sua participação, mas, tão só, para a outorga de autorização para a repetição do indébito, na hipótese de o contribuinte não comprovar ter absorvido em definitivo o ônus com o pagamento do imposto, pois, em desfavor deste último, milita a presunção, *juris tantum*, de transferência do respectivo encargo - essa é a regra do mercado.

Com isso, procurou o legislador evitar o locupletamento ilícito do postulante da repetição,

> mas, de qualquer maneira, o relacionamento entre o contribuinte de direito e o contribuinte econômico sobre quem o tributo foi repercutido nada tem a ver com o direito tributário (CANTO, Gilberto de Ulhôa. Repetição de indébito, in *Cadernos de direito tributário*, nº 8, ERT, 1983).

Com efeito, se o art. 165 do CTN confere ao sujeito passivo da obrigação tributária - e somente a ele - legitimidade ativa para o exercício da repetição contra o Fisco, não se deve acolher exegese que partilhe essa legitimidade com pessoa não qualificada como sujeito passivo da obrigação tributária, embora não haja como recusar-lhe legitimidade para, sob certas condições, exercitar a *actio in rem verso* contra o contribuinte, no âmbito de uma relação jurídica de direito privado, como observa Zelmo Denari (ob. cit.).

De resto, o fato de o *solvens* transferir o ônus financeiro do tributo não o exclui do pólo ativo da ação, única parte legítima que é, razão pela qual, provando em juízo ter assumido o encargo, ou, em caso contrário, estar autorizado a fazê-lo por aquele a quem transladou o respectivo ônus, estará atuando em defesa de um direito próprio, e não de outrem.

Isso se deve a que, como a ação de repetição de indébito assume inequívoca feição condenatória, para que seja criado o título executivo judicial, há necessidade de que, no processo de conhecimento, o ilícito seja incidentalmente reconhecido e declarado.

A solução do problema da legitimação para agir na ação de repetição do indébito passa, então, pela definição legal, não só de quem figure como sujeito passivo de obrigação tributária posta em causa, como também pela adequada interpretação que se empreste ao art. 166 do Código Tributário Nacional.

Afasta-se, na forma exposta, qualquer dificuldade na solução correta para o tema da legitimação para agir na ação de repetição de indébito tributário, quando o objeto da ação é um imposto que comporta a transferência do respectivo encargo financeiro.

Prestigiando a tradicional orientação fixada em torno do tema e afastando-se da equivocada orientação hoje ainda predominante, acórdão recentemente tomado no REsp nº 983.814/MG, com inegável acerto, assim decidiu:

> Recurso especial. Processo tributário. Ação declaratória de inexigibilidade c/c repetição de indébito. ICMS. Tributo indireto. Consumidor. 'Contribuinte de fato'. Ilegitimidade ativa. Apelo provido.
> 1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação e os adquirentes de bens não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações.
> 2. A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade *ad causam* para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.
> 3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.
> 4. Nos termos da Constituição e da LC 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS.
> 5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS.
> 6. Recurso especial provido.

No julgamento, assentou a 2ª Turma do STJ, como já o fizera em outras oportunidades, que os consumi-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 31

dores de energia elétrica não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações, pois contribuinte da exação é aquele que coloca o produto em circulação, ou quem presta o serviço oneroso de comunicação - vale dizer - a concessionária, que, num e noutro caso, concretiza a hipótese de incidência legalmente prevista.

O contribuinte de fato - disse-o o voto condutor do acórdão - não pratica o fato gerador, não faz parte da relação jurídico-tributária que se estabelece com o Estado e, na verdade, nada tem de contribuinte, no sentido técnico da palavra e único que deveria ser utilizado.

O substancioso voto proferido pelo eminente Min. Castro Meira, depois de transcrever manifestações doutrinárias da melhor expressão, deixou consignado:

> Os contribuintes do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica e sobre os serviços de comunicação são as respectivas concessionárias, que destacam o valor do imposto na emissão da nota fiscal. As autoras não participam da cadeia de circulação da energia elétrica ou dos serviços de comunicação. Apresentam-se única e exclusivamente como consumidoras finais. [...]
> Fato incontroverso é que as autoras não concretizam a hipótese de incidência do ICMS. [...]
> Arcando com o ônus financeiro do tributo na condição de consumidoras, as associações autoras não possuem legitimidade para repetir a exação a respeito da qual não são obrigadas a recolher para os cofres do Fisco, não se encontrando, por isso, na condição de contribuinte nem de responsável tributário, nos termos do art. 121 do CTN. [...]
> Quem ocupa o lugar de sujeito passivo da obrigação - realizando a circulação de mercadorias e a prestação de serviços de comunicação e, por isso mesmo, podendo vir a ser executadas pelo não-recolhimento do tributo - são as concessionárias de energia e de telefonia, bem como aqueles que vendem os bens para o ativo fixo das autoras.

Ainda recentemente, essa decisão foi invocada, embora *obter dictum*, nas razões de decidir os EDcl no RMS nº 21742, de que foi Relator o Min. Luiz Fux. No mesmo sentido, colhem-se as decisões tomadas no REsp nº 279.491, Relator o Min. Peçanha Martins e no RMS nº 19.921, Relator Min. Castro Meira, entre outros.

Incidência jurídica e incidência econômica do imposto são, portanto, fenômenos inconfundíveis, acarretando conseqüências jurídicas distintas, mas, a advertência é de Souto Maior Borges:

> infelizmente essas noções nem sempre foram estudadas pela doutrina (e nem pelos tribunais, pelo visto) com a necessária clareza, mesclando-se não raro conceitos econômicos e jurídicos, com o que se incorre numa indistinção conceitual danosa para o progresso do direito tributário.

Por isso, a contaminação dos conceitos do direito tributário com os princípios que informam as ciências das finanças vem incrementando imprecisões terminológicas e conceituais, comprometendo, como afirmado, toda a dogmática construída em torno do tema, em prejuízo, ademais, de uma correta prestação jurisdicional, bastando ver que a orientação jurisprudencial predominante parece não se conformar com expressa e específica disposição legal, inscrita no art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, editada que foi para conferir especificidade à generalidade do enunciado do art. 121 do Código Tributário Nacional, lei complementar à qual a Constituição incumbiu baixar normas gerais em matéria de legislação tributária (CF, art. 146, III, *a*, *in fine*).

Não ostentando, então, o consumidor a condição de contribuinte - *status* jurídico esse que lhe negou o direito material - visto que reservada à empresa concessionária da energia elétrica, e em se julgando procedente a ação, da decisão proferida adviria um quadro curioso: afastada a exigência do ICMS, a concessionária, conquanto contribuinte do imposto devido pelo fornecimento da energia elétrica e obrigada a seu recolhimento - e terceiro em relação à lide - passaria, não obstante, a usufruir o direito postulado por outrem, forrando-se, por arrastamento, do pagamento do tributo, embora a sentença não pudesse beneficiar ou prejudicar quem não fosse parte no processo (CPC, art. 472).

Entretanto, ao consumidor final, alheio à relação jurídica substancial e por não exibir a condição de pessoa legitimada para a ação, não é dado postular, em nome próprio, direito alheio, visto que, em caso afirmativo, estará atuando ao arrepio da vedação posta pelo art. 6º do CPC.

Finalmente, como a definição do contribuinte do ICMS constitui matéria sob reserva legal (CF, art. 155, § 2º, XII, *a*), provimento que afirmasse a legitimidade *ad causam* do terceiro encontra limitação absoluta no dogma constitucional da separação dos Poderes, uma vez que equivaleria a conferir ao órgão jurisdicional, desvestido da função legislativa, poderes que a própria Constituição se negou a outorgar-lhe, segundo o magistério jurisprudencial, externado em contexto semelhante, pelo eminente Min. Celso de Mello.

Por conseguinte, deve realmente ser vista com reserva, do ponto de vista doutrinário, a orientação jurisprudencial atualmente predominante, não obstante a autoridade do órgão de que provém.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 32

Ensaios sobre a natureza jurídica do processo - A visão do processo como instituição constitucionalizada

Evandro Sérgio Lopes da Silva[*]

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de natureza jurídica. 3 Teorias sobre a natureza jurídica do processo. 3.1 Processo como contrato. 3.2 Processo como quase contrato. 3.3 Processo como relação jurídica processual ou relacionista (instrumentalista / teleológica). 3.4 Processo como situação jurídica. 3.5 Teoria do processo como instituição ou institucionalista. 3.6 Processo como procedimento em contraditório. 3.7 Teoria constitucionalista do processo. 3.8 Teoria neoinstitucionalista do processo. 4 Conclusão. 5 Referências bibiográficas.

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a importância do processo, como instituição constitucionalizada da modelação procedimental, destinada a assegurar o exercício dos direitos fundamentais.

A teoria instrumentalista do processo centrava suas atenções principalmente na celeridade com que o Estado se desincumbe do mister de julgar, tendo como características primordiais resultados práticos, estudando o processo sob o ângulo quantitativo e cronométrico, primando pela quantidade e rapidez, visando a sua finalidade no provimento final (base teleológica) sem se preocupar com a construção gradativa, pelas partes, tanto autor quanto do réu, em contraditório e em equilíbrio, deste provimento final. As partes, por via do contraditório, constroem também o provimento, ou seja, elas participam da formação da sentença, não podendo jamais ficar à mercê do juiz (ser sacralizado e divinizado pela teoria instrumentalista).

Este trabalho procurará demonstrar a importância do processo como procedimento realizado em contraditório pelas partes (autor e réu). Demonstrar-se-á a importância que há na construção do provimento realizado em simétrica paridade pelas partes, reconstruindo o caso concreto e construindo o discurso, preparando assim o provimento final.

2 Conceito de natureza jurídica

Segundo Maurício Godinho Delgado[1], a pesquisa acerca da natureza de um determinado fenômeno supõe a sua precisa definição (busca da essência) seguida de sua classificação (busca de posicionamento comparativo). Consiste em apreender os elementos fundamentais que integrem sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes.

Conceituar a natureza jurídica do processo seria, então, definir, comparar e classificar o Direito Processual em sua essência, classificando-o e relacionando-o no universo das figuras existentes, tais como processo e procedimento.

Conforme bem salienta Rodrigo Rigamonte Fonseca[2], historicamente, verifica-se que uma série de escolas do pensamento jurídico tentou explicar, cada uma a seu modo, a natureza jurídica do processo. No entanto, embora algumas delas possuam grande número de adeptos, como a Escola Instrumentalista, e influenciem, ainda hoje, a elaboração de nossas leis, vê-se que suas formulações são inconsistentes e não resistem às críticas científicas, ou, até mesmo, destoam da realidade, geralmente confundindo processo com outros institutos jurídicos, principalmente com a jurisdição e o procedimento.

Segundo Aroldo Plínio Gonçalves[3], procedimento e processo, devem ser tratados como realidades independentes e distintas, sendo que este é uma espécie daquele. O mesmo Gonçalves[4] revela, ainda, que, na concepção fazzalariana, o procedimento seria uma atividade preparatória do ato estatal, atividade esta regulada por uma estrutura normativa, composta de uma "sequência de normas", que pressupõe uma sequência de atos; possuindo "posições subjetivas, ou seja, posições de sujeitos perante a norma"[5] e é desenvolvida segundo uma "dinâmica bastante específica", tudo isso destinado a preparar um provimento estatal.

Conforme anota André Leal[6], a inserção de princípios processuais no plano constitucional, operada pela Constituição de 1988, sucita necessária problematização das várias abordagens tradicionais dos institutos do processo na infraconstitucionalidade e na própria

---

[*] Assessor judiciário. 10ª Câmara Cível. Mestrando em Direito pela Universidade Fumec. Pós-graduado em Direito Público pelo IEC-PUCMG. Pós-graduado em Direito Processual pelo IEC-PUCMG.

[1] DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 100.

[2] FONSECA, Rodrigo Rigamonte. In LEAL, Rosemiro (coord.). Estudos continuados de teoria do processo. Porto Alegre: Síntese, v. 1, 2003, p.13.

[3] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 78.

[4] Idem, p.109.

[5] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 75.

[6] LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p.19.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 33

Constituição, principalmente porque o processo, perante a nova ordem constitucional, não mais pode ser tangido como instrumento a serviço da paz social posto à disposição do Judiciário, tendo em vista que tal implicaria a negação de direitos fundamentais ínsitos ao processo do paradigma do Estado Democrático de Direito, com retorno aos paternalismos decisionais do Estado Social.

Como se ainda estivéssemos em um Estado Social de Direito são atribuídos, paulatinamente, maiores "poderes" aos magistrados, cidadãos que, pelo simples fato de terem sido aprovados em concurso de provas e títulos, carregam o peso, neste paradigma, de tornaremse, a partir de então, profundos conhecedores de todo o "Direito" e poder "salvar" todos os "consumidores" dos conflitos e fazer "Justiça"[7].

O Estado Democrático de Direito não é compatível com as teorias do processo do Estado Social. Aquele, ao contrário deste, é, necessariamente, um paradigma que valoriza a cidadania. Um Estado que não prescinde da participação dos indivíduos no poder e nas tomadas de decisão, principalmente quando estas decisões os afetem diretamente. Não se poderia aceitar um modelo teórico de processo civil baseado na justiça salomônica, em que se espera do Estado-Juiz que dê uma boa sentença, compondo adequadamente o litígio. Só pode ser de Estado Democrático de Direito o modelo teórico que, obviamente, respeitando a legalidade, contenha a participação dos afetados pelo provimento na construção do mesmo[8].

É neste cenário que estaremos apresentando e discutindo as várias teorias sobre a natureza jurídica do processo.

3 Teorias sobre a natureza jurídica do processo

Demonstraremos a evolução das teorias da natureza jurídica do processo, passando pela teoria contratualista, pela teoria da relação jurídica (hoje instrumentalista ou relacionista/teleológica), teoria da situação jurídica, teoria do processo como instituição ou institucionalista, teoria do processo como procedimento em contraditório ou fazzalariana, teoria constitucionalista do processo, até chegarmos a evolucionária teoria neoinstitucionalista do processo, buscando, com isso, relacionar os conceitos de processo, procedimento, provimento, jurisdição, contraditório, ampla defesa, devido processo legal e isonomia (princípios ditos fundamentais). O presente trabalho pretende, desde o início, estar vinculado à compreensão neoinstitucionalista do processo.

Aliás, grande parte da evolução dos conceitos de processo e procedimento encontra-se descrita na excelente coletânea de pesquisas jurídicas no curso de Mestrado em Direito, coordenadas e organizadas pelo ilustre processualista Rosemiro Pereira Leal[9], professor da PUC-MG e um dos idealizadores/construtores de uma nova visão da ciência processual, especificamente em seu volume V - *Processo, ação e jurisdição em Carnelutti, Liebman e Fazzalari.*

3.1 Processo como contrato

Segundo os estudiosos, esta teoria, surgida nos séculos XVIII e XIX, na doutrina francesa, liga-se à ideia romana do processo. Colocava o pacto, ou seja, a vontade individual, como única fonte de direito e dever, nada mais cabendo ao Estado senão atender aos pactos advindos dos particulares.

Rosemiro Pereira Leal[10] compara esta teoria com o Direito Romano da fase formulista (processo formular), em que se aboliu o sistema rígido das *legis actiones* e as funções de árbitro (*judex*) foram exercidas pelos peritos que se notabilizaram como juristas, surgindo a figura do jurisconsulto e do pretor nomeado pelo governo (magistrado), que, por via de éditos, exercia funções jurisdicionais de fornecer ao árbitro a fórmula (instrumento regido pelo próprio pretor), que continha o resumo, limites e objeto da demanda (*litiscontestatio*), o nome do árbitro livremente escolhido pelos demandantes e o compromisso, a ser assinado pelos litigantes, de seguirem os modelos da fórmula e de obedecerem à decisão (sentença) a ser proferida pelo árbitro[11].

Cintra, Grinover e Dinamarco[12] destacam que essa teoria tem mero significado histórico, pois parte do pressuposto, hoje falso, de que as partes se submetem voluntariamente ao processo e aos seus resultados, através de um verdadeiro negócio jurídico de direito privado (a litiscontestação). Esta concepção também era aceitável em face de um Estado ainda fraco, incapaz de impor, coercitivamente, suas decisões. Ressalta-se que esta é uma fase quase que limiar entre a autotutela e a jurisdição. Na realidade, a sujeição das partes é o exato contraposto do poder estatal (jurisdição), que o juiz impõe inevitavel-

---

[7] LEAL, Rosemiro (coord.). Dierle José Coelho Nunes, in *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, vol. IV 2004, p.182.

[8] Idem, p.155.

[9] LEAL, Rosemiro (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, vols. I, II, III, IV e V, 2004.

[10] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 75.

[11] Idem, p. 38.

[12] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 279.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 34

mente às pessoas independentemente da voluntária aceitação.

3.2 Processo como quase contrato

Segundo Rosemiro Pereira Leal[13], esta teoria foi defendida por Savigny e Guényvau (1850), insistindo em enquadrar o processo na esfera do direito privado, afirmando que, em não sendo o processo tipicamente um contrato, deveria ser um quase contrato, porque a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre o autor e o juiz, ainda que o autor não aderisse espontaneamente ao debate da lide.

Cintra, Grinover e Dinamarco[14] atribuem a Arnaut de Guényvau, autor francês do século XIX, esta teoria. Segundo estes autores, esta teoria sistematizava que, se o processo não era um contrato e se delito também não poderia ser, só haveria de ser um quase contrato. Esta teoria se baseava na necessidade de enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias do direito privado.

Tal teoria mostra-se insuficiente para o estudo da natureza jurídica do processo, tendo em vista a jurisdição já ser obrigatória naquela época, tornando assim desnecessário o prévio consentimento da parte para que o juiz pudesse proferir a decisão que lhe fosse favorável ou desfavorável. O próprio Código Napoleônico da época admitia a lei como a fonte principal das obrigações, devendo estar as partes e as decisões sempre ligadas a esta.

3.3 Processo como relação jurídica processual ou relacionista (instrumentalista / teleológica)

Essa doutrina é devida a Bülow, que, inspirado nos ensinamentos de Búlgaro, a expôs em 1868, em seu livro *Teoria dos pressupostos processuais*, obra considerada como o início da construção de uma ciência própria do direito processual[15] e que abriu horizontes para o nascimento da autonomia do processo ante o conteúdo do direito material[16].

Essa teoria, nascida do individualismo jurídico do século passado, constituía-se em vínculos entre sujeitos, em que um sujeito possuía o poder de exigir a conduta de outro sujeito, sendo posteriormente, seguida e aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Liebman, Cintra, Grinover e Dinamarco, estes três últimos, membros da Escola Instrumentalista no Brasil.

Bülow afirmava em sua obra (*La teoría de las excepciones processuales y los pressupuestos processales*) que o processo não se reduz a mero procedimento, mero regulamento das formas e ordem dos atos do juiz e partes, ou mera sucessão de atos[17].

Salienta Aroldo Plínio Gonçalves[18] que, no desenvolvimento do Direito Processual Civil como ciência autônoma, a doutrina, sob a influência do próprio Bülow, reagiu contra a postura tradicional dos séculos passados, que absorvia o processo no procedimento e considerava este como mera sucessão de atos que compunham o rito da aplicação judicial do direito. A teoria da relação jurídica buscou a distinção entre processo e procedimento e encontrou, em critérios teleológicos, a base da diferenciação. Tal teoria perdurou por longos anos, até que novas idéias começaram a despontar, indicando ser possível considerarmos as relações entre procedimento e processo.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco[19], "o grande mérito de Bülow foi a sistematização, não a intuição da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas. Bülow, na verdade, não criou a idéia da relação jurídica processual e sua configuração tríplice: ele apenas a racionalizou e desenvolveu, propondo desdobramentos. Ressalte-se que, antes dele, já dissera Búlgaro que "*judicium est actus trium personarum, judicis, actoris, rei*"; as Ordenações do Reino diziam que "três pessoas são por direito necessárias em qualquer Juízo, juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda" (L. III, XXX, p.); na obra de Bethmann-Holweg, que o próprio Bülow refere na sua, igualmente havia alusão à relação jurídica processual.

Abrem-se aqui parênteses para lembramos da polêmica instaurada por dois juristas alemães (Bernhard Windscheid e Theodor Muther), em meados do século XIX (por volta de 1850), em que Windscheid via na ação o direito de a parte reclamar contra o adversário, perante a Justiça; já para Muther, a ação era direito público subjetivo, dirigido contra o Estado, para que este lhe reconhecesse o direito, obrigando o adversário a cumprir o que lhe era devido. Vê-se por que o conceito do direito de ação, que iria surgir das posturas divergentes entre esses dois juristas alemães, nasce sob o signo de um

---

[13] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 75.

[14] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al. Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 279.

[15] GOLDSCHIMIDT, James. *Teoria geral do processo*. Campinas: Minelli, 2003, p. 14.

[16] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 76.

[17] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al. Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 282.

[18] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 63.

[19] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al. Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 220.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 35

conceito da relação jurídica engendrado por uma noção de direito subjetivo[20].

Com Windscheid (séc. XIX), o conceito de direito subjetivo deu origem ao de relação jurídica. O antigo *vinculum juris* aperfeiçoou-se como o vínculo normativo que liga sujeitos, em dois pólos, passivo e ativo, atribuindo ao sujeito ativo o poder de exigir do sujeito passivo uma determinada conduta e impondo a este o dever de prestá-la[21].

A inovação racionalizadora, na ótica instrumentalista, teve por mérito principal o destaque dos dois planos do próprio ordenamento jurídico, a partir da visão da relação jurídica processual e da relação de direito privado como duas realidades distintas[22]. Houve, também, bastante realce à existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela. Observou-se também que a relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: pelos seus sujeitos (juiz, autor e réu), pelo seu objeto (a prestação jurisdicional) e pelos seus pressupostos (os pressupostos processuais).

Os autores instrumentalistas consideram o procedimento como mero aspecto formal do processo, ou seja, meio extrínseco de desenvolvimento do processo, meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo até reduzi-lo à manifestação exterior do processo, não se confundindo conceitualmente com este; os autos, por sua vez, são a materialidade dos documentos em que se corporificam os atos do procedimento.

Já o processo poderia ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos, ou seja, formado por um vínculo entre sujeitos. Conceituavam o processo como relação jurídica entre autor, réu e juiz.

Esta linha doutrinária que tenta separar o procedimento do processo firmou-se sobre o critério teleológico (pacificação com justiça[23]), pelo qual se atribui finalidade ao processo e se considera o procedimento deles desconstituído. Se o procedimento envolvera o processo, a ponto de diluí-lo na mera sucessão de atos, aquele seria diluído neste, absorvendo-o e anulando a sua importância[24].

Segundo o Prof. Aroldo Plínio Gonçalves[25], a teoria clássica da relação jurídica, proveniente do Direito Civil, a se admitir o processo como relação jurídica, admitiria que ele é um vínculo constituído entre sujeitos, em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Por isso, então, poder-se falar em uma divisão entre "sujeito ativo" e "sujeito passivo" na relação. O núcleo da relação jurídica estava na autonomia da vontade. A clássica ideia de relação jurídica constrói-se sobre a noção de que é ela um liame normativo entre duas pessoas, através do qual uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico; essa definição se deu, tendo em vista o paradigma da época em que a base desta teoria foi elaborada, qual seja no bojo do pensamento liberal que dominou o século XIX, sustentando-se, assim, na noção fundamental de direito subjetivo.

O conceito de relação jurídica não pode ser compreendido como um vínculo originado da vontade das partes, mas sim "uma conexão de normas que determinam a conduta dos indivíduos"[26]. Não há, verdadeiramente, relação entre sujeitos, mas apenas relações entre normas e entre as condutas que são por elas reguladas, formando o seu conteúdo[27]. Percebe-se, então, que, ao adotar tal teoria, acaba-se por confundir a situação de direito material com o processo, desfazendo-se toda a proposta inovadora que tal pensamento propunha.

Rosemiro Pereira Leal[28] ressalta que conceituar o processo como relação jurídica entre autor, juiz e réu (escolas da relação jurídica e instrumentalista do processo) é manter-se fiel à ideia de Bülow, que refletia a sujeição das partes ao regime de direitos subjetivos, de conotação nitidamente voluntarista, em que o autor no pólo ativo exige do réu, no polo passivo, cumprimento de um direito de que se diz titular.

Segundo relata o Prof. Rosemiro Pereira Leal[29], os estudiosos desse tema advertem que Bülow, para a construção desta teoria, valeu-se da máxima de Búlgaro (jurista italiano do século XIII), que dizia: "*judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*" (o processo é um ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu).

---

[20] LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 89.

[21] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 76.

[22] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.19.

[23] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 34.

[24] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 66.

[25] Idem, p. 97.

[26] Idem, p. 81.

[27] Idem, p. 82.

[28] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo.* 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 83.

[29] Idem, p. 76.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 36

Nessa versão, o processo é meio, método ou finalidade abstrata (metafísica) de se obter provimento, em nada se distinguindo do procedimento, que, segundo os adeptos desta escola instrumentalista, seria meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível; essa diferenciação criada entre processo e procedimento seria o grande ponto de destaque desta teoria, mas que na verdade serviu apenas para misturar ainda mais os conceitos.

Tal diferenciação ficou ainda mais difícil de ser percebida quando os teóricos dessa teoria conceituaram procedimento como manifestação fenomênica do processo ou "meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo, este, por sua vez, seria encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre seus sujeitos"[30].

Para piorar o quadro, os adeptos desta teoria conectam o processo à jurisdição, através de escopos metajurídicos, transformando o processo em "uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade"[31]. É posta em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça[32]. Rosemiro Pereira Leal afirma que a jurisdição não é instituto fundamental da teoria do processo, sendo mero capítulo do Direito Processual, pormenorizando, ainda, que a jurisdição seria instituto fundamental da teoria do Estado, e não da Teoria do Processo[33]. Evidente que, a aceitar sem reservas tais colocações, o processo se configura em estranha ritualística de judicância carismática, num retrocesso desalentador, que chega às raias do hermetismo, porque só plenamente operável por uma sensibilidade superior e imanente ao bom juiz, como donativo de divindade[34].

Os seguidores desta teoria envidam os maiores esforços para fundamentar a legitimidade do exercício do poder jurisdicional, entretanto não percebem o anacronismo e a inadequação de tais esforços ao paradigma de Estado Democrático de Direito constitucionalmente consagrado. A jurisdição é um dever do Estado, possuidor do qualificador poder e nunca um poder-dever[35].

Segundo os instrumentalistas, o processo é um instrumento a serviço da paz social. Toda a atividade exercida pelo Estado visa a um objetivo maior, que é a pacificação social[36], sendo o processo um meio efetivo para a realização da justiça[37]. Falar em instrumentalidade é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa.

Todavia, nota-se nesta teoria uma confusão tremenda entre processo e procedimento, porque seus adeptos, na ânsia de distingui-los, reforçam, ainda mais, os conceitos de Bülow, ao declararem que o procedimento (sequência de atos procedimentais - aspecto objetivo) é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo (relação jurídica - aspecto subjetivo), sendo a manifestação extrínseca deste; e, ainda mais, ao declararem que, tendo o processo a noção essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (jurisdicional), ressaltam que a noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem; um aspecto formal do processo e um meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.[38]

Segundo o Prof. Aroldo Plínio Gonçalves[39], o modelo de relação jurídica, que tinha como pilar o Direito Subjetivo, construiu-se sobre a ideia de que é um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico, ou seja, era uma relação de sujeição. Seus elementos se definiram com a contribuição definitiva de Windscheid para as novas bases científicas do Direito Subjetivo, a partir das quais o "vínculo de exigibilidade" liga "sujeito ativo" e "sujeito passivo", por um poder de vontade. O conceito de direito subjetivo deu origem ao de relação jurídica. Tal vínculo de exigibilidade que liga sujeitos em

---

[30] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 277.

[31] LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 89.

[32] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 37.

[33] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 64.

[34] Idem, p. 65.

[35] LEAL, Rosemiro (coord.); SOARES, Carlos Henrique; SOARES, Gustavo Torres. *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. IV, p.156.

[36] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 41.

[37] Idem, p. 37.

[38] Idem, p. 277.

[39] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 74.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 37

dois polos, passivo e ativo, atribuía ao sujeito ativo o poder de exigir do sujeito passivo uma determinada conduta e impunha a este o dever de prestá-la, vínculo este, de sujeição.

3.4 Processo como situação jurídica

Com crítica à teoria do processo como relação jurídica foi desenvolvida, por volta de 1925, na Alemanha, a teoria da situação jurídica, cujo principal expoente foi James Goldschmidt.

Goldschmidt contestou a validade da teoria da relação processual e viu no processo simples situação jurídica. Na visão do processualista alemão, o processo representa uma situação jurídica de sujeição a um futuro comando sentencial em que se materializam as expectativas dos contendores em relação a um resultado, que pode ser favorável ou desfavorável. A norma jurídica, enquanto estática, tem ínsito um provável direito subjetivo, e, quando esta mesma norma é posta em atuação pelo processo, dito direito se converte em uma expectativa, funcionando a norma como critério para o julgador.

Goldschmidt demonstrou que a relação jurídica de direito privado gera fundamentalmente direitos e obrigações para as partes, o que não acontece, ou apenas excepcionalmente acontece na relação processual, onde nem o autor, nem o réu têm - enquanto sujeitos de tal relação - direitos e obrigações um para com o outro. Com efeito, todo o direito subjetivo trazido por seu titular ao processo, como objeto de uma controvérsia a ser tratada por sentença judicial, pela simples contingência de estar sujeito ao crivo do magistrado - que, por definição, poderá negar sua existência -, transformar-se-á, para aquele que se julga titular, numa simples expectativa de direito. Não há entre autor e réu uma verdadeira relação jurídica geradora de direitos e obrigações recíprocos, de tal modo que um pudesse exigir do outro uma prestação positiva ou negativa. Saliente-se que, ao mostrar que o direito processual, ao contrário do direito material, caracterizava-se por um estado generalizado de incertezas, nenhuma das partes poderia saber os verdadeiros limites de seus direitos e obrigações. A incerteza é, indiscutivelmente, para esta teoria, a marca essencial da relação processual.

Segundo Ernane Fidélis dos Santos[40], de início, nega-se, nesta teoria, a existência de direitos e obrigações entre os sujeitos do processo, sob fundamento de que o juiz não tem nenhuma obrigação de sentenciar em correspectividade com o direito as partes à sentença. O dever é imposto pelo Estado e tem caráter extraprocessual. Para o réu, não se vê nenhuma obrigação, mas apenas ônus, que é espécie de faculdade de contestar a demanda. O direito subjetivo das partes existe e é pré-processual. Este dependerá da sentença que poderá decretá-lo como existente ou inexistente. Ficam assim as partes, desde a instauração do processo, em tal posição diante do direito subjetivo, que tudo se resume em mera eventualidade de sua existência ou não. É uma situação, e não relação jurídica. Não há, assim, direitos processuais, senão meras expectativas de se obter vantagem.

Continuando, o doutrinador observa que, segundo esta teoria, a única relação jurídica que existe é a de direito material que se faz valer no processo, definindo-se a final e fazendo cessar a incerteza que com ele se instaurou. É essa posição da parte diante da sentença judicial que se espera, definindo o direito, é situação, e não relação jurídica.

Aroldo Plínio Gonçalves[41] relata que a teoria da situação jurídica nasceu para superar a doutrina da relação jurídica e para fornecer um critério "mais objetivo" para se falar em direitos, não em "direitos objetivos", no direito como norma, mas em direitos constituídos para um determinado sujeito, que assume sua titularidade; ressalte-se que essa teoria não pretendeu eliminar a noção de direito que decorre da norma para um determinado titular.

Esta teoria afirmava não existirem direitos no processo, mas possibilidades de êxito, expectativas e ônus. Os direitos seriam precedentes ao processo. Haveria um poder - direito material judicial -, visto que decorrente do Estado, e não um direito subjetivo. O processo seria um conjunto de situações legitimadas e, no todo, uma situação legitimada[42].

Goldschmidt concebeu sua teoria do processo, como situação jurídica, em moldes de realização do processo pela atividade jurisdicional em que o provimento final (sentença) definiria simplesmente um duelo entre partes, como se fosse um jogo das partes em busca de uma vitória espetacular. O processo era uma forma alegórica de canteiro judicial onde as partes lançavam suas alegações, que poderiam ou não germinar pelo adubo íntimo do entendimento do julgador[43].

Cintra, Grinover e Dinamarco[44], ao comentarem esta concepção, relatam que se observa, nessa teoria, inicialmente, o que sucede na guerra, quando o vencedor desfruta de situações vantajosas pela simples razão da luta e da vitória, não se cogitando de que tivesse ou não direito anteriormente; depois faz um paralelo com o que ocorre através do processo. Aquilo que, numa visão estática, era um direito subjetivo, agora se degrada em

[40] SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 29.

[41] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 90.

[42] FONSECA, Rodrigo Rigamonte. In LEAL, Rosemiro (coord.), ob. cit., p.14.

[43] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 78.

[44] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 281.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 38

meras possibilidades de se praticarem atos para que o direito seja reconhecido, expectativas de obter esses reconhecimentos, perspectivas de uma sentença favorável e ônus para evitar uma sentença desfavorável. Onde havia o direito, há agora meras chances de se alcançar uma sentença favorável.

O despertar da doutrina jurídica para a fragilidade do conceito de relação jurídica, como vínculo entre sujeitos, vínculo de exigibilidade, não teve, como consequência necessária, a destruição da concepção de direitos decorrentes da norma, mas a modificação de seus fundamentos e a sua visualização sob um novo prisma. O direito que decorre da norma passou a ser visto não mais com o um poder sobre outrem, mas como uma posição de vantagem de um sujeito "em relação a um bem", posição que não se funda em relação de vontades dominantes e vontades subjugadas, mas na existência de uma situação jurídica em que se pode considerar a posição subjetiva, a posição do sujeito em relação à norma que disciplina. A teoria da situação jurídica evoluiu de sua consideração como complexo de normas para uma situação constituída por fatos e atos que a lei reconhece como idôneos para sua formação[45].

3.5 Teoria do processo como instituição ou institucionalista

Tal teoria tem como idealizador Jaime Guasp. Parte da premissa sociológica de que o processo representa uma escolha do grupo social. As escolhas de determinados valores e comportamentos, quando alcançam um grau de abrangência significativo, sejam escolhas democráticas ou não, e neste último caso são impostas por uma estrutura de poder apta a impô-las, atingem a institucionalização, passando a valerem de per si, ou seja, adquirem, dentro de um determinado espaço de tempo, uma inquestionabilidade. O processo não deixa de ser uma instituição, mas afirmar isto pouco acresce na tentativa de delineá-lo corretamente.

Ressalte-se que Jaime Guasp, ao acolher o processo como instituição, não poderia mesmo assentar essa teoria em outros pilares, senão nos sociológicos, que, entre os anos 30 e 40, com a propagação das ideias positivistas, faziam sucesso entre os intelectuais.

3.6 Processo como procedimento em contraditório

Com a ruptura paradigmática do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, faz-se necessária, também, uma reconstrução do processo. Como primeiro sinal dessa ruptura de paradigma, tem-se a teoria do processo como procedimento em contraditório do processualista italiano Elio Fazzalari, em 1978.

Elio Fazzalari, ao construir a teoria do processo como procedimento em contraditório, já se preocupa com o discurso democrático instituído pelas Constituições de sociedades pós-modernas. O processualista partiu do conceito de procedimento para definir a natureza jurídica do processo, mas para isso teve de reelaborar aquele conceito. Procedimento, aqui, é a atividade preparatória do provimento; "uma atividade regulada por uma estrutura normativa, composta por uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica"[46].

Pode-se, então a partir daí, conceituar procedimento como "estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais numa relação espácio-temporal, segundo o modelo legal, em que o ato inicial é sempre pressuposto (condição) do ato conseguinte e este extensão do ato antecedente e assim, sucessivamente, até o provimento final". Procedimento sem norma de comando estrutural é um amontoado de atos não jurídicos sem qualquer legitimidade, validade e eficácia. O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como sequência de normas, atos e de posições subjetivas[47], de forma que o pressuposto de incidência de uma norma é o cumprimento de uma atividade prevista na norma anterior da série do complexo normativo.

Fazzalari, em verdadeira renovação do conceito de procedimento, assentou as bases da teoria que concebe o processo como espécie de procedimento realizado em contraditório entre as partes, afastando-se, assim, a ideia de distinção entre processo e procedimento. As características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão dos elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que distinção, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento[48]. Tal teoria teve o mérito de separar cientificamente os conceitos de processo de procedimento,

---

[45] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 93.
[46] Idem, p.102.
[47] LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 83.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 39

colocando o primeiro como espécie do segundo. Assim, o processo judicial deixou de ser um instituto flutuante, etéreo, ritualístico, uma mera sequência atos praticados pelas partes e pelo juiz, sem qualquer vínculo lógico-jurídico, para ser caracterizado como procedimento realizado em contraditório[49].

Coube a Fazzalari a iniciação dos estudos para ressemantizar o instituto do processo em conceitos que o distinguissem do procedimento, que é a sua estrutura técnico-jurídica, bem assim resgatá-lo de teorias que o colocavam como mero veículo, método ou meio, fenômeno ou expressão, da atividade jurisdicional para produzir provimentos. Explicou, em sua obra, que o processo não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento, que, longe de ser uma sequência de atos exteriorizadores do processo, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes sob o comando do modelo normativo processual.[50]

Por sua vez, o provimento seria um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. Nessa perspectiva, o processo é o procedimento realizado em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na simétrica paridade da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados, porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos. Fazzalari[51] considerava como sujeitos do processo não só o juiz e seus auxiliares, mas também as partes: autor, réu, os litisconsortes, no processo civil; o Ministério Público, o acusado, "a parte civil" e o responsável civil, no processo penal, etc., sendo que o provimento final deveria ser construído em simétrica paridade e em contraditório pelas partes.

Lutiana Nacur Lorentz[52], invocando Gonçalves, salienta que o processo, na fase atual de desenvolvimento do nosso Direito, deve ser tomado não como a conjunção de procedimento e relação jurídica, como querem os integrantes da escola instrumentalista, ou relacionistas, mas sim na sua acepção de procedimento realizado em contraditório entre as partes. Contraditório este que só se desenvolve em simétrica paridade entre as partes, através da aplicação dos princípios constitucionais, dentre os quais o contraditório.

Nas palavras do mestre Aroldo Plínio Gonçalves, o contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo[53]. O processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento[54].

Fazzalari, aliás, não resume o fenômeno processo apenas no campo do direito processual, mas o elege como instituto de presença obrigatória no Estado Democrático de Direito, nas funções jurisdicional, legislativa e administrativa do Estado, além de reconhecê-lo, também, na ordem privada.

Com efeito, o processo define-se por sua qualidade-regente do procedimento. Quando o procedimento não se faz em contraditório, tem-se somente o procedimento, não processo. Isso não quer dizer que os procedimentos sem processo sejam ilegais, porque há vários procedimentos que, embora legais, dispensam o contraditório, já que muitos procedimentos não se fazem sob o regime de contenciosidade, na qual o direito-garantia do contraditório é imprescindível[55]. Procedimento, aqui, como sequência de normas conexas, de atos completos (cumpridos seus pressupostos), de posições subjetivas, e não uma atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, um provimento.

Chega-se, assim, ao processo como espécie de procedimento realizado, através do contraditório, entre os interessados, conceito este que é incompatível com o conceito de relação jurídica, que é o vínculo de exigibi-

---

[48] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68.

[49] LEAL, Rosemiro (coord.) Manuel Bravo Saramago, in *Estudos continuados de teoria do processo.* Porto Alegre: Síntese, 2004, v. IV, p.176.

[50] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo.* 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 80.

[51] LORENTZ, Lutiana Nacur. A coisa julgada coletiva: *ultra partes*, *erga omnes* e *secundum eventum litis*. *Revista do Curso de Direito da FUMEC*. Belo Horizonte: Síntese, 2003, v. 6.

[52] LORENTZ, Lutiana Nacur. *Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhista* - comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem. São Paulo: LTr, 2002, p.111.

[53] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo.* Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.127.

[54] Idem, p.113.

[55] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo.* 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.186.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 40

lidade, de subordinação, de supra e infra-ordenação, de sujeição[56].

Rosemiro Pereira Leal, analisando esta teoria, ressalta que a reflexão fazzalariana do processo, para sua validade jurídico-cientifica, terá de partir, na atualidade, dos estudo dos fundamentos jurídico-institucionais do processo, e não da qualidade de procedimento em si mesmo[57].

3.7 Teoria constitucionalista do processo

O estudo do processo, nas sociedades democráticas atuais, passa necessariamente, pela Constituição, pois é esta que vai instituir o modelo procedimental garantidor do devido processo legal. O processo como instituição constitucionalizada, ou seja, "direito-garantia constitucional de construção dos provimentos e da jurisprudência"[58], apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como direito-garantia fundamental, revolucionou os conceitos até então existentes.

Assim foi pensado por Andolina e Vignera, para quem o processo obedece a um modelo constitucionalizado que estrutura os procedimentos jurisdicionais. Afirma Andolina que "a constituição traçou um verdadeiro modelo de processo jurisdicional, elevando o nível de garantias constitucionais em alguns pontos essenciais, colocando o processo no centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais"[59]. Andolina e Vignera vão além da proposta de Fazzalari e se ocupam do estudo do processo como modelo constitucionalizado a vincular a estruturação dos procedimentos preparatórios dos provimentos juridicionais. Portanto, a partir desses autores, o processo não é apenas procedimento em contraditório. Tais autores desenvolvem uma teoria que se destina à explicitação dos aspectos que devem ser atendidos para que os procedimentos criados pela norma infraconstitucional se amoldem às determinações presentes na Constituição[60]. Assim, buscam demonstrar, em análises objetiva e subjetiva, que é forçoso entender o processo como modelo constitucionalizado a ser obedecido na construção dos procedimentos na infraconstitucionalidade[61].

O processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia do instituto constitucional do devido processo legal, que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas históricas da humanidade na luta secular empreendida contra a tirania[62]. Somente a lei constitucional, que se origina livremente do povo em paradigmas universais de dignidade e liberdades humanas, assegurará o devido processo como fonte jurisdicional da judicação e direito-garantia das partes. O processo, na pós-modernidade, se estrutura pela principiologia instituída constitucionalmente, princípios estes que deixam de ser meros atributos do processo e passam à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais[63].

No Estado Constituinte, o processo é cláusula inderrogável de resistência jurídica com raízes na soberania popular (única fonte legítima de poder) na construção da Constituição, porque, não seguida a principiologia do processo constituinte, não se pode falar em legitimidade legislativa na geração da norma constitucional. O legislador, nas sociedades políticas democráticas de direito, uma vez eleito, submete-se aos princípios do processo, como instituição jurídica balizadora da soberania popular e da cidadania, cujos fundamentos, se não assentados juridicamente, de forma legal, preexistente e básica, como única fonte do poder constituinte, assumem significações culturais antagônicas ao conceito moderno de Estado Democrático de Direito[64].

3.8 Teoria neoinstitucionalista do processo

Rosemiro Pereira Leal e as novas gerações apontam uma nova e moderna visão do processo, construída à luz do Estado Democrático de Direito: uma visão neoinstitucionalista do processo. Processo visto como tema central do estudo do Direito Processual.

Segundo o autor, a visão pós-moderna, não hegeliana do Estado (partidário dos direitos naturais,

---

[56] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.132.
[57] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 51.
[58] LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria da defesa no processo civil, in *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.1, n.1, 1º sem. 1998, p.109.
[59] LEAL, Rosemiro (coord.). Terezinha Ribeiro Chaves in *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. III, p.125.
[60] LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 87.
[61] Idem, p. 88.
[62] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 82.
[63] LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 88.
[64] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 82.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 41

sagrados e inalienáveis, gravados por uma força sobrenatural na razão ou intuição dos homens[65]: no caso da teoria da relação jurídica esta força seria o poder-juiz-Estado) é que tem que nortear o estudo atual do processo e sua autonomia jurídica na constitucionalização estrutural nas sociedades políticas[66].

Esta teoria, ao criticar a relação jurídica, ressalta como um dos pontos negativos desta a afirmativa de que "a jurisdição se exerce através do processo" e que "este é mero instrumento e meio do exercício da jurisdição"[67]. Tal crítica se dá principalmente pelo fato de que o processo, ao contrário da jurisdição, define-se hoje em garantias principiológicas pela reserva legal de direito antecipadamente assegurado nas leis fundamentais (Constituições). A jurisdição, como atividade monopolística de o Estado reconhecer o direito (art. 5º, XXXV, da CR/88), não traz em seu arcabouço garantias pela figura do juiz (ainda que íntegro, sapiente e culto) de criação do direito[68]. A jurisdição, por si mesma, não pressupõe critérios de julgar ou proceder, mas atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do processo[69]. O provimento, ou sentença, não deve ser a síntese do sentimento do juiz, nem sua convicção, sua discricionariedade, nem seu sentimento, nem seu livre-arbítrio, nem suas convicções religiosas, morais, culturais, deve sim ser o provimento construído pelas partes, em contraditório, em igualdade e isonomia de oportunidades dentro do processo, a fim de garantir que o provimento seja o mais imparcial possível.

O processo deve ser visto como instituição jurídica que, ao lado do Estado, do povo, da cidadania, da soberania popular, contém princípios próprios definidos nas garantias do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, reunidos pelo instituto do devido processo legal aliados à estrutura do Estado Democrático de Direito.

O processo deve ser estudado como instituição constitucionalizada, direito-garantia constitucional de construção dos provimentos e da jurisprudência pelo contraditório e ampla defesa. Não é concebível a ideia do "surgimento do processo a partir da arbitragem obrigatória[70]", haja vista que o processo só surgiu recentemente com a conquista histórica das garantias e direitos fundamentais constitucionalizados da isonomia, do contraditório e da ampla defesa.

Na pós-modernidade, o conceito de processo, como instituição, não se refere pelas lições de Maurice Harriou ou dos administrativistas franceses do século XIX ou dos processualistas e juristas dos primeiros quartéis do século XX, sequer pelas posições sociológicas de Guasp e Morel, mas pelo grau de autonomia jurídica como se desponta no discurso de nosso texto constitucional, como conquista histórica da cidadania juridicamente fundamentalizada em princípios e institutos de inerência universalizante e ampliativa em réplica ao colonialismo dos padrões repressores de centração psicológica e política dos chamados Estados-nações hegemônicos[71]. Não se pode aceitar a existência, no Estado Democrático de Direito, de hierarquias entre as instituições jurídicas ou a prevalência de umas sobre as outras no bojo constitucional, como se fossem caixas de ferramentas à escolha e a serviço do Estado absoluto[72].

Nesta ótica, o autor propõe a construção de uma teoria do processo avançado, à luz do Estado Democrático de Direito, onde o processo evoluído não é tido simplesmente como procedimento em contraditório, mas como uma instituição jurídica, institucionalmente definido e constitucionalizado pelos fundamentos normativos do contraditório, ampla defesa, direito ao advogado e isonomia, ainda que o procedimento se faça em contraditório, porque o contraditório há de ser princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento, e não atributo consentido por leis ordinárias processuais ou dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência e muito menos de discricionariedade do julgador[73]. Propõe então uma visão do processo ligada às condições de legitimação das decisões judiciais, já alinhadas ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

O Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) e o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) não se encontram, hoje, em sintonia com as atuais e modernas teorias do processo. Construídas sob o paradigma do Estado Liberal, tais leis deram amplos poderes ao julgador, tido como salvador, ético, sábio, puro, vestal ou prodigamente justo e talentoso, sendo o processo visto apenas como instrumento etéreo da jurisdição ou a serviço da atividade jurisdicional, que, para os instrumentalistas,

---

[65] Idem, p. 23.
[66] Idem, p. 48.
[67] GRINOVER, Ada Pellegrini *et all*. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27.
[68] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 40.
[69] Idem, p. 41.
[70] GRINOVER, Ada Pellegrini *et all*. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27.
[71] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 48.
[72] Idem, p. 49.
[73] Idem, p. 49.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 42

também tem escatologias redentoras, nas varas mágicas dos juízos de concorrer para a paz social e a felicidade paradisíaca do homem[74]. A jurisdição é o centro gravitacional do processo, construído sobre um discurso estatalista, autocrático, anacrônico e pretoriano, em que o juiz justiceiro supre a figura do advogado e a inércia da parte, esquecendo-se de que nos termos do art. 133 da CF/88: "O advogado é indispensável à administração da justiça [...]".

É justamente essa percepção de jurisdição/juiz salvador que esta teoria tenta combater, propondo que o processo, como instituição jurídica, defina-se como bloco de condicionamentos do exercício da jurisdição na solução dos conflitos e da validade da tutela jurisdicional, que, não mais sendo um ato ou meio ritualístico, sentencial e solitário do Estado-juiz, seja um provimento construído pelos referentes normativos da estrutura institucional constitucionalizada do processo. O que não pode ocorrer é, a pretexto de oferecer solução ao problema da efetividade, dotar o juiz de vasto poder discricionário, de uma clarividência, de uma ideologia própria ou até mesmo de sua magnanimidade para julgar com base em carateres subjetivos, sem fundamentação, o que é incabível no paradigma de Direito Democrático. O juiz não deve manejar o processo, este deve ser construído pelas partes e não ficar à discricionariedade do mesmo, baseando-se em suas concepções subjetivas sobre justiça para decidir. A atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal e idiossincrático do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora dos atos jurídicos sequenciais a que se obriga o órgão jurisdicional pelo controle que lhe impõe a norma processual, legitimando-o ao processo[75].

É importante salientar que o processo não busca decisões justas, mas sim a garantia de que as partes possam participar em isonomia e contraditório na construção do provimento final, como, por exemplo, a sentença; as partes devem construí-lo. Contraditório, aqui, não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final, e sim a igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo[76]. E é essa participação que o juiz deve buscar e garantir, e não simplesmente acatar o pedido e ou a defesa. Não devemos colocar o direito processual como o direito da jurisdição salvadora pelas mãos sábias e benevolentes dos juízes. Aliás, o processo não nasceu com as atuais garantias fundamentais, ao simples e automático exercício da jurisdição pelo Estado, pelo contrário, foi uma evolução construída, aos poucos, pela ciência.

A concepção proposta, portanto, aproxima-se mais da ideia de processo como modelo, como feito por Andolina e Vignera, mas ultrapassa-a, na medida em que já se conecta o processo à própria legitimidade das decisões judiciais no Estado Democrático[77]. Com isso, esta teoria gera impacto teórico direto sobre o entendimento do exercício da própria atividade jurisdicional estatal, haja vista que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, jurisdição e processo se relacionam de maneira diversa da que propõe o Estado Social[78]. A jurisdição, em face do estágio da Ciência Processual e do Direito Processual, não tem qualquer valia sem o processo, hoje considerado no plano do direito processual positivo como complexo normativo constitucionalizado e garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes e como mecanismo legal de controle da atividade do órgão-jurisdicional (juiz), que não mais está autorizado a utilizar o processo como método, meio, ou mera exteriorização instrumental do exercício da jurisdição[79]. Não se pode conceber que o magistrado, que recebe do Estado a ordem-dever de tutelar direitos, possa ter faculdades ou poderes de ditar o direito ao seu alvedrio ou sentimento. Conclui-se, pois, que não há para o órgão jurisdicional qualquer folga de conduta subjetiva ou flexibilização de vontade pelo árbitro ou discricionariedade, no exercício da função jurisdicional, porque, a existirem tais hipóteses, quebrar-se-ia a garantia da simétrica paridade dos sujeitos do processo[80].

4 Conclusão

Pela análise das teorias até aqui construídas no que tange à natureza jurídica do processo, concluímos que, no Estado Democrático de Direito, toda e qualquer decisão que atinge direta ou indiretamente o indivíduo deve ser construída pelas partes, com ampla participação isonômica dos interessados, em contraditório,

---

[74] Idem, p. 84.
[75] Idem, p. 41.
[76] GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.127.
[77] LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 89.
[78] Idem, p. 89.
[79] LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 42.
[80] Idem, p. 41.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 43

com ampla defesa (inclusive com a participação técnica e imprescindível do advogado). Conclui-se ainda que a teoria moderna do processo não pode se render ao instrumentalismo majoritário da doutrina que insiste em colocar o processo como mero veículo, modo ou método de atuação de uma jurisdição mística e apostolar de talentosa agilidade na solução dos conflitos de interesse da sociedade atual.

Não podemos conceber que, em uma República Federativa constituída em Estado Democrático de Direito (art.1º da Constituição Federal do Brasil), com objetivos claros de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 2º da nossa Carta Maior), o estudo do Direito Processual seja, ainda, realizado à luz de um Estado Social, liberal, mas sim tenha a sua produção científica reproduzida à luz dos direitos fundamentais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Em síntese, as autoridades responsáveis pela intermediação na solução dos conflitos na sociedade, sejam eles judiciais ou não, devem solucioná-los juntamente com os interessados na demanda, respeitando sempre as garantias do contraditório, do devido processo legal, da isonomia, da ampla defesa (inclusive o direito à defesa técnica pelo advogado) e não trazer para si a responsabilidade de resolvê-los como se fossem deuses ou sabedores maiores da sociedade.

Ressalte-se, ainda, a necessidade de termos a construção das normas (leis), quando envolverem interesses individuais ou difusos e as de grande repercussão, à luz da consulta dos diretamente ou indiretamente envolvidos, sob pena de serem legais, mas ilegítimas, imorais, antidemocráticas e não atenderem aos reais interesses dos maiores interessados: os cidadãos.

Citem-se aí as leis dos Juizados, da Arbitragem, da Justiça do Trabalho, onde se pregam procedimentos simplificados, com a temida justificativa de uma justiça célere, de uma prestação jurisdicional mais rápida e mais efetiva. Observe-se, nestas normas, a não necessidade de advogado (consequentemente a não obrigatoriedade de fornecimento deste pelo Estado, através das defensorias); a informalidade dos procedimentos e das provas, onde as partes, muitas vezes, são pessoas simples, diante de grandes empresas, com grandes advogados, sem isonomia perante a "lei", apenas sob o comando e a proteção do juiz sabe-tudo, comandante do procedimento. Veja aí o perigo e a possibilidade de uma "prestação jurisdicional" precária, ilusória, nem sempre satisfativa.

Verifica-se, então, a necessidade de repensarmos a Ciência do Processo e construirmos uma teoria avançada à luz do Estado Democrático de Direito, onde o processo evoluído não é tido simplesmente como procedimento em contraditório, mas como uma instituição jurídica, institucionalmente definido e constitucionalizado.

5 Referências bibliográficas

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam - Casa Editrice Dott. Antônio Milani, 1936. XIV, vol. I.

_____. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: ClassicBook, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Bookseller, vols. I, II eIII, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIÚZA, César (coord.). *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOLDSCHIMIDT, James. *Teoria geral do processo*. Campinas: Minelli, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

_____. A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte. *Revista Forense*, Separata, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Malheiros, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____ (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, vols. I, II, III, IV e V, 2004.

_____. Teoria da defesa no processo civil, in *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.1, n.1, 1° sem. 1998.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 44

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. Milano: 1992.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas - comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. A coisa julgada coletiva: *ultra partes*, *erga omnes* e *secundum eventum litis*. *Revista do Curso de Direito da Fumec*. Belo Horizonte: Síntese, 2003, v. 6.

NERY, Nelson. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos - um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. *Revista LTr*, fev./2000.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000.

_____. *Princípios fundamentais* - teoria geral dos recursos. 4 ed. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, Allan Helder de. *O réu na tutela antecipatória do Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 45

A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica em virtude do inadimplemento do usuário

Taíse Fernandes Martins *

Sumário: 1 Introdução. 2 Serviços públicos. 2.1 Princípios aplicáveis ao serviço público. 2.2 O fornecimento de energia elétrica como serviço público essencial. 3 O corte de energia elétrica em face do inadimplemento do usuário. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O Estado, nos últimos anos, vem passando por grandes transformações com relação à prestação de serviços públicos. Várias atribuições, primordialmente estatais, foram transferidas aos particulares. O marco principal do processo de desestatização, no Brasil, deu-se no início dos anos 90, quando houve a delegação da prestação de serviços públicos a particulares mediante permissões, delegações e concessões. Procurou-se com esse processo a modernização, a melhoria e eficiência na prestação dos serviços públicos à população, além da redução do déficit financeiro do setor público.

Não obstante, o que se verificou foi uma mudança significativa na prestação dos serviços, que passou a ser desenvolvida com o fim de lucro e em moldes empresariais.

A partir desse momento, começaram a surgir infindáveis controvérsias, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, acerca da forma de prestação pelos particulares desses serviços públicos. O corte do fornecimento de energia elétrica em virtude do inadimplemento do usuário vem apenas refletir um desses conflitos.

Pretende-se, neste estudo, verificar a legalidade da adoção pelo concessionário do serviço público em comento do corte de energia elétrica como medida a compelir o usuário ao pagamento de seu débito.

2 Serviços públicos

O conceito de serviço público não se encontra prescrito expressamente na Constituição Federal de 1998. Porém, da leitura do art. 175, CF/88, conclui-se que serviços públicos são todos aqueles prestados pelo Poder Público, seja diretamente ou indiretamente, mediante concessão ou permissão.

Leciona magistralmente Odete Medauar que o serviço público "[...] refere-se a toda atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano" (MEDAUAR, 2006, p. 313).

É, assim, o serviço público sempre da competência primeva do Estado, ainda que delegado ou concedido a particulares, submetendo-se às regras e princípios de direito público, sob pena de desvirtuamento de sua finalidade precípua.

2.1 Os princípios aplicáveis ao serviço público

Em qualquer ciência, princípio será sempre alicerce, ponto de partida. Tem a principal importância de trazer ao ordenamento jurídico, seja implícita ou explicitamente, coesão, facilitando a interpretação das normas que guiam nossas condutas. Sendo um alicerce do sistema, faz-se tão importante a análise e aplicação dos princípios para a correta e satisfatória prestação dos serviços públicos.

O primeiro princípio que se pode extrair da Constituição Federal de 1988, com relação aos serviços públicos, é o da adequação ou eficiência. O art. 175, V, CF/88 prescreve que não basta que o Poder Público apenas ofereça ou mantenha o serviço. Este deve ser, também, adequado. Ou seja, "deve satisfazer, do ponto de vista técnico, a necessidade que motivou a instituição" (JUSTEN FILHO, 1997, p. 127).

Ademais, deve ser o serviço público prestado de forma generalizada. Daí advém o princípio da generalidade. José dos Santos Carvalho Filho esclarece que esse princípio se apresenta com dupla faceta. "Significa, de um lado, que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, vale dizer, deve beneficiar o maior número possível de indivíduos". E complementa que devem ser "prestados sem discriminação entre os beneficiários, quando tenham estes as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição (CARVALHO FILHO, 2003, p. 266).

Conclui-se que o serviço público deve ser prestado a todos os interessados sem qualquer discriminação, sob pena de violação dos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Os serviços públicos ainda devem ser remunerados de forma módica. O Poder Público não deve visar ao lucro como principal objetivo, típico do sistema capitalista.

Por fim, deve ser o serviço público prestado de forma contínua, sem qualquer interrupção. Esse mandamento encontra-se previsto no art. 6°, § 3°, II, da Lei

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa, pós-graduada em Direito Público pela Anamages, Oficial Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 46

8.987/95. Tal princípio tem como fonte de sustentação os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público. O princípio em comento é tão importante e basilar na prestação dos serviços públicos que Marçal Justen Filho afirma que é vedada a alegação de exceção de contrato não cumprido para fundamentar a suspensão do fornecimento (JUSTEN FILHO, 1997, p. 127).

2.2 O fornecimento de energia elétrica como serviço público essencial

Prescreve o art. 22, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

> Art. 22 - Os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias ou permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros e, quanto aos essenciais, contínuos (BRASIL, 1990).

Indaga-se o que seria considerado como serviço público essencial, já que não há previsão no Código de Defesa do Consumidor. Tormentosa é a questão, uma vez que, pelo simples fato de ser serviço público, já se pressupõe, a princípio, a sua essencialidade.

Tem-se considerado, na doutrina e jurisprudência, como serviço essencial o elenco descrito no art. 10, I, da Lei nº 7.783/89, que regulamentou o art. 9º, § 1º, da CF/88:

> Art. 10 - São considerados serviços ou atividades essenciais:
> I - tratamento e abastecimento de água; *produção e distribuição de energia elétrica*, gás e combustíveis; (BRASIL, 1989).

Conclui-se, dessarte, que serviço público essencial representa o mínimo de prestações a que todos os indivíduos têm direito, sob pena de violação do princípio e fundamento da República Federativa do Brasil, qual seja a dignidade da pessoa humana, esculpido no art. 1º, III, da Constituição Pátria.

Do exposto acima, verifica-se que o serviço de produção e distribuição de energia elétrica é considerado serviço público essencial. Sendo assim, caracteriza-se como serviço indispensável à manutenção da vida e dos direitos dos cidadãos. Mostra-se inimaginável a vida da sociedade moderna sem energia elétrica, essencial tanto na indústria e comércio, como nas atividades corriqueiras da vida familiar. Até mesmo a saúde pública estaria em risco sem esta.

A essencialidade do serviço público de energia elétrica, bem como sua continuidade são descritas hoje na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Bem expressivo desse posicionamento é o aresto abaixo ementado:

> Ementa: Administrativo - Agravo regimental - Recurso especial - Energia elétrica - Serviço público essencial - Corte de fornecimento - Consumidor inadimplente - Impossibilidade.
> - Esta Corte vem reconhecendo ao consumidor o direito da utilização dos serviços públicos essenciais ao seu cotidiano, como o fornecimento de energia elétrica, em razão do princípio da continuidade (CDC, art. 22).
> - O corte de energia, utilizado pela companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa em atraso, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito.
> - Precedentes. Agravo regimental improvido (BRASIL, 2001).

Oportunamente esclarece Amadeu dos Anjos Vidonho Júnior e Mário Antônio Lobato de Paiva sobre a natureza da norma prevista no art. 10 da Lei 7.783/89:

> Tal norma, sob o ponto de vista hermenêutico, pode ser classificada tecnicamente como uma norma jurídica nacional, ou seja, que atinge a coletividade sem distinção e, portanto, é autônoma no que pertine à referida matéria, podendo ser estendida a quaisquer casos ou condições que levem a interrupção de serviço de natureza essencial e não só nas greves, até porque, em sua própria ementa insculpe que 'define as atividades essenciais', e não somente em situações de greve (VIDONHO JÚNIOR; PAIVA, 2006, p. 3-4).

Sendo a Lei 7.783/89 classificada como norma nacional e inexistindo lei específica a determinar o rol dos serviços públicos essenciais, é pacífica a sua aplicação para caracterizar e determiná-los, mesmo que não se trate de caso específico de greve.

3 O corte de energia elétrica em face do inadimplemento do usuário

As dúvidas quanto à possibilidade do corte de energia elétrica em face do inadimplemento do usuário começaram a surgir, primeiramente, com o advento da Lei nº 8.987/95, disciplinadora dos institutos da concessão e permissão dos serviços públicos. Prescreve o art. 6º, § 3º, II, da citada lei:

> Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
> [...]
> § 3º - Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
> [...]
> II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (BRASIL, 1995).

Por sua vez, a Lei 9.427/96, em seu art. 17, corrobora com a norma em epígrafe, senão vejamos:

> Art. 17 - A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra pre-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 47

> juízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual (BRASIL, 1996).

No mesmo sentido, tem-se o art. 91 da Resolução 546, de 29 de novembro de 2000, da Aneel, que prevê expressamente a possibilidade de suspensão do fornecimento na hipótese de inadimplemento, mediante prévio aviso do consumidor.

Consubstanciada nas normas acima descritas, diversas decisões, como a abaixo colacionada, foram proferidas declarando a legalidade da interrupção de energia elétrica por inadimplemento do usuário. Com base nesse entendimento, não há qualquer óbice na interrupção do serviço público de energia elétrica, desde que haja o aviso prévio por parte da concessionária, senão vejamos:

> Ementa: Administrativo. Serviço Público. Concedido. Energia Elétrica. Inadimplência.
> 1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica.
> 2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.897/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos.
> 3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio.
> 4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção. quando há inadimplência, como previsto no art. 6°, § 3°, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão.
> 5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta).
> 6. Recurso Especial Provido (BRASIL, 2003).

Argumenta-se que se deve preservar a manutenção econômico-financeira da concessão, uma vez que a gratuidade não se presume. Não cabe, dessarte, à concessionária suportar esse ônus.

A relação estabelecida entre o fornecedor de energia elétrica e o usuário se formaliza mediante um contrato sinalagmático. Assim, o contratante só pode exigir a continuidade da prestação do serviço a cargo do contratado quando estiver cumprindo regularmente a sua obrigação. Não havendo o referido cumprimento, é legítimo o ato da concessionária ao cortar o fornecimento de energia elétrica. Admitir a impossibilidade de suspensão do fornecimento seria o mesmo que estimular a inadimplência.

Além disso, segundo essa corrente, deve-se respeitar o princípio da igualdade de tratamento entre os destinatários dos serviços públicos, uma vez que, assim como o particular, as concessionárias também teriam a faculdade de se negar a prestar o serviço. Se assim não fosse, estaríamos admitindo, por um lado, o enriquecimento sem causa do usuário e, de outro, o desvio de recursos públicos por mera inatividade da concessionária, sem prejuízo da ofensa ao princípio da igualdade de tratamento entre os destinatários do serviço público.

A única exceção à possibilidade do corte de energia elétrica por inadimplemento do usuário, a teor do descrito no art. 6°, § 3°, II, da Lei 8.987/95, é o interesse da coletividade. Assim, se a ausência do serviço causar prejuízo a interesses coletivos, fica suprimida a possibilidade do prestador.

Por outro lado, há inúmeros julgados considerando ilegal o corte no fornecimento de energia elétrica por ofender princípios constitucionais, como o da ampla defesa, supremacia do interesse público, inocência presumida, dentre outros. A ementa desse julgado está vazada nos seguintes termos:

> Ementa: Administrativo. Direito do Consumidor. Ação de Indenização. Ausência de pagamento de tarifa de energia elétrica. Interrupção do fornecimento. Corte. Impossibilidade. Arts. 22 e 42 da Lei nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor).
> 1. Recurso especial interposto contra acórdão que entendeu não ser cabível indenização em perdas e danos por corte de energia elétrica quando a concessionária se utiliza de seu direito de interromper o fornecimento a consumidor em débito. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.
> 2. Não resulta em se reconhecer como legítimo o ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma em face de ausência de pagamento de fatura vencida.
> 3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.
> 4. O art. 22 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor assevera que 'os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos'. O seu parágrafo único expõe que, 'nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste código'. Já o art. 42 do mesmo diploma legal não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Os referidos dis-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 48

> positivos legais aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.
> 5. Não há que se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afrontaria, se fosse admitido, os princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.
> 6. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.
> 7. É devida indenização pelos constrangimentos sofridos com a suspensão no fornecimento de energia elétrica.
> 8. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem a fim de que, e nada mais, o MM. Juiz aprecie a questão do *quantum* a ser indenizado (BRASIL, 2002).

Segundo esta corrente, o fornecimento de energia elétrica é um serviço público concedido e caracterizado como uma relação de consumo. Sendo assim, deve-se aplicar a essa relação o Código de Defesa do Consumidor, inclusive o princípio que proíbe a sua interrupção.

Em nenhuma parte, o art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.978/95 faz referência expressa aos serviços essenciais. Assim, necessária é a exclusão destes da autorização de suspensão do serviço por inadimplemento do usuário. Ao revés, o art. 22, *caput,* do Código de Defesa do Consumidor expressamente descreve que os serviços essenciais devem ser contínuos.

Deve-se ressaltar, ainda, que o serviço público essencial, mesmo quando delegado, continua público, não sendo afastada a obrigação estatal de prestá-lo. Por sua vez, não resta suprimido o direito público subjetivo do usuário de exigir a sua prestação.

Relevante salientar o ensinamento de Fernanda Stracke Moor:

> Considerando que o subsistema do Direito do Consumidor e o Regime Público de Delegação são aplicáveis nas relações envolvendo serviços públicos delegados, a aplicação do art. 22 do CDC deve se sobressair como meio de garantir maior proteção ao usuário do serviço público essencial, pois, além de ser o direito do consumidor considerado direito fundamental, é esta a vontade implícita no regime público, tendo em vista que o sentido do princípio da continuidade dos serviços públicos não se resume ao disposto no art. 6º da Lei 8.987/95, pelo qual muitas decisões estão sendo fundamentadas, mas ao contrário, o princípio da continuidade dos serviços públicos decorre do princípio básico do regime público, que é o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. Por este o Estado não pode dispor do Interesse Público, no caso o serviço público, o que se estende ao regime de delegação, na medida em que o Estado continua titular do serviço e o delegatário passa a ser responsável pela execução desse serviço público. Com esse fundamento, a interrupção do serviço pela falta de pagamento passa a ser uma medida que afronta a ampla proteção que o regime público quer assegurar, diante da importância dos serviços públicos essenciais na vida cotidiana (MOOR, 2005, p. 112-113).

Asseveram, ainda, os defensores dessa corrente que o mero custo financeiro devido às concessionárias não é motivo suficiente para justificar o corte no fornecimento do serviço de energia elétrica. O risco de inadimplência deve ser previsto no custo do serviço.

Valores constitucionais como a liberdade e a dignidade do ser humano são superiores ao interesse econômico da cobrança. Essa afirmação é bem demonstrada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, no Decreto 678, de 6 de novembro de 1962.

Necessário se faz lembrar, também, que os débitos imputados aos consumidores pelas concessionárias de serviço público não gozam de presunção de veracidade. Eventuais quantias devidas devem ser apuradas em procedimento próprio que assegure o contraditório e a ampla defesa.

O exercício arbitrário das próprias razões e a atuação da justiça privada no Brasil há muito foram abolidos do nosso sistema. Admitir o uso desses instrumentos seria o mesmo que regredir e violar importantes normas e princípios constitucionais. Débitos pendentes devem ser cobrados pelas vias ordinárias competentes. O corte ou suspensão do fornecimento de energia elétrica só pode ser possível quando não for forma de cobrança, mas sim reflexo de uma decisão judicial.

No entendimento de Rizzato Nunes, há apenas uma possibilidade de interrupção do serviço de energia elétrica: quando houver fraude praticada pelo usuário (NUNES, 2005, p. 106).

Importante citar o art. 5º, incs. XXXV, LIV, e LV, da Constituição Federal de 1988, *in verbis:*

> Art. 5º - [...]
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
> [...]
> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL,1988).

Admitir a possibilidade do corte de energia pela concessionária, sem o devido processo legal, seria o mesmo que violar o princípio da igualdade, já que qualquer cidadão só está autorizado a pleitear a cobrança ou a promover a execução de seus créditos de acordo com as normas prescritas no Código Processual Civil Pátrio (CPC). Ademais, nenhum dispositivo legal autoriza a concessionária de serviço público a interromper o fornecimento do serviço de energia elétrica sem o devido processo legal, ainda mais por ser este essencial, devendo ser prestado de forma contínua, conforme demonstrado ao longo do presente estudo. Os litígios são compostos pelo Poder Judiciário, e não pelos

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 49

particulares. Ademais, deve-se aplicar, igualmente, o princípio da proporcionalidade. Assim, não seria razoável ou proporcional a utilização do corte no fornecimento de serviço essencial, qual seja a energia elétrica, como forma a compelir o usuário ao pagamento do seu débito. Há meios mais adequados, legais e justos para o recebimento de referidos créditos.

Marçal Justen Filho sugere que a solução dessa questão se efetue entre o poder concedente e o concessionário, atendendo, assim, ao princípio da solidariedade social:

> Nesses casos, o Estado dispõe de duas escolhas. A primeira é promover a cobrança compulsória do valor correspondente à tarifa, para haver do usuário o montante correspondente aos serviços que continuam a ser prestados. A segunda é verificando a carência de recursos, custear a manutenção da prestação dos serviços (inclusive e se for o caso, através da elevação das tarifas) cobradas dos demais usuários. Nesta última alternativa, a comunidade arcará com o custo dos serviços. A carência de recursos não autoriza a supressão da existência e da dignidade da pessoa humana (JUSTEN FILHO, 1997, p. 130).

A própria Lei 8.987/95, em seu art. 13, prevê a possibilidade de fixação de tarifa social ou subvencionada em virtude da ausência de recursos por parte do usuário.

> Art. 13 - As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários (BRASIL, 1995).

Comentando a norma acima, esclarece Marçal Justen Filho:

> O primeiro tópico a se discutir refere-se a admissibilidade da vinculação das tarifas a circunstâncias subjetivas patrimoniais dos usuários. Aplicar-se-ia uma modalidade do princípio da capacidade contributiva, de molde a que os desvalidos do destino recebessem tratamento mais favorecido. Não parece questionável a validade (aliás, obrigatoriedade) dessa solução em face dos princípios constitucionais fundamentais. [...] A solidariedade consagrada constitucionalmente significa, como inúmeras vezes afirmado, que a ausência de recursos não pode constituir obstáculo à fruição de serviços públicos. Aliás, muito ao contrário, a pobreza exige intervenção protetora do Estado e pressupõe necessidade muito mais intensa de receber serviços aos quais o indivíduo não tem acesso por outra via (JUSTEN FILHO, 1997, p. 164).

O professor Reynaldo Andrade da Silveira ainda propõe uma opção em detrimento do abrupto corte de energia. Segundo este, "uma posição intermediária poderia ser a do racionamento desses serviços. Assim, não paga a fatura mensal, a empresa fornecedora poderia ir racionando o fornecimento desses bens, por uma, duas ou mais horas por dia" (SILVEIRA, 1999, p. 211).

4 Conclusão

A noção de serviço público modificou-se e aprimorou-se com o passar dos anos e com a evolução da própria sociedade. A transformação mais significativa deu-se na forma da própria prestação do serviço público com as concessões, delegações e permissões dadas às empresas particulares.

Como demonstrado ao longo do presente estudo, alguns serviços públicos como o de energia elétrica, por serem imprescindíveis para a sociedade, são considerados essenciais, ainda que não se tenha norma legal expressa. O Estado deve fornecer os serviços públicos, principalmente os essenciais, de forma a proporcionar uma vida digna ao próprio cidadão.

O Código de Defesa do Consumidor prescreve que os serviços públicos devem ser prestados de forma eficiente, adequada, segura. E, em especial, determina que, sendo o serviço essencial, deve ser prestado de forma contínua. Tal norma é lógica, pois, sendo o serviço essencial, em nenhuma hipótese se poderia admitir sua interrupção, salvo as hipóteses de caso fortuito ou força maior.

A dúvida quanto à interrupção do serviço público por inadimplemento do usuário surgiu com o advento das Leis 8.987/95, art. 6º, § 3º, II, e 9.427/96, art. 17. Ambas contêm regra que permite a suspensão na prestação do serviço público em virtude de inadimplemento, salvo em prejuízo da coletividade.

Como ressaltado e demonstrado no decorrer do presente estudo, essa questão ainda é tormentosa tanto na doutrina quanto jurisprudência. Percebe-se que os defensores da legalidade no corte da energia elétrica utilizam como fundamento o fato de o serviço público não poder ser prestado de forma gratuita. Ou seja, cabe ao concessionário fornecer o serviço e ao usuário pagar por essa prestação. Não cumprindo o usuário o seu dever primordial, surge para o concessionário o direito de suspender o referido serviço, desde que haja prévia comunicação.

Ao revés, os defensores da ilegalidade no corte do fornecimento de energia elétrica sustentam que as Leis 8.987/95 e 9.427/96 não fazem nenhuma referência a serviços públicos essenciais. Asseveram que, sendo o serviço público considerado essencial, deve ser prestado de forma contínua, não sendo admitida a sua interrupção.

A Constituição Federal de 1988 é nossa Lei Suprema e soberana. Desta é que todas as demais normas buscam a sua validade e fundamento. No texto constitucional, há vários dispositivos, notadamente o art. 5º, assegurando a todos o direito à ampla defesa e contraditório, o direito ao devido processo legal e, principalmente, o direito de acesso ao Poder Judiciário. Essas normas são classificadas como direitos e garantias fun-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 50

damentais de todo cidadão. São consideradas cláusulas pétreas, com base no art. 60, § 4º, CF/88, não podendo, em nenhuma hipótese, ser abolidas ou suprimidas do nosso sistema constitucional. Admitir a hipótese de corte no fornecimento de energia elétrica, serviço público essencial, seria afrontar e desrespeitar a própria Constituição Pátria.

Não se busca, aqui, justificar a inadimplência do usuário. Ao revés, defende-se a proteção da vida humana e as básicas condições para o seu desenvolvimento. E isso está acima do lucro perseguido pelas concessionárias e pelo próprio Poder Público.

Porém, se há dívidas, elas devem ser discutidas pelas vias ordinárias, onde serão assegurados todos os princípios e normas acima descritos. Não se pode retirar da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. O que é inadmissível é a utilização de ameaça ficta ou real pelas concessionárias, com a suspensão do serviço essencial até então prestado. O abuso de poder é sempre ilícito. Não se pode valorizar a atuação da justiça privada no Brasil, ainda mais quando imposta unilateralmente por credor econômica e financeiramente mais forte que o consumidor.

Há diversas alternativas para esse impasse e para o recebimento dos créditos, como já explicitado nos capítulos anteriores, sem que haja necessidade da adoção desta medida drástica, qual seja o corte no fornecimento de energia elétrica por mero aviso prévio. Poder-se-ia utilizar o racionamento do serviço ou a instituição de subvenções ou compensações para a concessionária. Além disso, é plenamente aceitável que, não tendo o cidadão como pagar por esse serviço, ele seja fornecido de forma gratuita, mediante a inclusão do cidadão, pelo Estado, num programa de assistência social. Deve-se observar, sobretudo, o princípio da razoabilidade. Assim, já ocorre no atendimento hospitalar, educacional, dentre outros. O direito de crédito não pode sacrificar bem maiores como a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana.

Vislumbra-se, assim, que o problema defendido nesse trabalho, sem prejuízo das posições contrárias, encontra amparo não só legal, mas também doutrinário e jurisprudencial. Incontroverso é o fato de que o consumidor não pode estar vulnerável quanto à suspensão de serviço essencial, já que a vida é o bem maior a ser tutelado pelo Estado, sendo inadmissível, em qualquer hipótese, que o consumidor tenha suspenso o fornecimento de serviço público que lhe seja essencial.

5 Referências bibliográficas

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Resolução n. 546, de 29 de novembro de 2000. Estabelece, de forma atualizada e consolidada, as condições gerais de fornecimento de energia elétrica. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/biblioteca.cfm. Acesso em 20 jun. 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 13 maio 2006.

BRASIL. Lei n. 7.783, de 28.06.1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 13 maio 2006.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11.09.1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 13 maio 2006.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13.02.1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 13 maio 2006.

BRASIL. Lei n. 9.427, de 26.12.96. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 13 maio 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 298017/MG. 1. Turma. Min. Rel. Francisco Falcão, julgado em 03.04.2001. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudência/doc.jsp?processo=298017&&b=ACOR&p=true&t=&1&10&i=7>. Acesso em 11 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 430812/MG. 1. Turma. Min. Rel. José Delgado, julgado em 06.08.2002b. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudência/doc.jsp?Relator=JOS%C9+DELGADO&processo=430812&&b=ACOR=true&t=&1&10&i=2>. Acesso em 11 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 525500/AL. 2. Turma. Min. Rel. Eliana Calmon, julgado em 16.12.2003a. Disponível em: < http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudência/doc.jsp?processo=525500&&b=ACOR&p=true&t=&1&10&i=1>. Acesso em 11 jul. 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 935 p.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 51

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10 ed. São Paulo: RT, 2006.

MOOR, Fernanda Stracke. Considerações sobre o Regime Público na prestação dos serviços delegados e a perspectiva dos direitos dos cidadãos frente aos serviços essenciais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 55, p.106-119, 2005.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Práticas mercantis no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 1999.

VIDONHO JÚNIOR, Amadeu dos Anjos; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Da continuidade dos serviços públicos essenciais de consumo. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2505>. Acesso em 6 jul. 2006.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 52

A nova Reforma do Código de Processo Penal: absolvição sumária e recurso de ofício na Lei nº 11.689, de 2008*

*Eduardo Ferreira Costa***

O Código de Processo Penal, em seu art. 411, estabelece o seguinte:

> Art. 411. O juiz absolverá desde logo o réu, quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1°, do Código Penal), recorrendo, de ofício, da sua decisão. Este recurso terá efeito suspensivo e será sempre para o Tribunal de Apelação.

Doutrinariamente, convencionou-se designar as hipóteses previstas no mencionado dispositivo legal, o qual incide na fase de pronúncia do procedimento referente aos crimes dolosos contra a vida, como de absolvição sumária, pois, em tais circunstâncias, o réu não é submetido ao Tribunal do Júri, porquanto a pretensão punitiva estatal é, desde logo, julgada improcedente pelo próprio juiz singular. Sobre o assunto, escreve Rangel (2005, p. 553):

> A absolvição sumária é decisão de mérito, onde o juiz julga improcedente o pedido do Ministério Público, formulado na denúncia, com conseqüente absolvição do acusado, face à presença de uma excludente, seja de ilicitude ou de culpabilidade.
> [...]
> Trata-se de um verdadeiro e único caso de *julgamento antecipado da lide* no processo penal brasileiro, pois o juiz natural da causa é o Tribunal do Júri, porém, neste caso, o juiz singular (presidente do Tribunal do Júri, que dirige o processo), verificando a presença dos requisitos previstos no art. 411 do CPP, antecipa o julgamento e dá ao réu o *status libertatis*.

No entanto, a norma jurídica em comento estabelece, ainda, que o juiz deverá, nos casos de absolvição sumária, recorrer, de ofício, de sua própria decisão. A previsão legal em tela é reforçada, ainda, pelo art. 574, inciso II, do Código de Processo Penal nos seguintes termos:

> Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:
> [...]
> II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.

Com o advento da Constituição da República de 1988, a constitucionalidade desse recurso de ofício passou a ser questionada, especialmente diante do art. 129, inciso I, do texto constitucional que prevê, como função funcional privativa do Ministério Público, a promoção da ação penal pública, circunstância que tornaria impossível a existência de recurso de ofício, interposto pelo próprio julgador, uma vez que a iniciativa recursal caberia apenas às partes e, especificamente nos casos de absolvição, ao órgão ministerial. Nessa linha de raciocínio, escrevem Marrey, Franco e Stoco (2000, p. 286):

> Quando tenha de decidir por ocasião a pronúncia, poderá o juiz convencer-se, pela prova colhida no processo, da existência de circunstância que *exclua* o crime ou *isente* de pena o réu (Parte Geral/84 do CP, arts. 20, 22, 23, 26 e 28). Nesse caso, o juiz *absolverá* desde logo o acusado, recorrendo de ofício de sua decisão. O recurso terá efeito suspensivo e a instância *ad quem* será o Tribunal de Justiça (CPP, art. 411).
> Contesta-se, entretanto, a pertinência desse recurso oficial, manifestado na própria sentença absolutória, pelo juiz sentenciante. É que, segundo o disposto no art. 129, I, da CF/88, constitui função institucional e *privativa* do Ministério Público promover a ação penal. *Descaberá*, portanto, recurso de ofício, que obrigue ao seu prosseguimento e reexame, substituindo *inexistente recurso* privativo do autor da ação penal pública, quanto se verifique absolvição, pelo juiz de direito, por ocasião da pronúncia.
> Segundo nosso entendimento, é de toda procedência tal orientação.

Entretanto, prevaleceu o entendimento de que o recurso de ofício é constitucional, o que pode ser observado pelo teor da Súmula Criminal nº 09 do TJMG: "Está sujeita a recurso ex officio a sentença que absolver sumariamente o acusado (art. 411 CPP) e a que conceder a reabilitação".

No campo doutrinário, Nucci (2007, p. 703) defende a constitucionalidade do recurso de ofício da decisão de absolvição sumária, sob o prisma do fortalecimento da instituição do júri por meio do duplo grau de jurisdição obrigatório, e afirma:

> O controle das decisões de absolvição sumária, proferidas pelo juiz singular, no processo do júri, é relevante e encontra respaldo constitucional. Registre que a competência para decidir acerca dos crimes dolosos contra a vida é do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, *d*, CF), soberano para dar qualquer destino ao caso (art. 5º, XXXVIII, *c*, CF), de forma que o duplo grau de jurisdição somente fortalece a instituição do júri, não permitindo que sua competência seja esvaziada infundadamente. Se o magistrado absolve sumariamente o réu, é natural que este não apresente recurso, dependendo do representante do Ministério Público o

---

* Artigo apresentado no III Vitaliciar - Escola Judicial Des. Edésio Fernandes - EJEF.

** Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 53

> questionamento da sentença. Se, porventura, o promotor não o fizer, mas estando o juiz equivocado, deixará o Tribunal Popular de emitir sua soberana decisão sobre um delito doloso contra a vida. Assim, cremos existente o "recurso de ofício", justamente para servir de anteparo aos princípios regentes da instituição do júri no Brasil.

Assim, na atual sistemática processual penal, a possibilidade de absolvição sumária nos crimes dolosos contra a vida circunscreve-se às causas de exclusão da ilicitude ou de isenção de pena, estando sujeita, em qualquer hipótese, ao recurso de ofício.

Contudo, a Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, que entrará em vigor sessenta dias após sua publicação, portanto, no dia 10 de agosto de 2008, acabou por alterar a maior parte dos dispositivos que tratavam do procedimento do Tribunal do Júri, com sensíveis alterações no que diz respeito à absolvição sumária.

Nesse sentido, a novel norma jurídica ampliou as hipóteses de absolvição sumária, que passará a abarcar as seguintes circunstâncias, a partir da vigência da nova redação do art. 415 do Código de Processo Penal:

> Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:
> I - provada a inexistência do fato;
> II - provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
> III - o fato não constituir infração penal;
> IV - demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Portanto, a demonstração da inexistência do fato ou de que o réu não agira como autor ou partícipe, ou, ainda, a comprovação de que a conduta imputada ao acusado não constitui crime serão consideradas, com a vigência da nova lei, circunstâncias caracterizadoras de absolvição sumária - e não de impronúncia -, como ocorre atualmente. Permanecem, como na norma ainda vigente, as hipóteses de absolvição sumária decorrentes das causas de exclusão de crime e de isenção de pena.

Por outro lado, no que diz respeito ao presente estudo, há que se considerar um outro ponto, cujo questionamento é trazido pela nova lei: a permanência ou não do recurso de ofício em relação às decisões de absolvição sumária no procedimento do Tribunal de Júri.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que o novo art. 415 do Código de Processo Penal, que vem substituir o art. 411, não menciona, ao tratar da absolvição sumária, a necessidade de reexame necessário da sentença, circunstância que poderia ensejar a conclusão, sem maiores delongas, de que a nova reforma processual penal baniu o recurso de ofício da sistemática do Tribunal do Júri.

Todavia, a questão torna-se controvertida na medida em que a novel legislação manteve o art. 574, inciso II, do Código de Processo Penal, que, como visto anteriormente, prevê o recurso de ofício das decisões de absolvição sumária. Assim, faz-se necessário perquirir se a menção ao recurso de ofício no mencionado dispositivo legal é suficiente para mantê-lo em nosso ordenamento jurídico ou se, ao contrário, as alterações na redação dos arts. 411 e 415 do Código de Processo Penal demonstram, de per si, a abolição do duplo grau de jurisdição obrigatório no procedimento penal dos crimes dolosos contra a vida.

De início, é importante asseverar que a permanência da redação atual do art. 574, inciso II, do Código de Processo Penal constitui, ao que parece, um equívoco da Lei nº 11.689, de 2008, que, em verdade, deveria tê-lo revogado. Realmente, o dispositivo legal mencionado faz alusão ao art. 411, que, com sua nova redação, trata da audiência de instrução - e não mais da absolvição sumária -, circunstância que demonstra o anacronismo da sua manutenção no Código.

Assim, se houvesse real interesse na manutenção do recurso de ofício, caberia à novel legislação alterar, também, o art. 574, inciso II, do Código de Processo Penal, com o fim de remetê-lo ao disposto no art. 415, que passará a cuidar dos casos de absolvição sumária, o que não foi feito.

Junte-se a isso o fato de o art. 416 do Código de Processo Penal, na sua nova redação decorrente da Lei nº 11.689, de 2008, dispor que "contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação".

Constata-se, dessa forma, a menção expressa ao cabimento de recurso voluntário de apelação - e não de recurso de ofício - para os casos de absolvição sumária.

Sobre o tema, escreve Nucci (2008, p. 97-98):

> A atual redação do art. 415 do CPP, tratando da absolvição sumária, omitiu, por completo, qualquer referência ao dever do juiz de remeter ao tribunal, para reavaliação, a sua decisão. Ao contrário, inseriu-se no art. 416 do CPP, expressamente, caber apelação contra a sentença de absolvição sumária. Ora, apelação é um recurso voluntário da parte.
> Poder-se-ia dizer que o *recurso de ofício* permaneceria por força do disposto pelo art. 574, II, do CPP. É evidente que o legislador deveria ter expressamente revogado esse dispositivo. Sem tal previsão, torna-se imperiosa uma interpretação lógico-sistemática do sistema recursal.
> O mencionado inciso II do art. 574 dispõe caber recurso de ofício da decisão 'que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411'. Ora, em primeiro lugar, não mais subsiste o conteúdo do antigo art. 411, substituído que foi pelo art. 415. Observando-se a redação deste último, inexiste qualquer referência ao recurso de ofício. Logo, a remissão feita pelo art. 574, II, do CPP, para dar sustentação ao mencionado recurso de ofício perdeu o sentido.
> Sob outro enfoque, seguindo-se, apenas, o disposto pelo art. 574, II, do CPP, em interpretação literal, somente caberia o recurso de ofício quando houvesse absolvição sumária lastreada em excludente de ilicitude ou de culpabilidade. E os outros três novos casos que comportam a mesma decisão, previstos nos incisos I, II e III, do art. 415?

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 54

> Ficariam privados do recurso de ofício, por ausência de disposição legal a respeito. Eis, nesse contexto, o contra-senso instaurado. Não é possível supor que haja obrigatoriedade de recurso em relação a dois fundamentos da absolvição sumária, mas não se proceda da mesma forma no tocante aos outros três motivos possíveis.
>
> Quer-se deduzir, portanto, que a supressão do recurso de ofício do art. 415 do CPP, substituto do antigo art. 411, esvaziou, por completo, a previsão feita pelo art. 574, II, do CPP.
>
> Enfim, não mais existe o recurso de ofício no contexto da absolvição sumária no procedimento do júri.

Dessa forma, ainda que remanesça a previsão do recurso de ofício no art. 574, II, do Código de Processo Penal, tem-se que o dispositivo em questão se encontra tacitamente revogado, pois, a partir da vigência da Lei nº 11.689, de 2008, não mais existirá no procedimento do júri o reexame necessário das sentenças de absolvição sumária.

Por fim, há que se reconhecer que tal alteração demonstra a intenção do legislador em extirpar da sistemática processual penal brasileira sua anterior índole inquisitória, que ainda permanece em algumas normas esparsas, e privilegiar o sistema acusatório, de matriz constitucional, no qual os atos processuais se encontram repartidos entre os atores da relação processual, e não concentrados, de modo excessivo, na figura do julgador, cabendo exclusivamente às partes, no que diz respeito aos recursos, a iniciativa de provocar a atuação revisora da segunda instância.

Referências bibliográficas

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

_____. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 55

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS
CORTE SUPERIOR

Mandado de segurança - Servidor aposentado - Proventos - Pagamento - Erro da Administração - Devolução dos valores - Boa-fé - Impossibilidade

Ementa: Mandado de segurança. Servidor aposentado. Proventos. Pagamento. Erro da Administração. Devolução dos valores. Boa-fé. Impossibilidade. Segurança concedida.

- Constatado que o erro na forma de pagamento dos proventos decorreu de ato da Administração, não se afigura possível a determinação ao servidor de boa-fé para devolução dos valores já pagos, com desconto em folha, diante dos princípios da estabilidade e segurança jurídicas.

Concedida a segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.08.472399-8/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: Maria das Graças dos Anjos Guimarães Pereira - Autoridade coatora: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. KILDARE CARVALHO

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 CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 13 de maio de 2009. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

PRESIDENTE (DES. CLÁUDIO COSTA) - Está impedido de participar deste julgamento o Des. Alexandre Victor de Carvalho.

DES. KILDARE CARVALHO - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Maria das Graças dos Anjos Guimarães Pereira contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça, que indeferiu requerimento administrativo, por ela formulado, de abstenção de descontos efetuados em seus proventos.

Alega a impetrante que o ato combatido ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que passou a promover descontos em seus proventos referentes a pagamento equivocado do benefício, sem, contudo, o prévio procedimento administrativo. Aduz ainda que não se afigura possível a restituição aos cofres públicos dos valores recebidos por erro da Administração, seja em razão da boa-fé do servidor que nada concorreu para o ato, seja pelo caráter alimentar da verba. Cita julgados que entende aplicáveis à espécie e finaliza requerendo a concessão da segurança, para que seja anulado o ato administrativo que reconheceu erro no cálculo dos valores relativos aos seus proventos, sem observância do devido processo legal, anulando-se, por consequência, os descontos realizados nos seus proventos.

Liminar deferida nos termos da decisão de f. 51/53-TJ.

Informações da autoridade coatora às f.71/78-TJ, argumentando a legalidade do ato perpetrado, uma vez se tratar de "erro operacional da Administração", e não de interpretação equivocada ou má aplicação da lei. Questiona, lado outro, a alegação de boa-fé da impetrante, entendendo que, desde o momento da aposentadoria, era a servidora conhecedora da proporcionalidade de seus proventos. Requer, ao final, a denegação da ordem.

Compulsando o feito, verifica-se que pretende a impetrante, por esta via, anular o ato da Presidência deste Tribunal de Justiça que reconheceu o erro na forma de pagamento dos seus proventos e passou a descontar os valores já pagos.

Extrai-se dos autos que a Diretoria de Pessoal deste órgão, após revisão efetuada nas pastas funcionais dos servidores da segunda instância para encaminhamento ao Tribunal de Contas, constatou que, desde a aposentadoria da impetrante, publicada em 05.03.1998 com efeitos retroativos a 04.02.1998, eram a ela creditados proventos integrais, ao invés de proporcionais, como de direito.

Segundo o Ofício nº 15/2001,

> [...] por um lapso, desde a época da aposentadoria, ou seja, 04.02.98, não consideramos esta proporcionalidade para efeitos de remuneração, que, até março de 2001, vem sendo creditada integralmente.

Foi apurado o débito de R$ 96.732,54 (noventa e seis mil setecentos e trinta e dois reais e cinquenta e quatro centavos), valor que, fracionado em 10% dos proventos, passou a ser descontado mensalmente no benefício da requerente.

Em novembro de 2007, a impetrante formulou requerimento administrativo, no qual sustenta a ilegalidade dos descontos, haja vista que o erro teria sido exclusivo da Administração, pleiteando, ao final, a cessação dos débitos a título de reposição em sua folha de

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 56

pagamento, bem como a devolução das quantias já recolhidas.

O pedido foi indeferido pelo digno Presidente deste Tribunal, originando o presente *mandamus*.

No entanto, à luz dos preceitos orientadores contidos na Súmula nº 106 do Tribunal de Contas da União, tenho entendido que não são obrigatórios os descontos, para fins de repetição, de importâncias recebidas de boa-fé pelos servidores.

Com efeito, percebe-se que a impetrante em nada contribuiu para o errôneo cálculo dos proventos por ela percebidos, até porque tal cálculo é efetuado com base em interpretação do próprio órgão público.

In casu, os princípios da segurança jurídica e da boa-fé sobrepõem-se ao interesse patrimonial da Administração, de forma a preservar a estabilidade das relações jurídicas.

Vale dizer, no caso, o gozo da aposentadoria já estava se dando há certo tempo, o que confere um caráter de estabilidade ao ato revisto pelo coator, ensejando ofensa aos princípios da segurança jurídica e da lealdade, também entendida por proteção da confiança dos administrados.

A respeito, a lição doutrinal de Gomes Canotilho:

> Estes dois princípios - segurança jurídica e proteção da confiança - andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que, em relação a eles, o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder - legislativo, executivo e judicial.

A jurisprudência já se manifestou acerca da questão dos autos:

> Processual civil. Administrativo. Servidor público. Valores pagos indevidamente pela Administração. Restituição. Não-cabimento. Matéria pacífica no STJ. Recurso especial conhecido e improvido.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça, revendo seu posicionamento, firmou o entendimento no sentido de que, nos casos em que o pagamento indevido foi efetivado em favor de servidor público, em decorrência de interpretação equivocada ou de má aplicação da lei por parte da Administração e havendo o beneficiado recebido os valores de boa-fé, mostra-se indevido o desconto de tais valores.
> 2. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp 663831/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* de 27.02.2007.)

> Administrativo. Agravo regimental. Pagamento indevido efetuado pela Administração e recebido de boa-fé pelo servidor. Restituição dos valores. Inviabilidade. Nova orientação desta Corte. - Firmou-se o entendimento, a partir do julgamento do REsp nº 488.905/RS, por esta Quinta Turma, no sentido da inviabilidade de restituição dos valores erroneamente pagos pela Administração - em virtude de desacerto na interpretação ou má aplicação da lei - quando verificada a boa-fé dos servidores beneficiados. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no Ag nº 785552/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, *DJ* de 21.11.2006.)

Assim, não há falar em devolução dos valores já pagos à impetrante desde a sua aposentadoria, em 1998, por não ter a mesma em nada concorrido para a aventada irregularidade no pagamento do benefício.

Diante de tais considerações, concedo a segurança rogada, para reconhecer a nulidade dos descontos efetuados nos proventos da impetrante, a título de "reposição ao TJMG".

Sem honorários, nos termos das Súmulas nº 105 do STJ e nº 512 do STF.

DESEMBARGADORES BRANDÃO TEIXEIRA, ALVIM SOARES, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, WANDER MAROTTA, CAETANO LEVI LOPES, AUDEBERT DELAGE, NEPOMUCENO SILVA, MANUEL SARAMAGO, RONEY OLIVEIRA, HERCULANO RODRIGUES, ALMEIDA MELO, JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES, JANE SILVA, BELIZÁRIO DE LACERDA, PAULO CÉZAR DIAS, VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE e SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - De acordo.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 57

Responsabilidade civil - Dentista - Tratamento odontológico imperfeito - Obrigação de resultado - Dano moral - Dano material - Indenização devida

Ementa: Responsabilidade civil do dentista. Tratamento odontológico imperfeito. Obrigação de resultado. Danos morais e materiais. Indenização devida.

- Verificada a imperfeição do tratamento odontológico, mediante dados concretos, completos e a convencer da existência de ato ilícito, moldado em ação/omissão do profissional, resta configurada a responsabilidade indenizatória. Com relação aos cirurgiões-dentistas, mesmo que em alguns casos se possa dizer que a sua obrigação é de meio, na maioria das vezes apresenta-se como obrigação de resultado.

Preliminar rejeitada e recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0549.05.001623-3/001 - Comarca de Rio Casca - Apelante: Clidec - Clínica Dentária Especializada Cura D'Ars Ltda. - Apelada: Dalva Vieira da Silva - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de maio de 2009. - *Pereira da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEREIRA DA SILVA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Clidec - Clínica Dentária Especializada Cura D'Ars Ltda. contra a sentença proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Rio Casca, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, nos autos de uma ação de indenização proposta por Dalva Vieira da Silva.

A sentença condenou a requerida a pagar à requerente a importância de R$4.000,00, a título de danos materiais, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de 1% ao mês, desde a citação, bem como R$2.500,00 a título de danos morais, com juros de 1% ao mês, a partir da sentença.

Inconformada, a ré apelou às f. 322/350 e, em suas extensas razões, requer, preliminarmente, a apreciação do agravo retido interposto. No mérito, aduz que, ao contrário do afirmado na sentença, a obrigação do cirurgião dentista é de meio, e não de resultado.

Alega que, no presente caso, trata-se de responsabilidade subjetiva, e se tratando de responsabilidade odonto-cirúrgica, por inadimplência contratual, não basta que o tratamento não tenha produzido o efeito esperado, sendo indispensável a prova de ter havido conduta negligente, imprudente ou imperita, por parte do profissional, para a busca de sua responsabilidade civil.

Assevera que houve culpa exclusiva da autora para ocorrência do dano, uma vez que inúmeras consultas foram canceladas, como demonstra relatório acostado junto com a contestação, e o mau resultado pode resultar de situações adversas do profissional, como ausência de consultas e negligência da própria paciente.

Afirma que o laudo oficial referendou as faltas e o abandono do tratamento por parte da requerente, destacando os danos que a descontinuidade e a interrupção do tratamento podem causar ao paciente.

Destaca a impossibilidade, no presente caso, da inversão do ônus da prova, visto a ausência dos pressupostos para tanto.

Requer, por fim, a reforma da sentença no tocante à distribuição dos ônus de sucumbência, sendo que os honorários periciais não foram analisados na mesma proporção, não devendo a ré ressarcir em sua integralidade.

Contrarrazões apresentadas às f. 256/271.

Este, o breve relatório.

Passo a analisar as razões recursais.

Conheço do recurso, por se encontrarem presentes todos os pressupostos de admissibilidade.

Passo, em seguida, ao exame da preliminar.

Preliminar: agravo retido.

Pleiteia a agravante que seja apreciado o agravo retido interposto, sendo que o MM. Juiz denegou o pedido de indeferimento da inicial, por alegada inépcia.

Alega a agravante que a petição inicial é de tal forma confusa, impedindo o manejo de uma defesa hígida. Entretanto, razão não lhe assiste.

Observo que a peça inicial apresenta todos os requisitos relacionados no art. 282, do CPC, tendo os fundamentos de fato e de direito, coerência e lógica, possibilitando, portanto, plena condição para elaboração de peça de defesa.

Entendo, ainda, que o feito se encontrava na fase saneadora, sendo a decisão das preliminares medida que se impõe, não havendo que se falar em decisão equivocada proferida em audiência pelo magistrado.

Sem maiores delongas, mantenho a decisão de f. 237 dos autos e, assim, rejeito a preliminar suscitada.

Mérito.

Conclui-se cingir a controvérsia à responsabilidade civil do profissional, dentista, e primeiramente deve-se reconhecer a existência de relação de consumo entre as partes, já que a apelada presta serviços aos seus clientes.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 58

Evidenciada a relação de consumo, são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor, inclusive com a adoção da responsabilidade objetiva do prestador de serviços, que é a empresa apelada.

Assim, não é necessária a apuração de culpa na conduta da requerida para que se configure sua responsabilidade indenizatória por dano causado ao consumidor.

Uma vez configurada a relação de consumo, restam presentes os requisitos do inciso VIII do art. 6º do CDC, que condicionam a inversão do ônus da prova, quais sejam verossimilhança das alegações ou hipossuficiência, mediante a vulnerabilidade técnica e econômica do consumidor.

O inciso VIII do art. 6º do mencionado Código deve ser entendido como uma forma de orientação para o magistrado, quando da avaliação dos elementos trazidos aos autos, no momento do julgamento da ação.

A inversão ora debatida serve, dessa forma, como regra de julgamento, que não afasta, por si, a norma processual geral contida no art. 333 do Código de Processo Civil, apenas isentando o consumidor de evidenciar o nexo de causalidade entre o fato articulado e o dano reclamado, de sorte a transferir à parte contrária somente o ônus quanto à contraprova.

Lado outro, importante ressaltar sobre a natureza da obrigação dos cirurgiões-dentistas, e a melhor doutrina assenta que:

> [...] a obrigação de resultado mais se evidencia quando se cuide de tratamento dentário que envolva a colocação de prótese, restauração, limpeza, etc., voltadas para o aspecto estético (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 172).

Guimarães Menegale, citado por Aguiar Dias, observa com propriedade que o compromisso profissional do cirurgião-dentista envolve mais acentuadamente uma obrigação de resultados porque:

> A patologia das infecções dentárias corresponde a etiologia específica e seus processos são mais regulares e restritos, sem embargo das relações que podem determinar com desordens patológicas gerais; conseqüentemente, a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito mais definidas e é mais fácil para o profissional comprometer-se a curar (Responsabilidade profissional do cirurgião-dentista, in *RF* 80/47, Aguiar Dias, ob. cit., p. 332, n. 121).

Nesse sentido, a jurisprudência é majoritária nos nossos tribunais:

> Responsabilidade civil de dentista - Cirurgia dentária - Trabalho dentário imperfeito - Obrigação de resultado - Responsabilidade objetiva - Laudo pericial - Dano moral - Indenização - Arbitramento.
> Responsabilidade civil de cirurgião-dentista. Cirurgia bucal para implante dentário. Resultado insatisfatório, obrigando o paciente a recorrer a outro profissional para cirurgia reparatória. - A locação de serviços técnicos configura contrato de resultado. Não alcançado o fim colimado, fica o locador obrigado a compor danos emergentes. É a chamada responsabilidade contratual, ou objetiva, que exclui a discussão acerca da eventual culpa aquiliana, de resto incomprovada na hipótese. Dano moral. No arbitramento do valor indenizatório, deve prevalecer o princípio da moderação, não devendo o ressarcimento transformar-se em fonte de lucro (TJRJ, Apelação Cível nº 7068/95. Rel. Des. Luiz Carlos Motta, j. em 27.02.96).

Pois bem, no caso em questão, a autora impõe à ré a responsabilidade sobre o dano ocorrido no tratamento odontológico realizado por esta, e, a meu ver, razão lhe assiste.

Conforme se vê, o perito afirma com clareza que a ré apresentou um prontuário incompleto, o que dificultou o exame pericial, sendo que é dever do profissional elaborar fichas clínicas e conservá-las em arquivo próprio.

Observo que a ré não cuidou de juntar o prontuário completo, nem mesmo os exames radiológicos da paciente, não afastando sua obrigação de indenizar, visto que não conseguiu provar, como devia, que não concorreu para o dano causado à requerente.

Ora, ademais, ainda que não tenha restado confirmado pelo laudo apresentado que o dano ocasionado à autora esteja relacionado ao tratamento realizado pela ré, resta evidente, conforme fotografias juntadas às f. 69/72, que houve a ocorrência do dano, com a existência de fixação de pinos metálicos intracanais pouco retentivos.

No que tange a alegação da ré de que a autora teria culpa para ocorrência do evento danoso por ter-se ausentado a diversas consultas, entendo, também, que seu inconformismo não prospera. Segundo consta nos autos, a autora compareceu a 104 consultas entre o período do 2º semestre do ano de 1997 e o 2º semestre de 2002.

Portanto, assim como consignado pelo ilustre Juiz em seu trabalho decisório de f. 312, percebo que é de se concluir que:

> [...] demonstrado o dano causado à autora e o nexo de causalidade, percebem-se falhas no tratamento odontológico realizado pela empresa ré, devendo ser condenada à restituição do valor gasto pela autora com o tratamento mal sucedido.

Por fim, no tocante aos ônus de sucumbência, a decisão não merece reforma, uma vez que é inegável que arcará com o valor da perícia quem nela sucumbiu.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso aviado, para manter, integralmente, o trabalho decisório de primeiro grau de jurisdição, que bem aplicou o Direito ao caso concreto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CABRAL DA SILVA e ELECTRA BENEVIDES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 59

Execução fiscal - Bem de família - Residência da entidade familiar - Penhora - Impossibilidade - Parte comercial do imóvel - Possibilidade de constrição

Ementa: Direito processual civil. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Bem de família. Residência da entidade familiar. Penhora. Impossibilidade. Parte comercial do imóvel. Possibilidade de constrição. Recurso parcialmente provido.

- Nos termos do art. 1º da Lei 8.009/90, é impenhorável a residência do casal, mas, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, admite-se a penhora da parte comercial do imóvel, mesmo sem que haja matrículas distintas, prevalecendo como bem de família apenas a parte residencial.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0016.98.003992-5/001 - Comarca de Alfenas - Agravantes: José Wurtemberg Manso e sua mulher - Agravada: Fazenda Pública do Município de Alfenas - Relator: DES. MOREIRA DINIZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 21 de maio de 2009. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de agravo de instrumento (f. 13/18) aviado por José Wurtemberg Manso, contra decisão (f. 42/45) do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Alfenas, que, nos autos de uma execução fiscal promovida pelo Município de Alfenas, manteve a penhora do imóvel do recorrente.

O agravante alega que reside no imóvel penhorado há mais de vinte anos; que não possui outro imóvel para residir; que o imóvel é impenhorável; que o próprio exequente reconhece que a residência do autor se localiza na Rua Joaquim Guarda, 156, tanto que requereu a citação no referido endereço.

À f. 67, o efeito suspensivo foi indeferido, e a emenda de f. 65 não foi conhecida.

O art. 1º da Lei 8.009/90 dispõe:

> 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.

O dispositivo é claro no sentido de que a residência do executado é impenhorável. Mas, para que haja a proteção prevista na lei, é necessária a comprovação de que se trata, de fato, da residência da entidade familiar.

No caso, o próprio exequente requereu a citação do executado na Rua Joaquim Guarda, 156. Portanto, desde o ajuizamento da execução, o credor tinha conhecimento de que o devedor residia naquele endereço.

Por outro lado, o fato de o executado possuir outros imóveis não exclui a garantia de impenhorabilidade de sua residência, mesmo porque os demais imóveis não são utilizados como residência alternativa, não se aplicando o disposto no art. 5º da Lei 8.009/90. Ressalte-se que a penhora não pode recair sobre a residência da entidade familiar, mas a Lei 8.009/90 não impede que recaia sobre a parte comercial do imóvel em que reside o devedor.

Nesse sentido, Theotônio Negrão, em comentário ao art. 1º da Lei 8.009/90, cita decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] admitindo a penhora da parte comercial do imóvel, mesmo sem que haja matrículas distintas, prevalecendo como bem de família apenas a parte residencial: STJ-3ª Turma, REsp 515.122/RS, Rel. Menezes Direito, j. em 16.12.03, deram provimento, v.u, *DJU* de 29.3.04, p. 233 (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.209).

No caso, o próprio executado reconhece que parte do imóvel foi reformada e transformada em lojas. Aliás, é o que se constata nas fotos de f. 49. Assim, é certo que a referida parte do imóvel pode continuar penhorada, excluindo-se, tão somente, a parte em que residem o devedor e sua família.

Com tais apontamentos, dou parcial provimento ao agravo, para excluir da penhora a parte do imóvel em que residem o agravante e sua família, permanecendo a constrição sobre a parte do imóvel utilizada para fins comerciais.

Custas recursais, 60% pelo agravante; suspensa a exigibilidade, ante os termos da Lei 1.060/50. O restante fica a cargo do agravado, que é isento, por força de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e ALMEIDA MELO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 60

Passagem forçada - Imóvel rural - Encravamento causado pelo alienante - Obrigatoriedade de passagem pela área remanescente - Confrontante - Ilegitimidade passiva - Art. 1.285 do Código Civil - Voto vencido

Ementa: Ação de passagem forçada. Encravamento do imóvel rural causado pelo alienante. Obrigatoriedade de passagem pela área remanescente. Polo passivo pretensamente imposto ao confrontante. Ilegitimidade passiva configurada. Inteligência do art. 1.285 do Código Civil.

- A ação que visa à passagem forçada de imóvel rural encravado não pode ter no polo passivo o confrontante, se a situação de encravamento decorreu da alienação de parte de outra gleba rural, quando há saída do prédio remanescente para a via pública.

- V.v.: - Ação ordinária. Agravo retido. Preliminares rejeitadas. Servidão de passagem. Sentença mantida. - O indeferimento de intimação do perito, para prestar esclarecimentos, revela cerceamento de defesa somente se as questões a serem esclarecidas forem de absoluta relevância para a decisão da demanda, cabendo destacar que instruir e julgar o litígio não representam simples faculdade conferida ao magistrado, mas verdadeira imposição da Lei Adjetiva, aplicável sempre que haja provas a serem produzidas na espécie, sob pena de inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa consagrados no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

- As questões incidentais já decididas nos autos, contra as quais as partes não se manifestaram, consubstanciam-se em coisa julgada formal, doutrinariamente classificadas como preclusão, sobre as quais, no mesmo processo, não cabe mais decisão em contrário.

- A servidão de passagem decorrente do exercício aparente e continuado de determinado local se assenta na utilidade e necessidade de um prédio encravado ter acesso às vias públicas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0604.07.004859-9/001 - Comarca de Santo Antônio do Monte - Apelante: Lamar Engenharia e Comércio Ltda. - Apelado: Afonso Lino Martins dos Santos - Relator: Des. Otávio Portes - Relator para o acórdão: 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, EM ACOLHER A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA SUSCITADA, DE OFÍCIO, PELO VOGAL, REPOSICIONANDO-SE O RELATOR E O REVISOR, E EXTINGUIR O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2009. - *José Marcos Vieira* - Relator para o acórdão. - *Otávio Portes* - Relator vencido.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Orlando Gomes Gonçalves.

DES. OTÁVIO PORTES - Reunidos os pressupostos necessários à admissibilidade recursal, conhece-se do apelo.

Trata-se de ação de servidão de passagem proposta por Afonso Lino Martins dos Santos em face de Lamar Engenharia e Comércio Ltda., alegando que adquiriu da empresa requerida o imóvel descrito na exordial e que o mesmo se encontra encravado, não havendo passagem para vias urbanas, pugnando, assim, pelo estabelecimento de seu direito de passagem, arcando a ré com os encargos de sucumbência.

O MM. Juiz de primeiro grau (f. 144/151) julgou procedente o pedido, obrigando a ré a dar o acesso reclamado pelo autor à via pública, conforme laudo pericial juntado aos autos, sendo indenizado pelo suplicante de eventual prejuízo que lhe advenha com a abertura do caminho, arcando o requerido com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa.

Inconformada, apela Lamar Engenharia e Comércio Ltda. (f. 153/163), requerendo a apreciação de agravo retido interposto nos autos e alegando preliminar de coisa julgada. No mérito, aduz que a certidão imobiliária acostada revela que não existia encravamento do imóvel quando foi adquirido. Salienta que tal passagem foi obstruída e houve ação de reintegração de posse que teve a finalidade de sua desobstrução, sendo julgada improcedente, o que revela coisa julgada material sobre o assunto. Afirma que o douto Juiz de primeiro grau se valeu indevidamente de prova produzida na ação de reintegração de posse para decidir o presente feito, mesmo sem demonstração do encravamento do imóvel em objeto, concluindo a prova pericial por ser mais onerosa para as partes a solução adotada na decisão ora combatida, pugnando, assim, pela sua reforma.

Contrarrazões recursais às f. 166/171.

Agravo retido - cerceamento de defesa.

A propósito do alegado no agravo retido de f. 121/123, importa registrar que a ampla defesa constitui princípio basilar do ordenamento jurídico, consignando o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 61

acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Consoante dispõe o Código de Processo Civil, o julgamento da lide conforme o estado do processo, ou a dispensa de determinadas provas pretendidas pelas partes, mostra-se cabível apenas se estas se apresentarem desnecessárias ou irrelevantes, ou porque a questão de mérito é unicamente de direito, inexistindo qualquer controvérsia fática na espécie, ou quando, apesar da existência de matérias de fato, as mesmas não dependam de prova oral, pericial ou quaisquer outros esclarecimentos.

Efetivamente, consubstancia requisito imprescindível para que se permita o *decisum* antecipado, previsto no art. 330 do mencionado diploma legal, que o Magistrado, logo após o encerramento da fase postulatória, encontre-se em condições de julgar, seguramente, o mérito da causa, o que ocorreu na espécie.

Nota-se que a prova pericial deixou devidamente evidenciada a situação de encravamento do imóvel em objeto, bem como o que seria necessário para a solução menos onerosa da questão, direcionando o caminho a ser percorrido pela servidão de passagem.

Os esclarecimentos pretendidos às f. 115/117 não trariam de fato qualquer relevância para o julgamento do feito, mormente porque restou claro que se tratava da distância de 139,62 metros mencionada no laudo, vale dizer, maior distância a ser percorrida pela servidão com a solução encontrada pelo perito do que se passasse por outras terras que não as da ré.

Todavia, ainda que maior a servidão a ser efetuada com a solução encontrada pelo perito, menor custo teria, tendo em vista as situações dos terrenos vizinhos.

Também deixou claro o *expert* as questões relacionadas à preservação da mata existente no terreno da suplicada, inexistindo necessidade dos citados esclarecimentos, sendo certo que as outras questões mencionadas são estranhas à decisão da lide.

Dessa forma, nega-se provimento ao agravo retido e passa-se à análise das preliminares constantes da apelação.

Preliminares de ofensa à coisa julgada e ao art. 268 do CPC.

Nesse sentido, faz-se necessário destacar, antes de mais nada, que as referidas preliminares foram analisadas e rejeitadas pelo douto Juiz de primeiro grau à f. 60, não tendo havido qualquer recurso a respeito pelas partes, conforme certidão de f. 61.

Assim, já tendo as matérias sido decididas nos autos, sem recurso a respeito ofertado pelos interessados, formou-se coisa julgada formal, estando preclusa a oportunidade de rediscussão das matérias nos presentes autos.

Saliente-se que o art. 467 do Código de Processo Civil determina que a decisão anteriormente proferida no feito, sobre a qual não tenha havido recurso das partes, perfaz-se em coisa julgada, sendo formal, se não o decidiu através de sentença de mérito, ou material neste último caso, ambas revelando posicionamento imutável, ainda que por um ato legislativo posterior.

Nesse sentido, a lição de Sérgio Sahione Fadel:

> a coisa julgada 'certa ou errada' é imutável, ou seja, não poderá de nenhum modo ser alterada, ampliada ou restringida. Tem força de lei, de título oponível a quem quer que seja; deve ser obrigatoriamente acatada e cumprida. Outro requisito da coisa julgada é a sua indiscutibilidade, o que afasta novas indagações e divagações acerca de seu alcance, da justiça ou injustiça de suas conclusões, enfim de sua forma e de seu fundo (*Código de Processo Civil comentado*, III, p. 37).

Do mesmo teor, a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Coisa julgada formal é a inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida. Ocorre a coisa julgada formal quando a sentença não mais está sujeita a recurso ordinário ou extraordinário [...], quer porque dela não se recorreu; quer porque se recorreu em desacordo com os requisitos de admissibilidade dos recursos ou com os princípios fundamentais dos recursos; quer, ainda, porque foram esgotados todos os meios recursais de que dispunham as partes e interessados naquele processo. A denominação coisa julgada formal é equívoca, mas se encontra consagrada na doutrina. Trata-se, na verdade, de preclusão e não de coisa julgada [...] As sentenças proferidas com base no CPC 267 são atingidas somente pela preclusão (coisa julgada formal), mas não pela coisa julgada material, que só alcança as sentenças de mérito, isto é, as que encerram o processo nos casos do CPC 269 ou as decisões que têm como conteúdo as matérias constantes do rol do CPC 269 (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, p. 789).

Essa a posição da jurisprudência:

> Ementa: Ação reivindicatória - Preliminar de coisa julgada - Limite. - A coisa julgada formal e a material têm campo distinto de abrangência: a primeira torna imutável o comando da sentença no mesmo processo; a segunda impede que a relação de direito material já decidida seja decidida noutro feito, possuindo, entretanto, traço em comum: a imutabilidade que consagram refere-se às mesmas partes; a coisa julgada formal porque ocorre no âmbito do mesmo processo, enquanto a coisa julgada material verifica-se em processo diverso, mas também entre as mesmas partes (Apelação Cível nº 0275.359-3, TAMG, 3ª Câmara Cível, Rel. Juiz Wander Marotta, j. em 10.03.99).

> Embargos à arrematação - Penhora - Bem de família - Nomeação pelo devedor - Irregularidade na avaliação - Coisa julgada formal - Lanço - Preço vil - Não ocorrência - Edital - Anulação - Arrematante - Legitimidade ativa. - A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão dentro do mesmo processo por falta de meios de impugnação possíveis, e de sua existência decorre a impossibilidade de reapreciação de matéria já dirimida. Conquanto não fixe o Código de Processo Civil um parâmetro para que se caracterize a vileza do lanço, o preço que se oferece em hasta pública deve merecer balizamento razoável, podendo-se per-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 62

> feitamente entender como válido o que atingiu o patamar de 60% do valor da avaliação. O arrematante, e só ele, tem legitimidade para pleitear a anulação da arrematação com fulcro na inobservância do art. 686, V, do CPC (Apelação Cível nº 0434.770-0, TAMG, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Domingos Coelho, j. em 05.05.04).

Dessa forma, por inércia da parte interessada em apresentar recurso contra a decisão que rejeitou a alegação de existência de coisa julgada material e ofensa ao art. 268 do CPC, tornou-se preclusa a presente manifestação a respeito, pelo que se rejeitam também estas preliminares e passa-se ao exame do mérito da apelação.

Mérito.

A fim de dirimir a lide, assinala-se que revelam os autos a inexistência de passagem do terreno adquirido pelo autor para as vias públicas locais, sendo necessária a instituição de servidão forçada.

Sobre o assunto, leciona Caio Mario da Silva, reportando-se às lições de Lafayette e De Page, *in verbis*:

> nem sempre reunindo o prédio em si todas as condições de que o proprietário há mister, nasce a necessidade da constituição de direitos, por efeito dos quais uns prédios servem aos outros. E, se uma ampliação conceitual permite classificá-las como restrições aos direitos do proprietário, determinação mais rigorosa, aplicada às servidões propriamente ditas, proclamam que elas resultam da necessidade ou da conveniência do comércio social (*Instituições*, p. 210/211).

Advém dessa conceituação de que a existência da servidão se encontra condicionada a uma necessidade do prédio dominante, entendimento este consolidado no art. 704 do Código Civil e na doutrina, que a sua presença não pressupõe nem exige a inexistência de outra saída ou acesso para ser instituída, podendo, ainda, ser imposta a um prédio para tornar um outro mais útil, mais profícuo, mais cômodo, conforme explicitado por Carvalho dos Santos (*Código Civil interpretado*, v. IX/105) e assinalado por Arnaldo Rizzardo, *in verbis*:

> Na servidão de trânsito, as causas de instituição são diversas e podem se assentar na utilidade ou mera facilidade. Tanto que, na maioria das vezes, é estabelecida convencionalmente. Não requer a inexistência de outro caminho para atingir-se um prédio distinto ou via pública (in *Das servidões*, p. 206).

Nota-se das lições expostas que não necessariamente deve ser adotada a servidão que seja menos onerosa para as partes, devendo ser realizada aquela que se torne mais útil ou ainda mais cômoda para o interessado.

Assim, independentemente de haver menor distância a ser percorrida pela servidão no terreno vizinho ao da requerida, de um senhor chamado Juarez, do que no terreno da própria ré, como consta da prova pericial, tal solução não se revelou mais adequada, tampouco menos gravosa para as partes e para o meio ambiente em que vivem e devem preservar, haja vista a existência de mata nativa no local em questão.

Concluiu a prova pericial que, caso não fosse instituída a servidão de passagem no terreno da empresa suplicada, deveria haver uma passagem no córrego da divisa com o Sr. Juarez, com seu manilhamento em 18,80 metros, para escoamento natural do córrego e captação de águas pluviais, e correção da estrada em função de desnível do terreno, o que geraria um custo de R$ 9.521,00, contra o custo de apenas R$ 1.892,00 com a solução encontrada pelo perito.

Dessa forma, constata-se que a solução adotada pela sentença de fato se revela melhor e mais cômoda, tanto para as partes quanto para a preservação do meio ambiente, haja vista que não necessitará a nova estrada de derrubada de mata nativa, mas apenas poda de alguns galhos, como ressaltado pelo *expert*.

Saliente-se, finalmente, que as demais questões abordadas pelo recurso são estranhas à solução da lide, relativas ao preço pago pelo autor pelo terreno em objeto ou possível conluio com o vendedor por motivos não revelados, somente interessando estar de fato o imóvel do autor encravado e ser necessária a instituição de passagem forçada pelo terreno da suplicada, o que ora se verificou.

Mediante tais considerações, nega-se provimento ao recurso, para que seja mantida sentença, por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

DES. WAGNER WILSON - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL. O RELATOR E O REVISOR NEGAVAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITAVAM AS PRELIMINARES E NEGAVAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela apelante, o Dr. Orlando Gomes Gonçalves.

DES. BATISTA DE ABREU (PRESIDENTE) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 15.04.2009, a pedido do Vogal. O Relator e o Revisor negavam provimento ao agravo retido, rejeitavam as preliminares e negavam provimento à apelação.

DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA - Pedi vista dos autos na sessão de julgamento do dia 15.04.2009, após a sustentação oral, para melhor examinar os pontos levantados da tribuna.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 63

Diante disso, suscito, de ofício, preliminar de ilegitimidade passiva da apelante, pois, tratando a lide em debate de ação de passagem forçada, tenho que a ré não poderia ter figurado no polo passivo da demanda. É que o imóvel rural fora adquirido pelo autor, ora apelado, do Sr. Juarez Luiz da Silva (f. 09-TJ - escritura e f. 86-TJ - levantamento planialtimétrico), como desmembramento de gleba do vendedor, cuja área remanescente continuou com saída para a via pública (cf. f. 86-TJ), e que vendeu a gleba de terra ao autor apelante, de modo a torná-la encravada.

Foi como, aliás, reconhecido pelo próprio Julgador monocrático (f.147-TJ), ao transcrever depoimento testemunhal do Dr. Adalberto José Rodrigues: que, da área vendida [pelo Dr. Adalberto José Rodrigues] para o Dr. Juarez, ele [este] destacou uma fração que vendeu para o autor. O vendedor do terreno ao autor, pelo que está bem caracterizado, realizou o desmembramento da área vendida.

Mais enfaticamente, foi como reconhecido pelo mesmo Julgador monocrático, em sua sentença do outro processo (nº 1.0604.07.004859-9.001), em que julgada improcedente a reintegração de posse de servidão pelo terreno da ré, ora apelante, conforme transcrição na sentença apelada (f. 146-TJ): o autor comprou no ano de 2005 13 (treze) hectares de terras que foram desmembrados da propriedade rural do vendedor, o Dr. Juarez Luiz da Silva, empresário e advogado desta cidade. O Dr. Juarez para transitar no percurso que vai até à sua fazenda nunca se utilizou de estrada que passasse pelas terras da ré. Tinha e tem caminhos garantidos.

Ocorre, porém, que a sentença apelada passou de tal premissa, verdadeira, a uma suposição, *d.v.*, impertinente e a uma conclusão, *d.v.*, equivocada.

Eis a suposição (f. 147-TJ): possível, até, que tenha realizado a venda dessa área devido à impossibilidade de acesso a ela. (Note-se que, no Processo nº 1.0079.06.-000352-1, restou provada a possibilidade de acesso à área do autor apelado, quando pertencente ao vendedor, pela área remanescente. Logo, a impossibilidade de acesso é suposição impertinente.)

Eis a conclusão (f. 151-TJ): garantindo ao autor o direito de acesso, caberá a este arcar com os custos da empreitada e indenizar os eventuais prejuízos que experimente o réu pela volta do caminho.

Data venia, não cabe a volta do caminho, mesmo ante a inexistência de coisa julgada ante a possessória improcedente, a qual, é verdade, não excluiria, por si só, a passagem forçada, mesmo inexistente ou extinta pelo desuso a servidão de passagem. Não cabe a volta do caminho, simplesmente porque quem haveria de suportar a passagem forçada é o vendedor da fração desmembrada, aquele que, ao promover o desmembramento, transferiu ao autor apelado uma fração encravada.

Assim, impõe-se a observância do disposto no art. 1.285 do Código Civil, que disciplina o instituto da passagem forçada, sendo de salientar que os respectivos §§ 2º e 3º, indisputavelmente aplicáveis à espécie, excluem a aplicação do § 1º, *in verbis*:

> Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário.
> § 1º Sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem.
> § 2º Se ocorrer alienação parcial do prédio, de modo que uma das partes perca o acesso a via pública, nascente ou porto, o proprietário da outra deve tolerar a passagem.
> § 3º Aplica-se o disposto no parágrafo antecedente ainda quando, antes da alienação, existia passagem através de imóvel vizinho, não estando o proprietário deste constrangido, depois, a dar uma outra.

Dessarte, não pode a apelante ser parte legítima para figurar no polo passivo da lide que visa a dar passagem forçada ao apelado, uma vez que a situação do encravamento decorreu da alienação de parte da gleba rural pertencente ao confrontante Juarez Luiz da Silva, cujo imóvel, antes da alienação, não se encontrava encravado.

Com efeito, se o alienante da gleba de terra foi quem ocasionou o encravamento do imóvel do apelado, é ele que deveria tolerar a passagem do atual adquirente, por força do disposto no art. 1.285, § 2º, do Código Civil retrotranscrito.

A propósito, a questão debatida nos autos é a hipótese tratada na doutrina de Pontes de Miranda, com a antevisão de tê-la produzido sob o Código Bevilácqua, embora na linha do Código Reale, de regra mais precisa (e cogente) sobre a matéria:

> Se o dono do imóvel aliena parte desse, de modo que fica a parte que não vendeu, tornada *res*, sem saída, é ao prédio que vendeu e não ao de outrem que há de reclamar passagem forçada. Se à parte que vendeu é que falta saída, ao prédio do vendedor é que há de a reclamar o prédio do comprador (*Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, tomo XIII, p. 330).

À luz de tais considerações, suscito *ex officio* a preliminar de ilegitimidade passiva e julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, invertidos os ônus sucumbenciais.

Custas recursais, pelo apelado.

DES. OTÁVIO PORTES - Rejeito a preliminar levantada pelo Des. José Marcos Vieira, porque entendo que a Lamar é parte legítima para compor o feito.

DES. WAGNER WILSON - Recebi a divergência e confesso que, embora tenha tentado, não tive acesso aos autos e peço vista para apreciar esta preliminar.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR QUANTO À PRELIMINAR SUSCITADA, DE OFÍCIO, PELO VOGAL APÓS O RELATOR REJEITÁ-LA.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 64

Notas taquigráficas

DES. BATISTA DE ABREU (PRESIDENTE) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 20.05.2009, a pedido do Revisor quanto à preliminar suscitada, de ofício, pelo Vogal após o Relator rejeitá-la.

DES. WAGNER WILSON - Em reposicionamento de voto, estou de acordo com o Vogal, acolhendo a preliminar.

DES. OTÁVIO PORTES - Em reposicionamento de voto, também estou acompanhando o Vogal.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA SUSCITADA, DE OFÍCIO, PELO VOGAL, REPOSICIONANDO-SE O RELATOR E O REVISOR, E EXTINGUIRAM O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

...

Perícia - Requerimento pelo Estado - Realização pela Central de Perícias - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Prova pericial requerida pelo Estado. Realização pela central de perícias. Possibilidade.

- Embora não exista previsão acerca da utilização pelo Estado da Central de Perícias sem o devido pagamento de honorários, mostra-se razoável a realização da prova requerida, sem ônus para o ente público, haja vista ser o próprio Estado quem custeia o funcionamento da referida central.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.08.008693-7/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Estado de Minas Gerais - Agravado: José Augusto Ferreira - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2009. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - O Estado de Minas Gerais agrava de parte da r. decisão de f. 29-TJ, que, em autos de ação ordinária contra si ajuizada, determinou que o recorrente arcasse com os ônus da prova pericial por ele requerida, por entender que a prova não poderá ser realizada pela Central de Perícias, já que o Estado recorrente não é amparado pela gratuidade.

Busca a reforma do *decisum*, argumentando, em apertada síntese, que a prova pericial requerida seria imprescindível no caso dos autos. Diz que, ainda que a prova pericial fosse de interesse exclusivo do Estado, a negativa de sua realização pela Central de Perícias não seria razoável, haja vista ser o recorrente um ente público custeado pelo contribuinte, que também mantém a referida central. Afirma que, independentemente de quem requeira a perícia, esta seria indispensável para a apreciação da tutela pleiteada pelo beneficiário da justiça gratuita, devendo, dessa forma, se realizar por intermédio da Central de Perícias. Diz que não seria vedada a utilização da referida central quando o Estado a requer em processo em que não há pagamento de custas, por força da assistência judiciária concedida. Formula, ao final, pedido de efeito suspensivo ao recurso.

Por meio da decisão de f. 42/43, conheceu-se do recurso e foi deferida a suspensão dos efeitos da decisão recorrida.

O agravado apresentou resposta às f. 48/57.

O MM. Juiz de primeiro grau prestou informações de f. 60.

Deixou-se de remeter os autos à douta Procuradoria de Justiça, tendo em vista que a mesma não se vem manifestando em feitos desta natureza.

Conforme anteriormente salientado, quando do recebimento do recurso, verifica-se que a pretensão deduzida nos autos envolve questão referente à possibilidade ou não de a Central de Perícias realizar perícia médica, ainda que o recorrente não esteja amparado pela gratuidade exigida para tanto.

O il. Magistrado de primeiro grau fundamentou sua decisão no fato de que, nos termos da Portaria 1.475/03 do TJMG, somente a parte carente teria direito à perícia realizada pela Central de Perícias do referido tribunal.

A meu ver, merece censura a decisão agravada.

É que, embora não exista previsão acerca da utilização pelo recorrente da referida central sem o devido pagamento de honorários, mostra-se razoável a realização da prova requerida, sem ônus para o ente público, haja vista ser o próprio Estado quem custeia o funcionamento da Central de Perícias.

Ademais, verifico que o indeferimento do pedido oneraria, de forma excessiva, o Estado, que, mesmo dispondo de um órgão específico para a realização da prova, teria que arcar com custos adicionais para atingir o mesmo objetivo.

Por oportuno, colaciono os seguintes entendimentos jurisprudenciais deste Tribunal nesse sentido:

> Agravo de instrumento. Fornecimento de medicamento. Prova pericial requerida pelo Estado de Minas Gerais. Realização

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 65

pela Central de Perícias. Possibilidade legal. - Impor ao Estado de Minas Gerais que custeie a realização de perícia por perito nomeado pelo juízo onerará sobremaneira os cofres públicos, redundando em despesas, em princípio, desnecessárias, o que autoriza que a realização da prova pericial seja feita pela Central de Perícias Médicas do TJMG (Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.440930-1/002, Rel. Edivaldo George dos Santos, j. em 13.05.08).

Agravo de instrumento. Perícia requerida pelo Estado. Recusa de realização pela Central de Perícias. Impossibilidade. - A Central de Perícias não pode se recusar a realizar prova requerida pelo agravado, visto que o próprio Estado é quem arca com as despesas. Recurso provido e conhecido (Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.696273-1/001, data do julgamento: 08.03.07).

Ação para concessão de medicamento. Autor sob o pálio da justiça gratuita. Perícia médica requerida pelo Estado. Realização pela Central de Perícias Médicas do TJMG. - Se o autor da ação para concessão de medicamento é beneficiário da justiça gratuita, a perícia médica, ainda que requerida pelo Estado, pode ser realizada pela Central de Perícias Médicas do TJMG, desde que disponha de especialista capaz de responder pela especialidade requerida pela doença do autor (Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.127138-3/001, Rel. Maurício Barros, j. em 06.05.08).

Ante tais considerações, dou provimento ao recurso, para reformar parcialmente a decisão de primeiro grau e determinar que a perícia médica requerida pelo recorrente seja realizada pela Central de Perícias da Comarca de Belo Horizonte.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e ALMEIDA MELO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Embargos à execução - Cerceamento de defesa - Penhora - Bem de família - Alegação de impenhorabilidade - Destinação do imóvel - Moradia - Comprovação necessária - Sítio - Divisão do imóvel - Possibilidade - Perícia

Ementa: Apelação cível. Cerceamento de defesa. Alegação de impenhorabilidade de imóvel. Prova necessária da destinação para moradia. Penhora de sítio. Possibilidade de divisão do imóvel. Necessidade de perícia. Acolhimento de ofício.

- Não se exige que a parte interessada comprove ser o único imóvel de sua propriedade, mas que haja prova de que o mesmo se destina à moradia.

- No que tange à impenhorabilidade e à nulidade da penhora, entendo que, por ser matéria de ordem pública que pode ser reconhecida de ofício pelo juízo, deveria o julgador primar pela devida instrução processual nos termos do art.130 do CPC.

- Não havendo comprovação sobre a indivisibilidade do imóvel, deve ser penhorada parte suficiente do bem para segurança do juízo e quitação da dívida, tudo isso através de perícia.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0091.07.008851-2/001 - Comarca de Bueno Brandão - Apelante: Márcio de Moraes Dantas - Apelada: Bunge Fertilizantes S.A. - Relator: DES. NICOLAU MASSELLI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2009. - *Nicolau Masselli* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NICOLAU MASSELLI - Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Trata-se de embargos de devedor interpostos por Márcio de Moraes Dantas contra a execução aviada por Bunge Fertilizantes S.A. em seu desfavor com objetivo de receber o valor de R$9.537,54 (nove mil quinhentos e trinta e sete reais e cinquenta e quatro centavos) consubstanciados em uma duplicata cujo valor histórico era de R$7.900,05 (sete mil e novecentos reais e cinco centavos).

O embargante defende preliminarmente que há nulidade de penhora, haja vista que foi penhorado bem de família, único bem do executado, que se constitui de sua morada e de sua família. Pugna, assim, pela exclusão do imóvel penhorado.

No mérito, sustenta que a dívida cobrada já se encontra quitada através de negociação junto ao representante da embargada, quando foram emitidos cheques de titularidade de seu irmão César de Moraes Dantas, totalizando o valor de R$8.387,00 (oito mil trezentos e oitenta e sete reais). Afirma que os valores foram nominais à embargada e que, portanto, o título não é líquido nem certo.

A embargada apresentou impugnação aos embargos às f. 17/24 rebatendo todas as alegações, pugnando pela improcedência destes, sob o fundamento de que

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 66

o imóvel não se constitui em bem de família, haja vista que este último se declarou ao tempo da avença proprietário de três imóveis.

Defende, ainda, que as fotocópias dos cheques jungidas aos autos não comprovam que se referem ao pagamento da duplicata ora cobrada, principalmente porque foram emitidos por terceira pessoa, em favor de uma representante comercial que não possuía poderes para receber tal numerário.

Aduz, ainda, que o título continua na posse do credor, o que, por si só, já prova que não houve qualquer quitação e que os cheques não lhe foram entregues.

Sobreveio a decisão de f. 54/56, na qual o Juiz primevo julgou improcedentes os embargos, sob o fundamento de que o embargante não produziu provas suficientes de suas alegações, principalmente no que diz respeito à alegação de ser bem de família. Quanto à comprovação de pagamento, rechaça as cópias dos cheques, afirmando que estes não comprovam a quitação.

Inconformado, o embargante Márcio de Moraes Dantas aviou o recurso de apelação nas f. 58/64, onde combateu a r. sentença pugnando por sua reforma, alegando preliminarmente que houve cerceamento de defesa no momento em que o Juiz primevo promoveu o julgamento antecipado da lide e que o bem penhorado é bem de família, imóvel destinado a sua moradia.

No mérito, afirma que os embargos mereciam ser julgados procedentes, pois a cópia dos cheques comprova o pagamento da dívida.

Contrarrazões apresentadas nas f. 68/74.

Passo a analisar as razões recursais.

O apelante/embargante afirma que houve cerceamento de defesa no momento em que o Juiz promoveu o julgamento antecipado da lide.

Talvez a princípio tal alegação não merecesse guarida. Isso porque, à f. 49 dos autos, foi proferido despacho determinando que as partes especificassem e justificassem as provas que desejavam produzir, sendo que tal determinação foi devidamente publicada conforme certidão de f. 50. Ocorre que, conquanto oportunizada a produção de provas, o apelante quedou-se inerte.

Porém, houve alegação de que o imóvel penhorado é aquele onde o embargante reside com sua família, portanto, bem de família. Assim, no que tange à impenhorabilidade e à nulidade da penhora, entendo que, por ser matéria de ordem pública que pode ser reconhecida de ofício pelo juízo, deveria o Julgador primar pela devida instrução processual nos termos do art. 130 do CPC.

Da análise do documento de f. 25, assevera-se que o apelante declarou ser proprietário de outros bens além do imóvel penhorado. Daí que caberia ao mesmo produzir prova suficiente de que o referido bem se revestia da característica de ser bem de família, ou seja, não passível de penhora.

Isso porque não se exige que a parte interessada comprove ser o único imóvel de sua propriedade, mas que haja prova de que o mesmo se destina à moradia do embargante.

> STJ - Recurso Especial 87.866/SP - Para ser o imóvel considerado bem de família, basta que sirva de moradia, não se admitindo prova de não ser ele o único bem do executado. A Lei 8.009/90 não condiciona sua incidência à prova de que o devedor não possua outros imóveis, STJ - Agravo de Instrumento nº 315.120/SP - *DJU* de 22.09.00 - p. 255 - Imóvel rural que serve como residência do embargante - Inexistindo prova de que possua outro imóvel, deve ser ele tido como impenhorável.

Resta ausente o requisito essencial à proteção da impenhorabilidade do bem de família, ditado pelo art. 5º da Lei 8.009/90 ("para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente").

Com a inicial dos embargos, vieram as alegações de impenhorabilidade do imóvel por ser sua residência, porém não se fez acompanhar de nenhuma outra prova documental ou testemunhal que corroborasse tal afirmação.

O referido documento de f. 25, qual seja ficha cadastral do cliente, possui informações do próprio apelante, onde este informa que possui outros bens, inclusive uma casa que, a princípio, se localiza no mesmo bairro que o sítio penhorado.

Assim, não há como se identificar se a casa ali citada se encontra nas dependências do sítio penhorado ou não e se se destina à habitação do apelante e de sua família. Ou seja, da leitura dos autos, não há como se averiguar se os imóveis, principalmente o sítio penhorado, são indivisíveis, o que impossibilitaria a penhora.

Dessarte, entendo que a preliminar deve ser acolhida para que, com fulcro nas informações prestadas pelo próprio embargante através do documento de f. 25, seja realizada perícia técnica e somente se torne impenhorável a parte do sítio que se destina à moradia do apelante.

Melhor explicando, entendo, na verdade, que, não havendo comprovação sobre a indivisibilidade do imóvel, deve ser penhorada parte suficiente do bem para segurança do juízo e quitação da dívida.

Tal perícia deverá ser efetivada nos termos dos art. 680 do CPC, cuja remodelação foi introduzida pela Lei 11.382/06, para que se permita o equilíbrio entre a responsabilidade e o crédito exequendo.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Ementa: Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Embargos de terceiro. Meação. Aval. Decisão *extra petita*.
> 1. Requerida a impenhorabilidade sobre a totalidade do bem e sendo o imóvel uno, em termos de matrícula, e perfeitamente divisível, conforme constatado na prova pericial, não pode ser considerada *extra petita* a decisão que determina a penhora de parte do imóvel.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 67

> 2. Quanto ao dissídio, adotou a instância ordinária o posicionamento desta Corte, no sentido de que, tratando-se de aval concedido pelo marido, em garantia de dívida assumida pela sociedade comercial da qual era sócio e diretor, cabe à mulher que embarga a execução, para defesa da sua meação, o ônus de fazer a prova de que a dívida não beneficiaria a família.
> 3. Agravo regimental improvido (Processo: AgRg no Ag 199158/MG. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento: 1998/0057661-4, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito (1108), 3ª Turma, j. em 14.12.98, *DJ* de 29.03.99, p. 177).

À luz do exposto, acolho a preliminar de cerceamento de defesa para cassar a sentença, e determinar seja realizada perícia nos termos dos arts. 680 e 681 do CPC, que informará como o imóvel poderá ser divido e, assim, demonstrar se há parte suficiente do bem para segurança do juízo, com consequente prosseguimento do feito.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO HENRIQUE e LUIZ CARLOS GOMES DA MATA.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA E CASSARAM A SENTENÇA.

...

Rescisão contratual - Imóvel - Compra e venda - Pedido contraposto - Revisão - Impossibilidade - Sentença *ultra petita* - Parte excedente - Decote de ofício

Ementa: Apelação cível. Ação de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel. Pedido contraposto. Revisão. Impossibilidade. Sentença *ultra petita*. Decote, de ofício, da parte excedente.

- O inadimplente confesso deve requerer a revisão de cláusulas contratuais em reconvenção, por se tratar de nova pretensão, não podendo ser apreciada como mero pedido contraposto suscitado via contestação em ação de rescisão de contrato.

- Em privilégio aos princípios da instrumentalidade e economia processual, da sentença *ultra petita* é possível decotar apenas a parte que excede o pedido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.02.011044-4/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: MRV Consórcio Residencial Daniela - Apelado: Terezinha Antunes Fonseca - 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 ACOLHER PRELIMINAR DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA* SUSCITADA DE OFÍCIO PELA RELATORA PARA DECOTAR A PARTE EXCEDENTE E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de junho de 2009. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de recurso de apelação interposto por MRV Consórcio Residencial Daniela contra sentença proferida pela Juíza da 3ª Vara da Comarca de Uberaba, Dr.ª Régia Ferreira de Lima, que, nos autos da ação de rescisão de contrato ajuizada contra Terezinha Anthunes Fonseca, conferiu o seguinte desfecho à lide:

> Ante o exposto, julgo improcedente o pedido. Acatando o pedido de purgação da mora, determino à requerida que efetive o depósito em face da existência de crédito em favor da requerente no montante de R$ 1.149,37 com juros de mora de 1% (um por cento) a contar da data em que o pagamento deveria ter sido efetivado com correção monetária também desde a data em que deveria ter sido efetivado, conforme consta em f. 435, dos autos (05.03.2001).

Nas razões recursais de f. 530/536, suscita a apelante preliminar de nulidade da sentença, sob o fundamento de que teve indeferido o pedido de atualização, pelo perito, do débito apurado. No mérito, diz que a dívida deverá ser atualizada monetariamente e acrescida de juros remuneratórios, até a data do efetivo pagamento, assim como dos encargos da mora, sendo estes juros e multa, nos termos do contrato.

A apelada apresentou contrarrazões recursais às f. 541/549, pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida a espécie de ação ordinária por meio da qual a parte autora pretende a rescisão do contrato de promessa de compra e venda firmado com a requerida e, por via de consequência, a retomada do imóvel com a sua condenação ao pagamento de multa compensatória e indenização por perdas e danos.

O feito culminou na sentença de f. 515/520, por meio da qual a Magistrada *a quo* julgou improcedente o pedido inicial e determinou que a apelada efetivasse o depósito da quantia de R$ 1.149,37 (mil cento e quarenta e nove reais e trinta e sete centavos), a título de purga da mora.

Ocorre que o julgamento do feito se deu fora dos limites da lide, em desobediência ao que alude o art. 460 do CPC, *in verbis*:

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 68

> Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.
> Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

Como se sabe, cabe ao juiz sentenciante decidir a lide nos limites em que foi proposta, não podendo conceder à parte providência além da requerida na inicial (sentença *ultra petita*), aquém do pedido (decisão *citra petita*) e, muito menos, fora do requerido pelas partes (sentença *extra petita*).

Confira os ensinamentos de Nelson e Rosa Maria, acerca do tema:

> Pedido e sentença. Deve haver correlação entre pedido e sentença (CPC 460), sendo defeso ao juiz decidir aquém (*citra* ou *infra petita*), fora (*extra petita*) ou além (*ultra petita*) do que foi pedido, se para isto a lei exigir a iniciativa da parte. Caso decida com algum dos vícios apontados, a sentença poderá ser corrigida por embargos de declaração, se *citra* ou *infra petita*, ou por recurso de apelação, se tiver sido proferida *extra* ou *ultra petita*. Por pedido deve ser entendido o conjunto formado pela causa (ou *causa petendi*) e o pedido em sentido estrito. A decisão do juiz fica vinculada à causa de pedir e ao pedido (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual extravagante em vigor.* 6. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 477, nota 2).

Com efeito, na hipótese de o magistrado decidir além da espécie de provimento ou solução pretendida pelo demandante, em flagrante violação ao princípio da congruência, incorre a sentença em vício *ultra petita*. Segundo leciona Sérgio Sahione Fadel, a interpretação restritiva do pedido, "significa que, em nenhum caso, o juiz poderá deferir mais do que o autor tenha pleiteado" (*Código de Processo Civil comentado* - art. 1º a 1.220. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 369).

In casu, não deveria a Julgadora monocrática ter condenado a apelada a efetivar o depósito do valor apurado em perícia porque a ação de rescisão de contrato não comporta a purga da mora nem a revisão do contrato quando formulados como mero pedido contraposto.

Ora, o inadimplente confesso deve requerer a revisão de cláusulas contratuais em reconvenção, por se tratar de nova pretensão, não podendo ser apreciada como mero pedido contraposto suscitado via contestação em ação de rescisão de contrato.

A esse respeito, colacionam-se os arestos deste eg. Tribunal:

> Ementa: Ação de rescisão contratual c/c perdas e danos. Pedido de revisão contratual. Impossibilidade de apreciação via contestação. Objeto de reconvenção. Cobrança antecipada de VRG. Compra e venda à prestação. Inadimplência confessada pela ré. - Pretendendo o réu a revisão do contrato, objeto da ação de rescisão, deverá apresentar seu pedido em reconvenção, por se tratar de nova pretensão, não podendo tais pedidos ser apreciados via contestação. Procede a rescisão de contrato de arrendamento mercantil, que, diante da antecipação do pagamento do valor residual garantido, descaracterizou-se para contrato de compra e venda a prazo, quando comprovada a inadimplência da parte arrendatária. Súmula: Negaram provimento (Número do processo: 1.0707.02.053329-5/001 - Relator: Des. Valdez Leite Machado - Data do julgamento: 25.05.2006 - Data da publicação: 13.06.2006).

> Ementa: Ação de rescisão contratual c/c perdas e danos e pedido de antecipação de tutela. Pedido de assistência judiciária desacompanhado de declaração de pobreza: indeferimento. Inadimplência confessada pelo réu. Pedido de revisão contratual. Impossibilidade de apreciação via contestação/apelação. Objeto de reconvenção. Condenação em honorários advocatícios: independe da porcentagem de êxito da demanda. Inteligência do art. 20, § 3º, do CPC. - Ausente a declaração de pobreza na instrução do pedido de assistência judiciária, inexistem condições para o seu deferimento. Pretendendo o réu - inadimplente confesso - a revisão do contrato, objeto da ação de rescisão, deverá apresentar seu pedido em reconvenção, por se tratar de nova pretensão, não podendo tais pedidos ser apreciados via contestação/apelação. Nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, a condenação em honorários advocatícios não depende da porcentagem de êxito da demanda. Súmula: Negaram provimento. (Número do processo: 2.0000.00.500254-8/000 - Relator: Des. José Antônio Braga - Data do julgamento: 30.05.2006 - Data da publicação: 1º.07.2006).

> Ementa: Rescisão de contrato. Bens imóveis. Compra e venda. Imediata transferência da posse. Alienação fiduciária. Sinal. Pagamento. Reconvenção. - Uma vez comprovada a mora do promissário comprador de bem imóvel, não é vedado ao promitente vendedor, na proteção do seu direito, o manejo da ação de rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse e pedido de perdas e danos, remédio processual apto a resolver a situação jurídica efetivamente contaminada pelo inadimplemento da obrigação assumida. Não se traduz em contrato de alienação fiduciária a compra e venda de imóvel, cujo promissário comprador, mediante o isolado pagamento do sinal, é imitido na posse do bem, passando a deste usufruir. No âmbito das ações cognitivas, caso pretenda o réu se voltar contra o autor, buscando revisão de cláusulas contratuais ditas abusivas, há de se valer do instituto da reconvenção, nos moldes traçados pelo Estatuto Processual Civil.
> Súmula: Rejeitaram a preliminar e negaram provimento (Número do processo: 2.0000.00.393814-9/000 - Relator: Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes - Data do julgamento: 07.08.2003 - Data da publicação: 03.09.2003).

Em casos como o dos autos, em que a parte autora busca a rescisão do contrato por inadimplemento, é possível apurar a existência de saldo devedor com a finalidade de verificar se houve o adimplemento substancial do contrato, fato capaz de ensejar a improcedência do pedido inicial, conforme entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 69

Na hipótese em julgamento, a Magistrada *a quo*, verificando que a ré cumpriu com quase a integralidade do contrato (f. 520), deveria ter-se limitado a julgar improcedente o pedido inicial. Extrapolou os limites da lide ao determinar a efetivação do depósito do valor apurado em perícia, porquanto a revisão do contrato não estava autorizada no presente caso.

Por outro lado, privilegiando os princípios da instrumentalidade e da economia processual, da sentença *ultra petita* é possível decotar apenas a parte que excede o pedido.

Sendo assim, tendo em vista que o *decisum* recorrido também decidiu a *quaestio* ao julgar improcedente o pedido inicial (em reconhecimento ao adimplemento substancial do contrato), não há necessidade de que ele seja integralmente anulado.

Nesse caso, basta extirpar a parte que excede ao pedido formulado, qual seja a condenação da ré na obrigação de fazer o depósito, em razão do princípio da economia processual.

Em assim sendo, restam prejudicadas as razões recursais, na medida em que o apelante se insurge, tão somente, quanto ao valor do depósito, não apresentando inconformismo quanto à parte da sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

Por outro lado, considerando que o pedido de rescisão do contrato restou improcedente e à luz do princípio da instrumentalidade, há de se permitir à apelante o levantamento do valor depositado à f. 287, tido como incontroverso.

Eventual cobrança de saldo remanescente deverá ser realizada em ação própria, oportunidade em que será permitida ampla discussão acerca dos encargos incidentes sobre o débito, não sendo admissível, nesta demanda, travar qualquer discussão acerca do *quantum* devido pela requerida.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, suscito, de ofício, preliminar de nulidade parcial da sentença para decotar a parte que determinou à requerida a efetivação do depósito no valor de R$ 1.149,37 e, no mérito, nego provimento ao recurso, mantendo a parte da sentença que julgo improcedente o pedido inicial.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES NICOLAU MASSELLI e ALBERTO HENRIQUE.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA* SUSCITADA DE OFÍCIO PELA RELATORA PARA DECOTAR A PARTE EXCEDENTE E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Nome empresarial - Conflito com marca - Mesmo ramo de atividade - Mesma unidade federativa - Mercado de consumo - Confusão - Princípio da anterioridade

Ementa: Nome empresarial. Conflito com marca. Atuação no mesmo ramo de atividade. Confusão no mercado de consumo. Princípio da anterioridade.

- Quando houver identidade entre nome empresarial e marca e as sociedades empresárias atuarem no mesmo ramo de atividade e na mesma unidade federativa, a sociedade que por último registrou, quer seja o nome empresarial, quer seja a marca, deve-se abster de utilizar a expressão idêntica. Tal medida é necessária para que se evite confusão no mercado de consumo.

- A concessão do prazo de 6 (seis) meses para a modificação do nome empresarial é razoável.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0514.06.021551-4/001 - Comarca de Pitangui - Apelante: Record Indústria e Comércio de Calçados Ltda. - Apelada: Indústria de Calçados Ronny Ltda. - 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, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de abril de 2009. - *Tibúrcio Marques* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Vinicius Magno de Campos.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Record Indústria e Comércio de Calçados Ltda., nos autos da ação de abstenção de ato, ajuizada por Indústria de Calçados Ronny Ltda., tendo em vista o seu inconformismo com os termos da sentença de f. 134/144, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar a apelante a promover, no prazo de 60 (sessenta) dias, "a alteração de seu nome comercial perante a Jucemg, de modo a excluir a expressão Record, sob pena de multa diária de R$ 300,00 (trezentos) reais".

Irresignada, busca a apelante a reforma da decisão, argumentando, em sede de preliminar, que, tendo em vista a ausência da Jucemg no polo passivo da

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 70

ação, deve ser decretada a nulidade do processo e determinada a sua remessa à comarca de origem, conforme disposto no art. 47, parágrafo único, do CPC.

Afirma que o que está sendo decidido nos autos não decorre de qualquer ato ilegal praticado pela apelante, mas do registro realizado pela Jucemg, que concluiu como válido e regular o nome empresarial escolhido pela apelante, que traz a expressão Record em sua composição, razão pela qual esta deve, obrigatoriamente, compor o polo passivo da ação.

Aduz, meritoriamente, que é uma empresa privada que atua no ramo de calçados, utilizando a expressão Record não como marca, mas tão somente como parte integrante do seu nome empresarial.

Afirma que não restou comprovada a possibilidade de induzimento do consumidor a erro, já que não comercializa qualquer produto com a marca Record.

Sustenta que o fato de a apelada ter procedido ao registro da marca Record, junto ao INPI, não impede sua inclusão em nome comercial de empresas.

Ressalta que a presente demanda já foi apreciada, via processo administrativo, pela Jucemg, que admitiu a utilização do termo Record em seu nome empresarial.

Requer seja acolhida a preliminar arguida e, caso ultrapassada, seja dado provimento integral ao recurso interposto, para que seja reformada a r. sentença proferida no ponto em que condenou a apelante a excluir a expressão Record de seu nome empresarial.

Preparo às f. 170/171.

Contrarrazões às f. 173/193. O apelado afirma que as decisões administrativas não fazem coisa julgada.

Alega que a Junta Comercial apenas arquiva os dados e consequentemente não deve figurar no polo passivo como litisconsorte.

Aduz que o entendimento jurisprudencial é que no conflito entre marca e nome empresarial prevalece a marca.

Cita várias jurisprudências e requer que seja negado provimento ao recurso.

É o breve relatório.

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

1) Do litisconsórcio necessário.

Aduz o apelante que efetuou o registro de seu nome empresarial junto à Junta Comercial de Minas Gerais.

Alega que a Junta Comercial, ao proceder ao registro, reconheceu a validade e a regularidade da expressão Record.

Afirma que a Junta Comercial proferiu decisão administrativa na qual afirmou que o ato é regular.

Sustenta, por fim, que, como a decisão irá repercutir nos atos de registros da Junta Comercial, esta deve figurar no polo passivo da demanda.

A Junta Comercial é o órgão encarregado de efetuar o registro do contrato social e das averbações das sociedades empresárias.

Dentre outras finalidades, o registro perante a Junta Comercial faz com que o nome empresarial, que seja inovador, tenha proteção.

No caso em tela, não se está discutindo a irregularidade do registro feito pela Junta Comercial, mas a coincidência entre nome empresarial e marca.

Nos termos do art. 35 da Lei 8.934/94, a Junta Comercial é impedida de realizar o arquivamento dos "atos de empresas mercantis com nome idêntico ou semelhante a outro já existente [...]", ou seja, a *contrario sensu*, a Junta Comercial é obrigada a registrar os atos constritivos das sociedades empresárias, quando os nomes empresariais não são idênticos ou semelhantes.

Como no caso em tela não se está discutindo semelhança de nomes empresariais, mas a semelhança de nome empresarial e marca, tem-se que a presente decisão não irá gerar efeitos perante a Junta Comercial de Minas Gerais, já que esta, em virtude de lei, é obrigada a registrar as expressões quando os nomes empresariais não forem idênticos ou semelhantes.

Ademais, não se está discutindo o ato de registro realizado pela Junta Comercial, ou seja, a relação jurídica existente é entre as partes, motivo pelo qual deve ser rejeitada a preliminar de litisconsórcio necessário.

2) Do mérito.

Aduz o apelante que:

1) Não está provado que o consumidor pode ser levado a erro.

2) Utiliza a expressão Record como nome empresarial, e não como marca, e que devido a tal fato não há confusão.

3) Os princípios da especialidade e da anterioridade não são utilizados de forma absoluta.

4) Há 59 empresas que utilizam a expressão Record, e com isso pode concluir que a expressão é de uso comum.

5) É possível a coexistência da expressão Record, como marca e como nome empresarial.

6) O prazo de 60 (sessenta) dias para a modificação da marca é ínfimo.

Faz-se necessário tecer algumas considerações acerca do nome empresarial.

O nome empresarial tem por finalidade identificar a sociedade empresária, ou seja, a pessoa jurídica.

Nos termos do art. 33 da Lei 8.934/94, com o arquivamento dos atos constitutivos da sociedade, o nome empresarial começa a gozar de proteção.

O art. 34 da referida lei prevê que o nome empresarial deve obedecer aos princípios da veracidade e da novidade.

Tem-se que a proteção do nome visa resguardar a sociedade empresária.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 71

Já a marca constitui um sinal ou expressão destinada a individualizar os produtos ou serviços de uma empresa, identificando-os e individualizando-os dos demais.

O presente recurso envolve a utilização do nome empresarial Record pela apelante, o que, conforme afirma a apelada, viola sua marca já amplamente difundida no mercado de calçados, o que está lhe causando enormes prejuízos.

Compulsando os autos, verifica-se que a autora, ora apelada, obteve em junho de 1998, seu direito de propriedade sobre a marca Record junto ao INPI (f. 22).

No que concerne à aquisição do direito de uso exclusivo das marcas, dispõe o art. 129 da Lei 9.279/96 que:

> Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

No presente caso, não há dúvidas de que o nome empresarial adotado pela apelante contém a reprodução da expressão Record, marca escolhida pela apelada, sendo certo também que esta tem sua marca registrada junto ao INPI, que lhe confere o direito à exclusividade de propriedade e uso da expressão em litígio para a classe de produtos e serviços comercializados.

No que tange à coincidência entre nomes empresariais e marcas, não há solução específica na legislação, contudo deve-se observar o princípio da especificidade no exame do tema.

A jurisprudência estabeleceu alguns critérios para que seja declarada a impossibilidade da utilização simultânea entre nomes empresariais e marcas:

1) atuação das sociedades empresárias na mesma unidade da Federação;

2) atuação no mesmo ramo de atividade;

3) possibilidade de confusão dos consumidores.

Assim, para que reste configurada, *in casu*, a concorrência desleal do nome empresarial da apelante com a marca da apelada, deve-se proceder à análise relativa à coincidência entre as atividades exercidas pelas partes, a fim de verificar se tal coincidência é suscetível de gerar alguma possibilidade de confusão por parte dos consumidores.

Nesse sentido, é o entendimento deste egrégio Tribunal:

> Ação ordinária - Registro de marca no INPI - Imitação e aproveitamento parasitário - Marca e nome empresarial - Princípio da especificidade/especialidade - Ramo de atividade das partes - Ônus da prova da confusão pelos consumidores. - 'A marca tem a sua proteção restrita à classe dos produtos ou serviços em que se encontra registrada pelo INPI (salvo no caso excepcional da marca de alto renome, cuja proteção é especial e abrange todas as classes), enquanto o nome empresarial é protegido independentemente do ramo de atividade econômica a que se dedica o empresário'. Deve-se verificar se há coincidência entre as atividades exercidas entre as partes, visto que a proteção é restrita à classe dos produtos ou serviços a que pertencem e se desta coincidência existe alguma possibilidade de confusão por parte dos consumidores. Compete ao autor, em caso de não ficar evidente o descumprimento do princípio da especificidade, a confusão pelos consumidores entre a marca e o nome empresarial (TJMG, Ap. Cível 1.0024.06.092058-4/002(1), Rel. Des. Nilo Lacerda, p. em 28.04.07).

In casu, após detida análise dos autos, constata-se que as partes exercem suas atividades empresariais na mesma unidade federativa, qual seja em Minas Gerais.

Além disso, há proximidade entre os Municípios nos quais estão as sedes das empresas, quais sejam Nova Serrana (apelado) e Pitangui (apelante).

As empresas envolvidas exercem atividades muito semelhantes, que consistem na produção e comercialização de calçados e artigos esportivos.

No que tange à confusão aos consumidores, em que pesem as alegações do apelante de que não é possível a confusão entre nome empresarial e marca, verifica-se, através do documento de f. 112, que o apelante utiliza a expressão Record com destaque.

Ao utilizar a referida expressão com destaque, constata-se que a expressão Record, além de integrar o nome empresarial, é um sinal visual indicativo.

Como o apelante utiliza o nome empresarial Record de forma destacada, verifica-se que os consumidores são suscetíveis de se confundirem, principalmente porque as partes atuam em cidades próximas e no mesmo ramo de atividade.

Conclui-se, assim, que, como as partes trabalham no mesmo ramo de atividade, a semelhança do nome empresarial e da marca gera a possibilidade de engano ao público consumidor, motivo pelo qual, com base nos princípios da novidade e da anterioridade, a sentença deve ser mantida, para que o apelante se abstenha de utilizar a expressão Record, já que a marca Record foi anteriormente registrada (f. 22 e f. 37/41).

Portanto, deve prevalecer o nome que primeiro foi registrado.

Ademais, mesmo que o apelante utilize o nome empresarial por inteiro, o simples uso da expressão Record gera confusão, já que as partes atuam no mesmo ramo de atividade.

No que tange às alegações de que a expressão Record é de uso comum, embora a referida expressão seja utilizada de forma ordinária por vários ramos de atividade, tem-se que a proteção à referida expressão não pode ser afastada quando a identidade gerar confusão aos consumidores e as sociedades empresárias atuarem no mesmo ramo de atividade.

Quanto à coexistência das expressões, como dito alhures, como a utilização simultânea pode gerar confusão, a apelante deve-se abster de utilizar a expressão Record.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 72

É válido salientar que o direito à proteção do nome empresarial não é absoluto, quando houver identidade de expressão e quando esta estiver causando confusão no mercado.

No que tange ao prazo de 60 (sessenta) dias para a modificação, razão assiste ao apelante, já que o prazo de 60 (sessenta) dias é ínfimo para que sejam alterados todos os documentos, como nota fiscal, blocos de pedido, etc.

Com base no princípio da razoabilidade, considerando que o próprio apelado propôs a concessão do prazo de 6 (seis) meses para a alteração do nome empresarial do apelado, f. 125, tem-se que o prazo para a alteração do nome empresarial deve ser de 6 (seis) meses, contados da publicação do presente acórdão.

Quanto à multa fixada, tem-se que a mesma é razoável, motivo pelo qual não deve ser reduzida.

Com tais considerações, dá-se provimento em parte ao recurso para conceder o prazo de 6(seis) meses para a alteração do nome empresarial pelo apelante, sob pena da multa fixada na sentença.

Nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC, custas recursais, pelo apelante.

Para os fins do art. 506, III, do CPC, a síntese do presente julgamento é: recurso provido em parte para conceder o prazo de 6 (seis) meses para a alteração do nome empresarial pelo apelante, sob pena da multa fixada na sentença.

Nos termos do art. 21, parágrafo único do CPC, custas recursais, pelo apelante.

DES. TIAGO PINTO - De acordo.

DES. ANTÔNIO BISPO - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

Indenização - Servidão administrativa - Energia elétrica - Consentimento do proprietário - Ausência de prejuízo - Dever indenizatório - Não configuração

Ementa: Ação de indenização. Servidão administrativa. Energia elétrica. Consentimento do proprietário. Ausência de prejuízo. Não configuração do dever indenizatório.

- Tendo sido a instituição da servidão administrativa consentida pelo proprietário do predito atingido, não há falar em qualquer analogia com a figuração da desapropriação indireta. Por isso, eventual direito indenizatório depende da efetiva demonstração dos prejuízos experimentados pelo titular do direito em relação ao qual se operou a restrição, ante a obrigação de suportar o ônus instituído, quando tomada em consideração a destinação econômica que corriqueiramente era atribuída à área afetada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0106.07.026566-0/002 - Comarca de Cambuí - Apelante: Empresa Elétrica Bragantina S.A. - Apelados: Assis Benedito Roque e outro - Relatora: DES.ª SELMA MARQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO AO APELO.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2009. - *Selma Marques* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SELMA MARQUES - Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 180/186, que julgou procedente o pedido de indenização formulado na ação que Assis Benedito Roque e Rosa Inês Cardoso ajuizaram contra a Empresa Elétrica Bragantina S.A., condenando a ré

> ao pagamento de indenização referente à servidão administrativa no valor de R$1.200,00 (mil e duzentos reais), devidamente corrigido a partir do ajuizamento da presente ação, sendo que sob o valor encontrado incidirão juros compensatórios de 1% ao mês a contar da ocupação e juros remuneratórios de 1% ao mês a contar da citação válida.

Inconformada, apela a Empresa Elétrica Bragantina S.A. (f. 188/204), sustentando que houve a autorização dos proprietários para a instalação da rede elétrica no local, uma vez que tal fato lhe trouxe benefícios, diante do fornecimento de energia elétrica, bem como não houve embargo à obra que se consolidou há 10 anos. Bate-se pela não comprovação dos supostos prejuízos em virtude da restrição da utilização do imóvel. Diz não ter sido comprovado qualquer dano, motivo pelo qual há obstáculo insuperável à configuração da responsabilidade civil, ainda que porventura se possa falar em violação de algum dever jurídico. Anota que a perícia realizada reconheceu a inexistência de prejuízos ao imóvel, quando considerada as atividades corriqueiramente nele desenvolvidas. Pelo princípio da eventualidade, pugna pela necessidade de ser reduzido o valor da indenização fixado pela r. sentença bem como pela exclusão dos juros compensatórios.

Presentes os requisitos legais, admito o recurso.

Assis Benedito Roque e sua esposa ajuizaram a presente ação de indenização contra a Empresa Elétrica Bragantina S.A., visando à reparação dos prejuízos causados pelo uso público e pelas restrições estabele-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 73

cidas pela servidão de energia elétrica ao gozo do prédio serviente, do qual são proprietários.

Para tanto, alegam primordialmente que a referida servidão não respeitou as exigências legais, mormente o procedimento devido para a forma de sua constituição.

Pois bem, importa anotar inicialmente que servidão administrativa

> é o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. 2007, p.136/137).

Constitui exemplo corriqueiro dessa modalidade especial de intervenção na propriedade privada por parte do poder estatal, quando assim o exigir o interesse público, a passagem de fiação elétrica, de aquedutos, oleodutos, gasodutos dentre outros.

Necessário anotar ainda que

> a servidão administrativa não se confunde com a desapropriação porque o proprietário do bem conserva sua propriedade. Ou seja, se a utilização do bem em favor da coletividade importar em cerceamento ao uso do bem de modo a impedir sua utilização pelo proprietário, será hipótese de desapropriação. Podemos imaginar o exemplo da construção de rodovia em propriedade privada. Não há, nesta hipótese, como o proprietário do bem usar a arda do imóvel por onde passa a rodovia. A passagem de fiação elétrica, ao contrário, não obstante importe em restrição ao uso do bem, não o suprime a ponto de justificar a desapropriação do bem, sendo bastante que sobre a propriedade seja instituída a servidão (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 2007, p. 792/793).

Ainda no que toca à servidão administrativa bem como sua diferença em relação à desapropriação, cumpre registrar a precisa lição da doutrina:

> A demanda pelos serviços de energia elétrica se concentra nos grandes centros urbanos, localizados na maior parte dos casos, a centenas ou milhares de quilômetros dos locais onde a energia é gerada. É imperioso, em termos de economia de recursos e de eficiência do sistema, que se busque reduzir a distância entre o local da produção e o destino da transmissão. Isto importa em traçar uma linha entre esses dois pontos e, por essa linha, fazer passar a fiação elétrica, cuja redução de custos e eficiência interessa a toda a sociedade. Inconcebível além de desnecessário, que se tenha de desapropriar os imóveis ao longo de todo o trecho por onde a fiação elétrica será conduzida. A partir da idéia de servidão de trânsito, de origem civilista, institui-se a servidão administrativa ao longo de todo o trecho por onde irá passar a rede de transmissão da energia elétrica, e, se essa passagem importar em danos e prejuízos aos proprietários, será ele indenizado (ob. cit., p. 793).

Daí inequívoco configurarem as servidões administrativas ônus reais impostos à propriedade privada para promoção de comodidades coletivas que ultrapassam o interesse particular do titular da propriedade, que, em princípio, somente será indenizado caso tenha suportado algum prejuízo, e não pela simples existência da limitação.

Frise-se que a instituição da servidão administrativa será efetivada por acordo ou, em caso de resistência do proprietário, por sentença judicial, devendo sempre ser observadas no que couber as normas pertinentes à desapropriação (art. 40 do Decreto-lei 3.365/41). Insta enfatizar ainda que não podem ser ignoradas as hipóteses em que a Administração nem celebrou acordo com o proprietário nem observou as formalidades necessárias à implementação da servidão administrativa, o que, como ensina José dos Santos Carvalho Filho, implicaria o uso *manu militari* da propriedade, situação que chega até mesmo a se assemelhar à desapropriação indireta. Ou seja, caso a servidão administrativa seja instituída

> pelo Poder Público sem o consentimento do particular ou sem a instauração da necessária ação judicial, restaria caracterizada situação que poderíamos denominar; por analogia com a desapropriação indireta, de servidão administrativa de fato ou indireta.

Registre-se que, se

> situação resultante da servidão administrativa indireta se tornar fato consumado, insuscetível de ser desconstituída em razão dos benefícios proporcionados à coletividade, cabe ao proprietário do imóvel o direito de propor a ação judicial pleiteando a necessária indenização (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 2007, p. 794).

Todavia, na espécie dos autos, conforme se observa pelo documento (cópia) juntado à f. 120, houve expresso consentimento de passagem no ano de 1994 pelo antigo proprietário do imóvel, Sr. Sebastião Quintino da Rosa, cujos herdeiros, ao que se infere, figuraram como vendedores no negócio jurídico por meio do qual teriam os demandantes adquirido o domínio do bem em questão. Por isso, não há falar na hipótese de desapropriação indireta, de modo que eventual direito indenizatório depende da demonstração dos prejuízos experimentados pela propriedade em decorrência da servidão administrativa.

Isso porque a

> regra reside em que a servidão administrativa não rende ensejo à indenização se o uso pelo Poder Público não provoca prejuízo ao proprietário. Segue-se daí que, se o direito real de uso provocar prejuízo ao *dominus*, deverá este ser indenizado em montante equivalente ao mesmo prejuízo. É bom relembrar que o ônus da prova cabe ao proprietário. A ele cabe provar o prejuízo; não o fazendo, presume-se que a servidão não produz qualquer prejuízo (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed., 2005, p. 620).

Desse modo, insta analisar a prova pericial realizada, cujas conclusões devem ser interpretadas em consonância

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 74

com o instituto da servidão administrativa, e não de forma isolada. Isso porque, quando se trata de analisar se houve ou não prejuízos, é necessário ter-se em consideração a normal exploração econômica do imóvel, não sendo lícito, na consagrada lição de Hely Lopes Meirelles, para analisar a ocorrência de prejuízos, negligenciar a forma como é utilizado em detrimento daquela que poderia ser, ou tampouco na cogitação de hipóteses que via de regra são excepcionais, tal qual o possível desencadeamento de incêndios em épocas de seca.

Por isso, na espécie não há falar em prejuízos que justifiquem qualquer direito indenizatório. Observe-se ter a prova pericial reconhecido que na área da servidão está implantado o cultivo de milho e mandioca, podendo ainda ser implementadas outras espécies de pequeno porte, tais quais feijão, morango, batata, dentre outros. Frise-se que as restrições apontadas pela prova pericial dizem respeito ao cultivo de eucalipto e outras culturas de grande porte, que, todavia, não fazem parte da exploração normal e corriqueira do imóvel, que é aquela que deve ser considerada para fins de constituição do direito indenizatório.

Demais, não pode ser negligenciado qual foi o critério adotado pelo perito para fins de calcular o prejuízo que teria sido experimentado pelo proprietário. O perito registrou que o valor do prejuízo seria o próprio valor da área de servidão, tal qual se tratasse do instituto da desapropriação indireta. Todavia, quando o que está em pauta é a servidão administrativa,

> a indenização nunca poderá corresponder ao valor do imóvel em si, uma vez que a intervenção não acarretou a perda da propriedade. Irreparável, pois, a decisão no sentido de que, 'como não há perda do domínio, mas passa a ser ele onerado pela utilização pública, a indenização não deve corresponder ao valor do bem, mas deve compensar as restrições impostas'. De fato, evidencia-se, sem qualquer dificuldade, que o valor do imóvel não pode mesmo ser idêntico àquele que visa a indenizar apenas sua utilização (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. 2005, p. 620).

Assim não há falar no direito indenizatório, como, aliás, votei recentemente na Apelação n° 1.0106.06.024637-3/002, cujo Relator foi o ilustre Des. Marcelo Rodrigues, assim ementada:

> Apelação cível. Ação ordinária. Servidão administrativa. Rede elétrica em imóvel rural. Prova do prejuízo. Alteração da destinação do imóvel e desvalorização da área remanescente. Inocorrência. Indenização indevida. Recurso provido. - Ausente a prova do prejuízo efetivo com a servidão administrativa, seja pela desvalorização da área remanescente, seja pela impossibilidade de utilização do imóvel para a sua destinação normal, inexistente o dever indenizatório.

Isso posto, dou provimento ao recurso de apelação, para reformar a r. sentença fustigada e julgar improcedente o pedido indenizatório.

Custas recursais, pela parte apelada, suspensa a exigibilidade do pagamento, por ter-lhe sido deferido o benefício da justiça gratuita.

Custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$400,00 (quatrocentos reais) pela parte autora, restando suspensa a exigibilidade do pagamento, por ter-lhe sido deferida a justiça gratuita.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Ao exame que fiz dos autos, cheguei à mesma conclusão e desfecho que deu S. Ex.ª, na qualidade de Relatora, mostrando-se necessária a reforma da sentença, para julgarem-se improcedentes os pedidos da inicial.

Necessário apenas destacar que, no caso em exame, os autores adquiriram a propriedade do bem objeto do feito no ano de 2002 (f. 10), quando, há muitos anos, já existia a rede elétrica passando pelo imóvel, tal como confirmado na perícia à f. 142.

Restou esclarecido ainda que os proprietários não são os mesmos da época da instalação da rede elétrica, motivo pelo qual não assiste aos autores o direito à indenização pleiteada, visto que nenhuma alteração ocorreu no imóvel, desde então.

Dessa maneira, acompanho o voto da eminente Des.ª Relatora.

DES. DUARTE DE PAULA - Peço vista.

DES. DUARTE DE PAULA - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 1°.04.2009, a pedido do Des. Vogal, quando, então, Relatora e Revisor davam provimento.

DES. DUARTE DE PAULA - Tive vista dos autos e neles pude verificar que os apelados são proprietários de terreno por onde passa uma rede de energia elétrica e que, por entenderem estar a limitar o uso de seu imóvel, devem ser indenizados, em constituída a servidão administrativa. No entanto, ao que verifico, o antigo proprietário em 1994 assentiu expressamente com a constituição da servidão e não há, nestes autos, prova alguma de prejuízo suportado, quer por aquele proprietário, quer pelos atuais.

Ademais, o laudo pericial acrescenta a inexistência de qualquer prejuízo imposto pela servidão, quando afirma não ocorrer a desvalorização do imóvel e continua sendo normalmente utilizado.

Assim, entendo correto o entendimento da ilustre Relatora, que referendo totalmente para acolher o apelo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO APELO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 75

ISS - Construção civil - Base de cálculo - Custo do serviço - Totalidade - Voto vencido

Ementa: Direito tributário. Sociedade de construção civil. Base de cálculo. Totalidade do custo do serviço.

- As sociedades de construção civil são contribuintes do ISSQN, e a base de cálculo para a incidência do imposto é o custo do serviço em sua totalidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0035.04.038389-1/001 - Comarca de Araguari - Apelante: Lafarge Brasil S.A. - Apelado: Município de Araguari - 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, em negar provimento ao recurso, vencido o Vogal.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2009. - *Carreira Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. João Henrique Café de Souza Novais.

DES. CARREIRA MACHADO - Sr. Presidente. Ouvi, com muita atenção, as palavras do ilustre advogado, trago voto escrito e passo à sua leitura.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Lafarge Brasil S.A. contra sentença de f. 143/150, proferida pela MM.ª Juíza da 4ª Vara Cível da Comarca de Araguari, que, nos autos da ação ordinária declaratória de efeito condenatório, com pedido de antecipação de tutela proposta contra o Município de Araguari, julgou improcedente o pedido inicial e condenou a empresa ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa, corrigido a partir do ajuizamento.

A tutela antecipada foi parcialmente deferida, a fim de determinar que a autora recolha o imposto devido da forma disposta no art. 9º do Decreto-lei 406/68 (f. 84/85).

Sustenta a apelante, f. 159/170, em preliminar, que a sentença é nula, por violação ao art. 458 do CPC e art. 93, X, da Constituição Federal; no mérito, que a incidência do ISS se encontra submetida ao crivo e aos limites fixados na lei complementar, de modo que a cobrança do ISS deve sempre pautar-se pelo disposto na lei complementar federal, representada pelo disposto no Decreto-lei 406/68 e sua alterações pela Lei Complementar 116/2003; que tem por atividade a prestação dos serviços de concretagem de obras de construção civil, sendo contribuinte de ISSQN; que da base de cálculo do referido tributo tem que ser deduzido o valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços, sem impor qualquer condição, de acordo com o disposto no art. 9º do Decreto-lei nº 406/68 e no art. 7º da LC 116/03; que a legislação municipal (art. 49 da Lei 1.862), ao permitir a dedução, incluiu nova condição - que os materiais fornecidos tenham sido utilizados pelo prestador de serviços fora do local de sua prestação; que tal exigência é descabida, já que ausente a comprovação de que os ditos materiais teriam sido por ela produzidos fora do local de prestação de serviços; que o STF e o TJMG têm reiteradamente decidido que o ISSQN não incide sobre o valor dos materiais utilizados na prestação de serviços de concretagem.

Almeja seja declarada a nulidade do julgado ou, no mérito, que seja reformada a sentença, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Contrarrazões, f. 175/179, pugnando pela manutenção da sentença.

Deixo de remeter os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, visto que esta reiteradamente reputa desnecessária sua intervenção neste tipo de feito, nos termos da Recomendação nº 01/2001 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Conheço do recurso porque presentes seus requisitos de admissibilidade.

A preliminar arguida pela apelante, referente a omissão no julgado, confunde-se com o mérito, razão pela qual farei análise conjunta.

A discussão dos autos restringe-se na possibilidade ou não de dedução da base de cálculo do ISSQN dos valores relativos aos materiais fornecidos na execução dos serviços.

As empresas de construção civil são contribuintes do ISSQN, e a base de cálculo para a incidência do imposto é o custo do serviço em sua totalidade.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona nesse sentido:

> Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Serviço de concretagem. Construção civil. ISS. Base de cálculo. Súmula 167/STJ. Bitributação. Reexame de provas. Súmula 07/STJ.
> I - 'O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS' (Súmula 167/STJ).
> II - Consoante jurisprudência desta Corte, não se admite subtrair da base de cálculo do tributo o montante referente às subempreitadas e aos materiais utilizados.
> III - No que se refere à questão da bitributação, a análise do recurso especial enseja o reexame do substrato fático contido nos autos, uma vez que o Tribunal *a quo* decidiu que não havia comprovação nos autos de que os valores subtraídos sofreram incidência de outro imposto. Incidência à hipótese da Súmula 07/STJ.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 76

IV - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 661. 163/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 08.11.2005, *DJ* de 19.12.2005, p. 223.)

Agravo regimental no recurso especial. Tributário. Ausência de prequestionamento. Aplicação da Súmula 282/STF. Construção civil. Imposto sobre serviços. Base de cálculo. Preço do serviço. Impossibilidade de exclusão dos valores referentes a materiais.
1. De fato, não houve apreciação, pelo Tribunal de origem, do dispositivo de lei apontado pela recorrente como violado, o que impossibilita o julgamento do recurso nobre, por ausência de prequestionamento, conforme dicção da Súmula 282/STF: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada'.
2. Segundo a jurisprudência uniforme desta Corte Superior, as empresas do ramo da construção civil são contribuintes do ISS, não sendo admitido subtrair da base de cálculo do tributo o montante referente às subempreitadas e aos materiais utilizados pela construtora.
3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 621. 484/SP, Rel.ª Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 20.10.2005, *DJ* de14.11.2005, p. 188.)

Recurso especial - Alíneas *a* e c - Tributário - ISS - Construção civil - Base de cálculo - Inclusão do valor dos materiais de construção empregados e pagamentos a subempreiteiros - Precedentes - Ausência de eiva no julgado e de prequestionamento do art. 9º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68 - Divergência jurisprudencial configurada. - A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de apreciar caso análogo ao dos presentes autos e chegou à conclusão de que 'há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que 'as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual' (José Eduardo Soares de Melo, in *Construção civil - ISS ou ICMS?*, in *RDT* 69, p. 253, Malheiros) (EREsp 149.946/MS, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. para o acórdão Min. José Delgado, *DJU* de 20.03.2000). Na mesma esteira, dentre outros, o REsp 256.210/MG, Rel. Min. José Delgado, *DJU* de 25.09.2000.
Deveras, se as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, imposto estadual incidente sobre a circulação de mercadorias, conceito que não se ajusta aos insumos utilizados para a construção de edifícios e outros, os materiais adquiridos com essa finalidade devem compor a base de cálculo do ISS.
O mesmo diga-se em relação ao pagamento efetuado a terceiros, *in casu*, as subempreitadas. Consoante explicita Bernardo Ribeiro de Moraes, 'subempreitada é denominação que se oferece à empreitada menor, isto é, à empreitada secundária. Por meio de subempreitadas são executados trabalhos parcelados, contratados pelo empreiteiro construtor. [...]. Em referência ao ISS, é irrelevante saber se o empreiteiro maior executa pessoalmente a obra pactuada ou se incumbe a terceiros para realizá-la. Ambas as formas de serviços' (empreitada maior ou empreitada menor) são alcançadas pelo ISS (in *Doutrina e prática do imposto sobre serviços*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975).
No tocante à alegada ofensa ao art. 9º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68, impõe-se o não-conhecimento do recurso ante a ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pelo v. acórdão recorrido.
Recurso especial conhecido, em parte, e, na parte conhecida, provido para determinar a inclusão na base de cálculo do ISS dos materiais de construção empregados na construção civil e pagamentos efetuados a subempreiteiros. (REsp 328.427/PR, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 04.11.2003, *DJ* de 02.02.2004, p. 301.)

O Decreto-lei nº 406/68 foi recepcionado pela Constituição da República, gozando do *status* de lei complementar, o que significa que suas regras devem estar absolutamente conformadas ao novo suporte de validade, expresso ou tácito, da nova ordem constitucional.

Bem entendido: a legislação anterior à Constituição nova somente continuará a ter vigência se não a contrariar em seus princípios e regras.

Assim, o Decreto-lei nº 406/68 não contém nenhuma incompatibilidade com a Constituição ao definir o fato gerador do ISSQN. A base de cálculo está definida no *caput* do art. 9º do referido decreto-lei, e aí também não se apresenta qualquer incompatibilidade com a norma fundamental de validade, a Constituição da República (*verbis*):

"Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço."

O § 2º desse artigo prevê a dedução da qual a apelante quer beneficiar-se:

> § 2º Na prestação dos serviços a que se referem os itens 19 e 20 da lista anexa o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes:
> a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços;
> b) ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto.

O § 2º do art. 9º do DL 406/68 cuida de regra de isenção, matéria que, *in casu*, somente o Município pode dispor a respeito, por força do art. 151, III, da Constituição da República, instituidor do princípio segundo o qual "só poderá isentar quem pode tributar", i.e., as isenções só poderão ser concedidas mediante lei emanada do Legislativo competente: para tributos do Estado, lei estadual; do Município, lei municipal (cf. ICHIHARA,Yoshiaki. *Direito tributário na nova Constituição*. 1989, p. 117).

A Lei Complementar nº 116/03, agora vigente e aplicável ao caso ora em análise, da mesma maneira que o Decreto-lei 406/68, prevê e permite a dedução dos materiais na base de cálculo do ISS a pagar, em seu art. 7º:

> Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.
> § 1º Quando os serviços descritos pelo subitem 3.04 da lista anexa forem prestados no território de mais de um Município, a base de cálculo será proporcional, conforme o caso, à extensão da ferrovia, rodovia, dutos e condutos de qualquer natureza, cabos de qualquer natureza, ou ao número de postes, existentes em cada Município.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 77

> § 2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:
> I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar.

Cabe transcrever referidos itens da Lista Anexa:

> 7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços)
> [...]
> 7.05 - Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Todavia, sua realidade não difere daquela vivida pelo Decreto-lei 406, sendo o dispositivo supracitado da lei complementar acima transcrita incompatível, do ponto de vista material, com o regime jurídico tributário disciplinado na Constituição da República.

Dessa forma, padece de inconstitucionalidade o art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei Complementar 116/03.

Aliomar Baleeiro disciplina:

> A Constituição de 1988 vedou à União conceder isenção de tributo estadual ou municipal, conforme art. 151, III, exceção feita às exportações de serviços para o exterior (art. 156, § 3º, II). Assim, não mais subsistem as isenções referidas no Dec.-lei nº406/68 ou em outra lei federal relativamente ao imposto municipal sobre serviços. (BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro Editora Forense, 2003, p. 507.)

Cumpre lembrar que a questão ora ventilada não constitui definição ou fixação de tributo, de base de cálculo ou de fato gerador, matérias essas de competência de lei complementar federal, nos termos do art. 146, III, da Constituição da República.

Na esteira dos posicionamentos dos Tribunais Superiores, entendo que, ao contrário da posição defendida pela empresa apelante, não cabe, para efeitos de cálculo do ISSQN a ser pago pela empresa de concretagem, a dedução do valor dos materiais e insumos utilizados no decorrer do processo que leva à efetiva prestação do serviço em questão. Esses materiais e insumos fazem parte da própria essência do serviço, sendo impossível a prestação do mesmo sem a utilização dos insumos necessários. Assim, não se poderia cogitar da exclusão dos mesmos da base de cálculo do imposto.

No entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça:

> Tributário. ISS. Base de cálculo. Dedução. Inclusão ou não do valor dos materiais de construção empregados por subempreiteira. Súmula nº 167/STJ. Precedentes.
> 1. Da base de cálculo do ISS não deve ser deduzido o valor dos materiais de construção utilizados pela prestadora do serviço.
> 2. A base de cálculo para apuração do total do tributo devido é o custo do serviço em sua totalidade.
> 3. Aplicação da Súmula nº 167/STJ: 'O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS'.
> 4. Precedentes das egrégias 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça.
> 5. Recurso desprovido. (STJ, REsp 256210/MG, 1ª Turma, Relator Min. José Delgado, j. 15.08.2000.)

Portanto, torna-se forçoso concluir que apenas lei municipal de Araguari poderá instituir isenção, total ou parcial, relativa ao ISS, respeitados os princípios e as regras instituídos na Constituição, no Código Tributário Nacional e na Lei Complementar 116/03.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Registro ter ouvido, com atenção, a sustentação oral produzida pelo ilustre advogado e me ponho de acordo com o Relator.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Sr. Presidente. Peço vênia ao eminente Relator e a V. Ex.ª, como Revisor, para ousar apresentar uma divergência. Vivemos num país cuja carga tributária é notoriamente excessiva - ainda há pouco o Estado de São Paulo reeditou um movimento nacional nessa luta pela redução da carga tributária instalando o famoso "impostômetro", pelo qual se vê que o brasileiro trabalha de janeiro até quase o final de maio para pagar tributos, e temos que ter esse cuidado quando, veladamente, procura-se impingir uma bitributação e até uma tritributação, e é justamente o caso em exame, em que o egrégio Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, se a empresa fornecedora de concreto põe seus veículos na rua e no trajeto entre o estabelecimento e o local da entrega do material esses veículos vão elaborando o concreto, isto é uma prestação de serviços, e, portanto, a tributação teria como base de cálculo a totalidade cobrada do adquirente.

Com a devida vênia, e com base até no entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal, não empresto a minha adesão a este entendimento - a matéria-prima e os produtos intermediários empregados na elaboração do concreto já foram tributados; o que a empresa concreteira realmente recebe, aufere, é a diferença entre o que ela cobra do cliente e essas matérias-primas e produtos intermediários que ela emprega.

Daí, tanto o Decreto-lei nº 406 quanto a já não tão recente Lei Complementar nº 116/2003, sabiamente, preveem a possibilidade de dedução, e, sem dúvida, a

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 78

nosso aviso, a base de cálculo é só esta diferença que mencionei entre o que, efetivamente, é cobrado do cliente, deduzido ou deduzidos os valores relativos às matérias empregadas.

Então, com esses fundamentos e reiterando o meu pedido de vênia, dou provimento à apelação e, em consequência, reformo a sentença para julgar procedente a pretensão inicial, invertidos os ônus da sucumbência.

É como voto.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

...

Ação ordinária de anulação de título - Duplicata sem aceite - Simulação - Título causal - Credor - Ônus da prova da validade dos títulos - Não comprovação

Ementa: Ação ordinária de anulação de título. Duplicatas sem aceite. Simulação. Título causal. Ônus do credor em provar a validade dos títulos. Não comprovação.

- Na duplicata mercantil sem aceite, não há que se falar em abstração do título e autonomia do crédito, que não se desvincula do negócio subjacente. Assim, apontada para protesto, alegando o devedor inexistir *causa debendi* a justificar emissão do título, ao credor incumbe o ônus de comprovar a efetiva remessa e o recebimento das mercadorias ou a prestação de serviços.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0596.07.043764-2/001 - Comarca de Santa Rita do Sapucaí - Apelante: Cash Factoring Fomento Mercantil Ltda. - Apelado: Valelux Indústria Eletrônica Ltda. - Litisconsorte: LM Montagens & Servicos Ltda. - 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, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 4 de junho de 2009. - *Antônio Bispo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO BISPO - A apelante interpôs recurso em face da sentença prolatada pelo Juízo de primeiro grau, na ação ordinária de anulação de título, que julgou procedente o pedido inicial, declarando a nulidade das duplicatas nº 1.526/B e nº 1.526/C.

Aduz a apelante (f. 119/127) que razão não assiste à empresa apelada, tendo em vista que suas alegações não seriam verdadeiras. E que o ônus de provar a emissão das duplicatas em tela foi desincumbido pela apelada dentro dos limites de uma operação de *factoring*.

Afirma que é impossível comprovar em uma típica relação comercial a remessa ou o recebimento de mercadorias, invocando a necessidade para o caso da inversão do ônus da prova.

Alega que, ao efetuar a compra de todas as duplicatas da sacada, a empresa apelada, sempre entrou em contato com a mesma a fim de certificar-se sobre a liquidez e viabilidade dos títulos. E que, nesses contatos, funcionários da empresa sacada sempre confirmaram a referida liquidez.

Informa que as notificações foram feitas à apelada. E que restaram comprovados nos autos o comunicado, bem como os documentos emitidos pelo Banco do Brasil, os quais constam de boletos bancários previamente enviados, indicando os números das duplicatas, os seus valores, a data de seus vencimentos, o nome da empresa emitente do título (apelada).

Assevera que isso seria prova irrefutável da cientificação da empresa devedora, apelada, da existência de novo credor da obrigação contratada com segunda requerida, LM Montagens e Serviços Ltda.

Ainda, que a empresa apelada sempre manteve acordos comerciais com a empresa LM, segunda requerida, tendo em vista as relações contratuais e cambiais estabelecidas pela emissão de duplicatas e venda junto à empresa apelante.

Que a cessão de títulos é inegável e não há razão para a anulação dos títulos *in casu*, visto ter ocorrido a cessão de direitos.

Por fim, requer que seja julgado improcedente o pedido de anulação dos títulos executivos em questão. Pugna pela reforma da sentença primeva, sob o argumento de que a referida decisão lhe acarreta prejuízo e ao mesmo tempo enriquecimento indevido da apelada.

Contrarrazões às f. 131/135.

Conheço da apelação visto que presentes os seus pressupostos recursais.

Diante da inexistência de preliminares, passo diretamente a analisar o mérito.

Vislumbro não assistir razão à apelante em seus argumentos. Restou comprovado nos autos que a elaboração das duplicatas se deu de forma fraudulenta, tendo em vista a inexistência de aceite, carimbo e assinatura do emitente dos títulos.

A emissão das referidas duplicatas ocorreu com intuito de colocá-las em circulação para levantamento de valor.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 79

Diante disso, depreende-se dos autos que a empresa apelada foi vítima de simulação da segunda empresa requerida, que foi declarada revel. Esta teria emitido três duplicatas em nome da apelada junto à apelante, sem a existência de qualquer negociação entre elas.

O Juiz *a quo* agiu acertadamente ao determinar em sua decisão a nulidade das referidas duplicatas.

O título de crédito em tela é causal, o que a distingue dos outros títulos de crédito. Por essa qualidade, constata-se que a duplicata só pode ser emitida em decorrência de uma compra e venda ou da prestação de um serviço.

Para ser considerada válida, a duplicata depende da participação do sacado, aceitando-a ou expressando, em documento, o reconhecimento das mercadorias, conforme determina o art. 15, II, *b*, da Lei nº 5.474/68, *in verbis*:

> Art. 15 - A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar:
> [...].
> II - de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente:
> [...].
> b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria.

É de se observar, no caso, que se trata de duplicatas sem aceite e desacompanhadas de comprovante de entrega e recebimento das mercadorias ou prestação de serviço, conforme f. 16/18.

O Duarte Costa adverte que:

> A duplicata é um título de crédito causal e à ordem, que pode ser criada no ato da extração da fatura, para circulação como efeito comercial, decorrente da compra e venda mercantil ou da prestação de serviços, não sendo admitida outra espécie de título de crédito para documentar o saque do vendedor ou prestador de serviços pela importância faturada ao comprador ou ao beneficiário dos serviços.
> A duplicata admite o aceite do devedor e não é cópia ou segunda via da fatura. Nela não se discriminam as mercadorias vendidas ou serviços prestados, o que deve ser feito na nota fiscal ou na fatura correspondente. [...].

E prossegue:

> Embora seja um título causal, não é a duplicata título representativo de mercadorias ou de serviços. Exige uma provisão determinada, que se consubstancia no valor da compra e venda de mercadorias ou da prestação de serviços, discriminados na fatura ou na nota fiscal. Sem tal provisão a duplicata torna-se sem lastro e é chamada de fria (COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 377).

Assim, possível se concluir que a duplicata só se torna um título abstrato quando se desvincula do negócio originário, a partir do aceite, momento em que reconhece a exatidão do crédito e a obrigação de pagá-lo.

Nos presentes autos, não ficou comprovada a existência de negócio jurídico subjacente, para fins de cobrança, o que deveria ter sido feito pela parte credora.

Esta tem o dever de colher a assinatura do comprador, ou de seu preposto, quando da tradição da coisa negociada ou da conclusão do serviço prestado.

A apelante invoca, equivocadamente, a necessidade de inversão do ônus da prova. Porém, não há que se falar em tal instituto, conforme, inclusive, a brilhante decisão do Juiz primário.

Insta salientar que a autora, ora apelada, trouxe juntamente com inicial, à f. 16, cópia da nota fiscal que teria dado origem às supostas duplicatas, objeto da lide.

A referida nota encontra-se sem data de recebimento, bem como sem identificação e assinatura do recebedor, caracterizando-a como "fria", o que leva a crer que não existiu negócio com a segunda requerida que justificasse sua emissão.

Não há dúvida de que cabia às rés comprovarem, através de documentos, a existência do negócio jurídico para justificar a emissão das duplicatas. Todavia, isso não ocorreu.

Ademais, seria extremamente gravoso atribuir à empresa sacada o ônus de comprovar que nunca comercializou com a emissora, uma vez que para simular a duplicata basta o CNPJ e o endereço da empresa.

A jurisprudência é nesse sentido:

> Ação declaratória. Duplicata. Contrato. Prestação de serviço. Emissão irregular. Inexigibilidade do título. Protesto indevido. Cancelamento. - Nos termos do art. 20, § 1°, combinado com o art. 15, inciso II, da Lei 5.474/68, para o saque da duplicata é imprescindível a comprovação da efetiva prestação dos serviços contratados, sendo inadmissível a emissão fundada em notas fiscais que unilateralmente quantificam bonificações que poderiam ser eventualmente concedidas em reconhecimento da boa qualidade dos serviços especificados no contrato. Inexistindo demonstração nos autos de que a emissão da duplicata se deu de forma regular, já que não provada a existência da dívida líquida, certa e exigível no valor do título, diante da negativa do débito pela devedora, deve ser declarada a inexigibilidade do título e cancelado o respectivo protesto, posto que indevido.

Quanto às alegações da apelante de que ocorreu a cessão de crédito e de que é endossatária de boa-fé, entendo que, ao protestar o título, a mesma assumiu o risco de causar prejuízos à apelada.

E, mais, antes de levar as duplicatas a protesto, cabia à empresa credora verificar se elas possuíam *causa debendi*, além de avaliar a existência de aceite.

Pelo posto, verifica-se que o protesto foi indevido e que as referidas duplicatas se encontram irregulares, necessária será a decretação da nulidade destas, conforme decisão em sentença primeva.

Considerando todos esses fatos, nego provimento ao recurso, ficando mantida incólume a respeitável sentença recorrida.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 80

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES e MAURÍLIO GABRIEL.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Sigilo fiscal - Requisição de informações - Receita Federal - Deferimento - Informações disponíveis - Secretaria do Juízo - Juntada ao processo - Fornecimento de cópias - Impossibilidade - Instrução nº 253/96 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais

Ementa: Sigilo fiscal. Requisição de informações. Receita Federal. Deferimento. Informações disponíveis na Secretaria do Juízo. Impossibilidade de juntada ao processo e de fornecimento de cópias à parte.

- A fim de se resguardar o sigilo das informações prestadas pela Receita Federal, as informações devem ser mantidas na Secretaria do Juízo, não sendo prudente que sejam fornecidas diretamente ao Procurador do Estado ou juntadas ao processo, uma vez que o sigilo fiscal e o bancário são garantias constitucionais.

- A Instrução nº 253/96, de 11.04.96, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, visando evitar a quebra do sigilo fiscal e respeitar a privacidade de cada um, estabelece que 'A declaração de imposto de renda requisitada pelo juízo à Receita Federal dentro dos autos deverá ser arquivada pelo escrivão, por ordem alfabética, de modo a permitir ao advogado da parte interessada a sua leitura e anotações pertinentes e necessárias à regular tramitação do feito, sendo vedada a extração de cópia pela parte. Ao processo deverá ser juntado o ofício que encaminhou a declaração, intimando-se a parte sobre o recebimento da cópia da declaração, vedado o acesso a terceiros estranhos à lide'.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0394.06.059392-5/001 - Comarca de Manhuaçu - Agravante: Estado de Minas Gerais - Agravado: Wilson Romualdo da Silva - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 7 de abril de 2009. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Trata-se de agravo de instrumento proposto pelo Estado de Minas Gerais contra Wilson Romualdo da Silva, visando à reforma da decisão do Juiz de primeiro grau de f. 55 (f. 62-TJ), que indeferiu o pedido de disponibilização da declaração de imposto de renda em envelope lacrado, constante nos autos da execução fiscal, direcionado ao Procurador do Estado.

Em suas razões recursais, alega o agravante que foi informado de que as respostas enviadas pela Secretaria da Receita Federal, relativamente à executada, encontram-se guardadas na Secretaria da comarca, à disposição das partes e do Juízo. Informa que a comarca é muito distante da sede da Procuradoria Regional do Estado localizada em Ipatinga. Alega que o conteúdo da declaração do imposto de renda faz parte da decisão judicial que o disponibilizou ao Procurador do Estado, portanto, a declaração do imposto de renda deve acompanhar os autos da execução fiscal. Alega ainda que o deferimento do pedido encontra guarida na norma que exige a intimação pessoal, nos princípios da indisponibilidade do interesse público, da eficiência, da celeridade e da economia processual. Aduz que não há justificativa legal a amparar a decisão recorrida, que indeferiu pedido de disponibilização da declaração do imposto de renda em envelope lacrado.

O agravado ainda não compõe a lide. Recebo o agravo no efeito devolutivo.

Conheço do agravo de instrumento, presentes os pressupostos de admissibilidade.

O agravante se insurge contra a decisão que indeferiu o pedido de disponibilização do envelope lacrado com a declaração de imposto de renda do agravado nos autos da execução fiscal.

Conforme se verifica dos autos, o envelope com as declarações do imposto de renda do agravado encontra-se disponível ao agravante na Secretaria do Juízo de Manhuaçu.

O agravante alega que a Comarca de Manhuaçu fica a uma distância de 164,84 km da sede da Procuradoria Regional do Estado em Ipatinga, motivo pelo qual as informações da declaração do imposto de renda devem ser disponibilizadas diretamente ao Procurador, o que vai de encontro aos princípios da eficiência e da indisponibilidade do interesse público.

O art. 198 do Código Tributário Nacional estabelece o sigilo fiscal proibindo a divulgação, para qualquer

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 81

fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, conforme ali expressamente consta. Abrange informações sobre rendas e bens, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

O sigilo, tanto o fiscal como o bancário, contempla a tutela de questões fundamentais da cidadania, abrangendo ainda

> a proteção das áreas recônditas da personalidade, pressuposto para fruição de outros direitos humanos, como a liberdade, propriedade e a segurança, etc. (*Estudos e pareceres - direito público*. Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 59).

Alexandre de Moraes anota que:

> as informações relativas ao sigilo fiscal somente poderão ser devassadas em caráter excepcional e nos estritos limites legais, pois as declarações prestadas para fins de imposto de renda revestem-se de caráter sigiloso, e somente motivos excepcionais justificam a possibilidade de acesso por terceiros, havendo necessidade de autorização judicial, no interesse da Justiça, ou ainda, nos casos de assistência mútua entre as Fazendas Públicas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (*Direito constitucional*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 82/83).

Não ocorre, aqui, qualquer motivo excepcional, não justificando a exceção mero intuito de maior conforto ou conveniência do Procurador, que não se confunde com o interesse público.

Embora a Comarca de Manhuaçu esteja a 164,84 km de Ipatinga, esta distância não impossibilita o agravante de obter as informações das declarações do imposto de renda que se encontram naquela comarca.

Esse procedimento visa garantir o sigilo das informações prestadas pela Receita Federal, a fim de que terceiros não tenham acesso às mesmas.

O fato de a Procuradoria Regional de Ipatinga responsabilizar-se por várias comarcas não significa a necessidade de deslocamento do Procurador a todas elas, uma vez que as informações a respeito do imposto de renda são fornecidas em casos excepcionais, e não em todos os processos, nem a dispensa de respeitar o sigilo fiscal.

Ademais, a espécie é regulamentada em nosso Estado e deve ser observada a Instrução nº 253/96, de 11.04.96, da Corregedoria-Geral de Justiça, que dispõe acerca do procedimento que deverá ser adotado quando do recebimento das cópias das declarações do imposto de renda, o que visa evitar a quebra do sigilo fiscal. Confira-se:

> A declaração de imposto de renda requisitada pelo Juízo à Receita Federal dentro dos autos, deverá ser arquivada pelo escrivão, por ordem alfabética, de modo a permitir ao advogado da parte interessada a sua leitura e anotações pertinentes e necessárias à regular tramitação do feito, sendo vedada a extração de cópia pela parte.
>
> Ao processo deverá ser juntado o ofício que encaminhou a declaração, intimando-se a parte sobre o recebimento da cópia da declaração, vedado o acesso a terceiros estranhos à lide.

Assim sendo, não se encontra presente o *fumus boni iuris* a ensejar o provimento buscado.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo de instrumento.

Custas recursais, pelo agravante, na forma da lei.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação monitória - Nota promissória - Endosso póstumo - Notificação do devedor - Ausência - Cessão de crédito - Ilegitimidade ativa

Ementa: Ação monitória. Nota promissória. Endosso póstumo. Notificação do devedor. Ausência. Cessão de crédito. Ilegitimidade ativa.

- Sendo o endosso posterior ao protesto ou posterior ao prazo para a medida, produz apenas os efeitos de uma cessão ordinária de crédito.

- De conformidade com o art. 290 do atual Código Civil, antigo art. 1.069 do Código Civil de 1916, a cessão de crédito não tem validade em relação ao devedor, senão quando este é devidamente notificado.

Recurso principal provido. Recurso adesivo prejudicado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0481.07.076815-7/001 - Comarca de Patrocínio - Apelante: Jair Nunes - Apelante adesivo: Marcelo Oliveira Nunes - Apelados: Jair Nunes, Marcelo Oliveira Nunes - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E JULGAR PREJUDICADO O ADESIVO.

Belo Horizonte, 28 de maio de 2009. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 82

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelante principal, o Dr. Cantinila Bezerra de Carvalho e assistiu ao julgamento, pelo apelante adesivo, o Dr. Rafael Antônio Paula de Almada.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Ouvi com atenção a sustentação oral proferida da tribuna e registro, ainda, ter recebido memorial apresentado pelo apelante adesivo.

Tratam os autos de embargos à ação monitória fundada em nota promissória prescrita, ao argumento de ser o embargado carecedor de ação, ante sua ilegitimidade ativa para propor a ação, em razão de ter recebido o título através de endosso tardio, ou póstumo.

O embargante alegou que a nota promissória foi endossada ao embargado após o esgotamento do prazo prescricional, não tendo ocorrido a necessária notificação do devedor, o que implica sua ilegitimidade passiva, ressaltando que o endossante é o único legitimado para figurar no pólo passivo da presente demanda.

Alega ter ocorrido a compensação do seu débito com o débito do endossante da nota promissória, salientando haver má-fé do cedente para burlar a compensação dos débitos, apontando, ainda, a cobrança incorreta de juros de mora.

A r. decisão recorrida julgou parcialmente procedentes os embargos, apenas para afastar os juros incidentes antes da citação, condenando o embargante ao pagamento da importância de R$39.222,12, acrescida de correção monetária e de juros de 1% ao mês, desde a da citação.

Ademais, condenou cada uma das partes a arcar com 50% das custas processuais e com os honorários advocatícios de seus próprios patronos.

O apelante principal pretende a reforma da decisão de 1º grau, reiterando os termos dos embargos.

Enfatiza ter ocorrido má-fé do endossante e do embargado, que agiram com vistas a evitar a compensação de créditos antes negociada.

Requer o provimento do recurso, para que seja julgado extinto o processo sem resolução de mérito, com a condenação do apelado ao pagamento de custas de sucumbência.

Sucessivamente, pretende seja reconhecida a ocorrência de cessão de crédito, para que se possibilite a oposição de todas as defesas ao endossante, reconhecendo-se a compensação de créditos.

O apelante adesivo pretende a reforma do julgado, alegando que os juros de mora devem ser computados desde a data do vencimento do título.

A sentença recorrida foi publicada em 27 de agosto de 2008, vindo a apelação principal em 11 de setembro, no prazo recursal, acompanhada do devido preparo.

O apelante adesivo foi intimado para apresentar contrarrazões em 24 de setembro de 2008, vindo seu recurso em 9 de outubro, também no prazo legal, e acompanhado do devido preparo.

Estão presentes, portanto, os requisitos para conhecimento dos recursos.

I - Recurso principal.

1.1 - Carência de ação.

A ação monitória, à inteligência do art. 1.102a do CPC, compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Ao embargar a monitória, o devedor instaura um procedimento incidental de natureza cognitiva exauriente, sujeito ao procedimento comum, competindo-lhe, portanto, o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito.

Compulsando os autos, f. 07, verifica-se que a presente ação monitória se funda em nota promissória emitida pelo embargante/apelante principal, em favor de Joaquim Nunes, com vencimento em 8 de agosto de 2004, e endossada ao embargado, Marcelo de Oliveira Nunes, em 4 de setembro de 2007.

Desse modo, constatada a existência de endosso em favor do embargado, este teria, em princípio, legitimidade para compor o pólo ativo da presente demanda.

Entretanto, verifica-se que a nota promissória foi repassada ao embargado em 4 de setembro de 2007, após a prescrição do título e após o prazo para seu protesto, caracterizando-se, assim, a mera cessão civil, em razão de haver endosso póstumo ou tardio.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial:

> Se o endosso foi dado após o protesto ou após o prazo para se fazer o protesto, tal endosso produz apenas os efeitos de uma cessão ordinária de crédito. (COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. 2. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.180.)

Ressalte-se que o prazo para protesto da nota promissória é de dois dias úteis seguintes àquele em que a nota é pagável, por aplicação do art. 77, cumulado com art. 44 do Decreto 57.663.

De conformidade com o art. 290 do atual Código Civil, que reproduziu o art. 1.069 do Código Civil de 1916, a cessão de crédito não tem validade em relação ao devedor, senão quando este é devidamente notificado.

Embora a lei não exija uma formalidade específica para a notificação, no caso dos autos, constata-se que o apelante principal/embargante alegou não ter tomado conhecimento da ocorrência da cessão do crédito, afirmação que não foi impugnada pelo embargado.

Desse modo, a cessão de crédito não surtiu qualquer efeito em relação ao apelante principal, sendo o apelado, portanto, parte ativa ilegítima para pleitear o pagamento do débito estampado na nota promissória.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 83

Nesse sentido, é a jurisprudência:

> Agravo de instrumento. Cessão de crédito. Necessidade de notificação do devedor para reconhecimento da ilegitimidade passiva. - A legitimidade passiva *ad causam* decorre do fato de ser o réu a pessoa indicada, em caso de procedência da ação, para suportar os efeitos oriundos da sentença. A cessão de crédito só surte efeitos contra o devedor se lhe foi dada ciência dela; descumprida essa exigência legislativa, o cedente não fica desincumbido da responsabilidade contratual assumida. (TAMG-3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 355306-8, Rel. Juiz Wander Marotta, data de julgamento 06.02.2002.)

> Embargos do devedor. Execução intentada por cessionário de credito. Ausência de notificação formal da cessão ao devedor. Art. 1.069 da Lei nº 3.071/1916, vigente a época do negócio. -Falece legitimidade para a execução ao cessionário de crédito cujo direito não tem eficácia perante o devedor. Sentença mantida, embora por fundamento diverso. Apelo improvido. (TJRS - Apelação Cível nº 70005896154, 20ª Câmara Cível, Rel. José Conrado de Souza Júnior, 30.04.2003.)

Cumpre ressaltar que a citação válida não supre a notificação do devedor, uma vez que esta deve ocorrer à época da cessão do crédito, para se evitar que o devedor pague a dívida àquele que deixou de ser seu credor.

Dessarte, impõe-se reconhecer a ilegitimidade ativa do apelado para pleitear o pagamento do débito estampado na nota promissória, uma vez que o endosso foi realizado após a prescrição do título, aliado ao fato de não ter sido notificado o apelante acerca da cessão do crédito.

II - Recurso adesivo.

Em vista do julgamento proferido no recurso principal, resta prejudicada a análise do recurso adesivo.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso interposto por Jair Nunes, para acolher os embargos à ação monitória aviada por Marcelo Oliveira Nunes, julgando extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, CPC, condenando o apelante adesivo ao pagamento de custas processuais, inclusive recursais, e honorários advocatícios ao patrono do apelante principal, arbitrados em R$1.000,00.

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Também ouvi com atenção o ilustre advogado e estou acompanhando a Relatora.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Acuso ter recebido memorial da lavra tanto do apelante adesivo quanto da lavra do escritório do douto causídico agora na tribuna.

Estou acompanhando na íntegra o voto da em. Des.ª Relatora.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E JULGARAM PREJUDICADO O ADESIVO.

...

Ação cominatória - Obrigação de fazer - Indenização - Dano moral - Dano material - Pedido de antecipação de tutela - Cumulação de ações - Instituição particular de ensino superior - Registro de diploma no Conselho Regional de classe - Indeferimento - Ato arbitrário do conselho - Fiscalização e reconhecimento de instituição de ensino superior - Autonomia dos Estados-membros - Instituição vinculada ao sistema estadual de ensino - Reconhecimento do MEC - Desnecessidade - Regularidade dos cursos

Ementa: Instituição particular de ensino superior. Registro do diploma no Conselho Regional de Medicina Veterinária. Impossibilidade do registro. Ato arbitrário do Conselho Regional. Regularidade do curso ministrado. Regularidade da documentação fornecida pela universidade. Instituição vinculada ao sistema estadual de ensino. Reconhecimento pelo MEC. Desnecessidade. Possível conflito de lei objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta perante o STF. Inexistência de ato ilícito praticado pela instituição de ensino superior. Registro posterior do diploma por ato de revisão do Conselho Regional de classe, sem a interferência prévia da universidade. Reconhecimento da regularidade dos cursos.

- Se há recusa por parte do Conselho Regional da categoria, no caso dos autos Medicina Veterinária, em aceitar o diploma para concessão do registro profissional, sem demonstração de irregularidade do curso ou da instituição educacional que o ministrou, tal ato se caracteriza como arbitrário, mormente se a justificativa apresentada reside em interpretação de lei defendida pelo Procurador-Geral da República, sem força modificativa da lei vigente, pendente de análise pela Justiça por decorrência de ação direta de inconstitucionalidade.

- Se a legislação vigente coloca a instituição de ensino sob a supervisão do governo estadual, não se pode exigir da referida instituição o registro de curso junto ao Órgão Federal, através do MEC, por inexistir obrigatoriedade para tal, mostrando-se ilegal a exigência feita pelo Conselho Regional de classe, fato que não configura qualquer ilícito por parte da universidade que possa gerar a indenização por dano moral.

- Situação impeditiva do registro do diploma que independeu de ato omissivo ou comissivo da instituição de ensino.

- Inexistindo a demonstração de ato ilícito praticado pela instituição de ensino, improcede o pedido de indenização por dano moral, mormente se há, posteriormente, regularidade do registro do diploma junto ao Conselho

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 84

Regional da categoria, em revisão de sua decisão, sem qualquer interferência da citada instituição de ensino, presumindo-se regulares todos os atos por ela praticados anteriormente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0016.08.081511-7/001 - Comarca de Alfenas - Apelantes: 1º) Eliane Cristina Bertolla, 2º) Unifenas - Universidade José Rosário Velano - Apeladas: Unifenas - Universidade José Rosário Velano, Eliane Cristina Bertolla - 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 JULGAR PREJUDICADO O PRIMEIRO RECURSO E DAR PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 16 de abril de 2009. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Trata-se de 2 (dois) recursos de apelação interpostos, o primeiro por Eliane Cristina Bertolla, e o segundo por Unifenas - Universidade José do Rosário Velano, em face da sentença proferida pelo il. Juiz, que julgou procedente o pedido indenizatório formulado na ação cominatória c/c danos morais proposta pela primeira apelante.

Sustenta a primeira apelante que há a necessidade de reforma do julgado, para majoração do *quantum* indenizatório e extensão do prazo de pagamento dos danos materiais.

Sustenta a segunda apelante que há a necessidade de reforma do julgado, para que os pedidos iniciais sejam julgados improcedentes.

Contrarrazões devidamente apresentadas.

Preparo constante de f. 209 relativamente ao segundo apelo, estando isenta a primeira apelante.

Este é o relatório. Decido.

Trata-se de ação denominada "cominatória de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e morais com pedido de antecipação de tutela", promovida pela primeira apelante, Eliane Cristina Bertolla, em face da segunda apelante, asseverando que desde 1998 foi acadêmica no curso de Medicina Veterinária, concluído em 14.09.07. Entretanto, segundo a inicial, após a formatura, ao tentar se inscrever no Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo-SP, ficou impedida porquanto o curso não estava reconhecido pelo MEC, além de estar sendo cobrada, agora, pelo financiamento estudantil anteriormente obtido junto à CEF, decorrente do programa Fies.

Acrescentou, ainda, a primeira apelante que chegou a propor mandado de segurança perante a Justiça Federal, processo nº 2007.61.00.031320-4, com ordem denegada ao final.

Ao final da inicial, pleiteou a primeira apelante que a apelada fosse compelida a promover os meios necessários para regularização do curso, a fim de possibilitar a inscrição daquela primeira junto ao CRMV-SP, além de indenização por danos morais e materiais.

A sentença proferida, constante de f. 149/165, julgou procedente o pedido, condenando a universidade ao pagamento de 6 (seis) salários-mínimos à primeira apelante, pelo tempo em que esta última ficou impedida de exercer a profissão de veterinária e até a liberação da inscrição junto ao CFMV, além de danos morais no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais).

Passo inicialmente à análise do segundo recurso de apelação, porquanto a matéria recursal apresentada precede a do primeiro apelo.

Sustenta a segunda apelante que o curso de medicina veterinária foi reconhecido pela Portaria nº 342 do Ministério da Educação em 31.07.84, quando ainda não havia sido instituída a Universidade de Alfenas, que, por sua vez, somente foi reconhecida em 13.12.88, passando o citado curso a integrar a sua grade de cursos oferecidos.

Sustenta, mais, que cumpriu todas as exigências legais previstas na Lei 9.394/96, sendo que não praticou qualquer ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que impedisse a apelada de realizar a sua inscrição junto ao Conselho Regional de Medicina Veterinária.

Citando vários julgados ocorridos no âmbito da Justiça Federal, em casos análogos ao caso da apelada, procurou demonstrar que o Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo é quem deu causa ao ilícito, impedindo a inscrição da apelada. Acrescenta que durante vários anos as inscrições dos novos profissionais junto ao Conselho Regional foram realizadas e que, somente no ano de 2007, referido órgão recusou proceder às inscrições.

Salienta, também, que a sentença foi equivocada ao afirmar que os diplomas somente seriam válidos se expedidos pelo Ministério da Educação. Esclarece que existem 2 (dois) sistemas educacionais no País, um de ordem federal e outro estadual, estando a apelante inserida no segundo sistema, cujo reconhecimento é feito somente pelo Conselho Estadual de Educação e decreto do Governador do Estado de Minas Gerais.

Por fim, pede pela improcedência dos pedidos formulados na inicial.

Analisando detidamente e de forma meticulosa todos os documentos constantes dos autos, teço algumas considerações iniciais e necessárias para o deslinde do feito, senão vejamos:

O ofício constante de f. 20/21, juntado pela apelada Eliane Cristina Bertolla, se constitui em documento

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 85

assinado pelo Presidente do Conselho Regional de Medicina de São Paulo, cujo teor indefere a inscrição da apelada junto aos quadros daquele Conselho. Justificando esse indeferimento, sustenta o Presidente do CRMV/SP, que existem 2 (dois) sistemas de educação no Brasil, sendo um de ordem federal e outro de ordem estadual. Acrescenta que a parte apelante se constitui em uma instituição de ensino privada e, como tal, considera que, não sendo a apelante uma instituição pública estadual, o reconhecimento de seus cursos deveria ser feito, exclusivamente, pelo MEC.

Consta ainda dos autos, às f. 40/47, a cópia do mandado de segurança impetrado pela apelada Eliane Cristina contra o Presidente do Conselho Regional de Medicina Veterinária-SP, objetivando a inscrição naquele Conselho.

Consta também a existência de uma ação direta de inconstitucionalidade, ADI 2501, proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, artigo que prevê a manutenção das atuais instituições de ensino superior integradas à Administração Pública estadual, com supervisão do Conselho Estadual de Educação.

Tais fatos, por si só, demonstram que o litígio foge da esfera da vontade da apelante para possibilitar a inscrição dos novos profissionais junto aos Conselhos Regionais inerentes aos cursos superiores oferecidos.

Verifico, mais, que a parte apelante sempre ministrou os seus cursos superiores, inexistindo nos autos qualquer informe sobre possível impossibilidade de os formandos se registrarem junto aos Conselhos Regionais, relativamente aos anos anteriores, excluindo-se o ano de 2007, quando o CRMV-SP se recusou a proceder à inscrição da apelada, com base em nova interpretação de lei de sua parte, até então não realizada.

Logo, é fato inconteste nos autos de que os cursos ministrados pela apelante sempre foram regulares, excetuando-se o caso presente dos autos, cuja irregularidade está sendo apontada pelo Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo, por questão afeta à nova interpretação da lei, interpretação esta que, diga-se de passagem, decorre da simples propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2501, já que não há nos autos a indicação de motivo outro a justificar o ato praticado.

Está evidenciado nos autos que o Conselho Regional de Medicina Veterinária-SP, ao impedir a inscrição junto aos seus quadros da parte apelada, Sr.ª Eliane Cristina Bertolla, não está propriamente demonstrando a existência de irregularidade do curso ministrado pela apelante, mas dando interpretação diversa à lei, interpretação que não fora dada nos anos anteriores, fato este que reitero.

Assim, o entendimento do Conselho Regional de Medicina Veterinária de SP não tem eficácia jurídica e legal e somente pode prevalecer se julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade proposta, o que ainda não houve. Logo, é de se reconhecer a legalidade e eficácia das leis então vigentes, onde se destaca o art. 82 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, que coloca a apelante, Unifenas, sob a orientação do Sistema Estadual de Ensino, através do Conselho Estadual de Educação, ressoando daí a arbitrariedade tomada pelo Presidente do CRMV-SP através do documento de f. 20/21.

Estes fatos demonstram que a discussão não gira em torno de ato omissivo ou comissivo praticado pela parte apelante, visto que não há nos autos qualquer demonstração ou prova de irregularidade nos cursos ministrados, mas simplesmente nova interpretação dada à lei, de forma arbitrária a meu ver, por um dos Conselhos Regionais, justamente aquele que terminou por impedir o registro da parte apelada Eliane Cristina.

Cito recente julgado ocorrido nesta Casa, cujo objeto de análise é o mesmo constante destes autos:

> Agravo de instrumento. Ação cominatória. Antecipação dos efeitos da tutela. Ausência dos pressupostos legais. Indeferimento. Fiscalização e reconhecimento de instituições de ensino superior. Autonomia dos Estados-membros. Instituições vinculadas ao sistema estadual de ensino. Reconhecimento do MEC. Desnecessidade. Recurso provido. - Nos termos do art. 273 do CPC, o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela, desde que, diante da prova inequívoca dos fatos alegados pelos autores, se convença da verossimilhança de suas alegações, estando presente o fundado receio de dano grave ou de difícil reparação. - Inicialmente, cumpre consignar que, nos termos do art. 211 da CR/88, 'a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino'. - Por outro lado, remetendo-se à Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, constata-se que todos os entes federativos terão autonomia para gerir e organizar os seus próprios sistemas de ensino. - Resulta do exposto que caberá aos Estados-membros fiscalizar e autorizar o funcionamento das instituições de ensino superior que integrem o seu próprio sistema de ensino, sem qualquer vínculo ou interferência de entidades vinculadas à União (Processo: 1.0145.07.406259-0/001 - Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha - 15.01.08).

Por ocasião do voto proferido, trago à tona parte do voto e entendimento do il. Relator Des. Eduardo Mariné da Cunha:

> Da análise dos autos, conforme demonstra o Decreto f. 152, TJ, constata-se que a recorrente é integrante do sistema estadual de educação do Estado de Minas Gerais.
> Com efeito, nos termos da legislação supratranscrita, é unicamente da competência do governo estadual reconhecer e autorizar o funcionamento de universidades vinculadas ao seu sistema de ensino, bem como o exercício de atividades relacionadas à prestação de serviços educacionais.
> Portanto, não vislumbro qualquer irregularidade no curso de medicina veterinária patrocinado pela agravante, uma vez que os documentos de f. 151/152-TJ atestam o seu

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 86

> reconhecimento pelo governo estadual, com fundamento em parecer emitido pelo CEEMG, prorrogando o seu credenciamento até setembro de 2010.
> Nessa esteira, diante da autorização e do credenciamento realizado pelo governo estadual, não haveria qualquer irregularidade na oferta do mencionado curso de ensino superior pela recorrente, sendo, em princípio, válidos e reconhecidos os diplomas por ela emitidos.
> É bem de ver-se que, em ofício expedido pelo próprio Ministério da Educação e Cultura, respondendo à consulta administrativa realizada pela agravante (f. 16-TJ), foi afirmado expressamente que 'considerando o fato da mencionada instituição ser vinculada ao sistema estadual, não se verifica a necessidade de processos de autorização ou reconhecimento desta instituição tramitarem no MEC'.
> De se frisar que, em outro ofício, expedido pelo secretário de educação superior, para a instrução de processo em trâmite junto ao Juizado Especial da Comarca de Três Corações (f. 220/221-TJ), restou evidenciado que a imposição de fiscalização e supervisão do MEC sobre as instituições vinculadas ao sistema estadual de educação, implicariam, inclusive, verdadeira ofensa à autonomia dos Estados-membros, *in verbis*: 'Nessas condições, qualquer ato de supervisão desta Secretaria de Educação Superior caracterizar-se-ia como ato arbitrário, que poderia ser interpretado, inclusive, como intervenção, o que feriria o princípio da autonomia dos Estados-membros'.
> Assim, o curso mantido pela recorrente se mostra credenciado, sem irregularidade aparente, não sendo possível imputar-lhe qualquer responsabilidade pela recusa do Conselho Regional de Medicina Veterinária em aceitar o diploma dos recorridos para a concessão de registro profissional. De modo que não vislumbro verossimilhança em suas alegações, necessária para a antecipação dos efeitos da tutela.
> Anote-se finalmente que, diante da recusa injustificada do Conselho Regional de Medicina Veterinária em aceitar os diplomas apresentados pelos recorridos, caberia a estes buscarem, judicialmente, a proteção dos seus direitos.

Nessa esteira de entendimento, verifico que não houve por parte da apelante, a produção de qualquer ilícito. A apelante agiu em exercício regular de um direito, atendendo à legislação então vigente e colocando à disposição da parte apelada toda a documentação necessária para que procedesse ao seu registro junto ao Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo, o que somente não se efetivou por ato arbitrário praticado pelo órgão indicado.

Não há nos autos qualquer indicação de que a parte apelante tenha agido de má-fé, ou tenha atuado de forma negligente ou imprudente, que pudesse impossibilitar o registro da parte apelada junto ao CRMV-SP.

Verifico, ainda, que a parte apelada propôs mandado de segurança em face do Conselho Regional de Medicina Veterinária de São Paulo, na pessoa do seu Presidente, sob a alegação de existência de direito líquido e certo. Assim, a meu ver, a própria apelada reconheceu a regularidade do curso realizado e que somente não obteve o registro por ato ilícito praticado pelo Conselho Regional de Medicina Veterinária.

Verifico, também, que o Conselho Regional de Medicina Veterinária, posteriormente à propositura desta ação, procedeu à inscrição em seus quadros da parte apelada, fato reconhecido na impugnação constante de f. 79/85. Acrescento que não houve nos autos qualquer ato posterior à propositura desta ação, praticado pela apelante, que desse ensejo à nova decisão do CRMV-SP, pressupondo que, tão somente, houve o reconhecimento por parte daquele Conselho, em revisão própria, quanto à regularidade do curso e dos atos administrativos até então praticados pelo apelante.

Finalmente, vejo que a sentença foi proferida, com base no entendimento de existência de culpa da apelante, "por não tomar as providências atinentes ao reconhecimento de curso pelo órgão federal educacional", o que teria provocado o impedimento no registro. Entretanto, como já asseverado neste voto, a universidade apelante não estava obrigada a providenciar o reconhecimento do curso pelo órgão federal educacional, visto que o reconhecimento já havia sido feito pelo Conselho Estadual de Educação, nos termos do art. 82 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Estadual.

Assim, estando o dano moral baseado no ato ilícito, no dano produzido e na existência de nexo causal entre o ato e o dano e verificando dos autos que não houve a produção do ato ilícito pela parte apelante e, muito menos, houve a demonstração do nexo causal, tenho que improcede o pleito formulado na peça exordial.

Com tais considerações e verificada a inexistência de obrigatoriedade da parte apelante em providenciar o reconhecimento de curso no órgão federal, visto que já regularizada em âmbito estadual, e inexistindo o ilícito praticado pela apelante, tenho como necessária a reforma da sentença, porquanto improcedentes os pedidos formulados na inicial, com inversão da sucumbência.

Pelo exposto, dou provimento ao segundo recurso de apelação, para julgar improcedente a ação proposta, nos termos deste voto.

Em face do provimento do segundo apelo, resta prejudicada a análise de majoração de valores decorrentes da sentença proferida pelo Juiz *a quo*, pelo que julgo prejudicado o primeiro apelo.

Feitas essas considerações, julgo prejudicado o primeiro recurso de apelação e dou provimento ao segundo recurso de apelação, para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos, com inversão dos ônus da sucumbência, ficando suspensa a cobrança em face da gratuidade de justiça e nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FRANCISCO KUPIDLOWSKI e NICOLAU MASSELLI.

Súmula - JULGARAM PREJUDICADO O PRIMEIRO RECURSO E DERAM PROVIMENTO AO SEGUNDO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 87

Execução provisória - Crime de desobediência de ordem judicial - Juízo Cível - Competência - Extrapolação

Ementa: Agravo de instrumento. Determinação de cumprimento de ordem judicial sob pena de incorrer em crime de desobediência. Ilegalidade.

- É manifestamente ilegal a decisão oriunda de juízo cível que determina à parte entrega de documento e pagamento de valor, sob pena de incorrer em crime de desobediência, uma vez que a possibilidade de decretação de prisão na esfera cível se limita aos casos de depositário infiel e de devedor de alimentos, não podendo o magistrado extrapolar a sua competência, determinando custódia de cunho penal que só se pode dar em decorrência de instauração da competente ação penal, devendo o magistrado fixar multa diária nos termos da lei civil.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0625.08.083529-5/001 - Comarca de São João del-Rei - Agravante: Iptan - Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves - Agravada: Arcal Comércio de Alimentos Ltda. - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2009. - *José Affonso da Costa Côrtes* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, a Drª Rosilene Tavares e, pela agravada, a Drª Flávia Márcia Ferreira.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Trata-se de agravo de instrumento aviado por Iptan - Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves contra decisão do MM. Juiz da 3ª Vara Cível de São João del-Rei à f. 37-TJ, nos autos da execução provisória movida pelo agravado Arcal Comércio de Alimentos Ltda., na qual foi determinada a apresentação dos documentos solicitados pelo *expert* sob pena de incorrer em crime de desobediência.

Nas razões recursais de f. 02/24, o agravante afirma que não tinha conhecimento da execução provisória e que não existe numerário para atender ao despacho agravado; sustenta que a pessoa jurídica não tem como dispor de 30% de seu faturamento; argumenta que o *periculum in mora* é evidente, com base no *fumus boni iuris*; por fim, colaciona várias decisões no sentido da impossibilidade de penhora de faturamento de empresa, se esta tem bens passíveis de penhora.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo, conforme despacho de f. 405.

Em contraminuta - f. 413/418 -, o agravado sustenta a impossibilidade da reanálise da decisão agravada em face da preclusão, pugnando pela manutenção da decisão.

Inicialmente, quanto ao pedido de assistência judiciária, observo que o pedido já foi deferido nos autos principais.

Preliminar: despacho *extra petita*.

Sem razão o agravante, porque não existe despacho *extra petita*, somente a sentença pode padecer deste vício nos termos do art. 460 do CPC.

Por outro lado, o despacho ordenou que fossem penhorados 30% do faturamento líquido.

Além desses fatos, deve-se reconhecer a preclusão, porque a decisão recorrida foi proferida há mais de um ano da data do protocolo do agravo conforme f. 336/341-TJ.

Rejeito a preliminar.

Quanto à execução provisória, a alegação de desconhecimento não prospera, tanto que o agravante depositou os honorários do administrador judicial, f. 363/364-TJ.

Pois bem. O despacho agravado, a meu ver, só merece alteração no que tange ao crime de desobediência, pois a desobediência na esfera civil não constitui crime.

O Superior Tribunal Justiça bem como o Supremo Tribunal Federal têm entendido, de forma reiterada, que não configura o delito de desobediência quando o cumprimento da ordem judicial está assegurado por multa prevista na lei civil.

O réu, na ação civil, pode descumprir a ordem judicial desde que pague a multa imposta, o que desconfigura a desobediência, cerne da norma incriminadora em debate.

Nesse sentido:

> *Habeas corpus*. Prefeito municipal. Crime de desobediência de ordem judicial proferida em mandado de segurança com previsão de multa diária pelo seu eventual descumprimento. Trancamento da ação penal. Atipicidade da conduta. Precedentes do STJ. Ordem concedida. 1. Consoante firme jurisprudência desta Corte, para a configuração do delito de desobediência de ordem judicial, é indispensável que inexista a previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação. 2. Se a decisão proferida nos autos do mandado de segurança, cujo descumprimento justificou o oferecimento da denúncia, previu multa diária pelo seu descumprimento, não há que se falar em crime, merecendo ser trancada a ação penal, por atipicidade da conduta. Precedentes do STJ. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem concedida, para determinar o tranca-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 88

mento da Ação Penal 1000.6004.2056, ajuizada contra o paciente (*HC* 92655/ES - *Habeas Corpus* 2007/0244468-6, *DJ* de 25.02.2008, p. 352).

Processual penal. *Habeas corpus* preventivo. Desobediência à ordem judicial. Ameaça de prisão em flagrante. Incompetência da autoridade coatora, no exercício da jurisdição cível. Ilegalidade demonstrada. Juízo Cível em hipótese que não diz respeito a depositário infiel ou devedor de alimentos. Salvo-conduto expedido. Ordem concedida. - Em se tratando de real ameaça de prisão em flagrante, decorrente de descumprimento de ordem judicial, e não de simples advertência genérica, cabível a impetração de *habeas corpus*. A autoridade impetrada - Desembargador Relator de mandado de segurança - é incompetente para ordenar a prisão por crime de desobediência, na ausência de previsão legal. Se a hipótese não se identifica com as situações de dívida alimentícia ou depósito infiel, resta demonstrada a incompetência absoluta e a ilegalidade da ameaça concreta de prisão. Ordem concedida para expedição de salvo conduto em favor do paciente (*HC* 32326/AC *Habeas Corpus* 2003/0224692-7, *DJ* de 10.10.2005, p. 438).

Ementa: Crime de desobediência - Cominação de multa diária (*astreinte*), se desrespeitada a obrigação de não fazer imposta em sede cautelar - Inobservância da ordem judicial e consequente descumprimento do preceito - Atipicidade penal da conduta - *Habeas corpus* deferido. - Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo à ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária (*astreinte*) fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência (*HC* 86254/RS - Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 25.10. 2005. Órgão julgador: Segunda Turma).

Em face ao exposto, dou parcial provimento ao agravo, tão somente para excluir da decisão "a previsão de crime de desobediência", devendo o Juízo singular fixar multa nos termos da lei civil, para o caso de descumprimento da decisão.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - O reconhecimento da prática de crime é da competência exclusiva do juízo criminal, a ser exercida em processo instaurado, em caso de crime de ação pública, mediante denúncia ofertada pelo Ministério Público.

Dessa forma, não possui o juiz cível competência para decidir que determinada ação ou omissão se configure, ou não, crime.

Se entender, em processo cível, configurada, em tese, a prática de crime, deverá o juiz cível apenas extrair peças do processo e enviá-las ao Ministério Público para que este, se for o caso, apresente a denúncia perante o juízo criminal.

Por via de consequência, extrapola os limites de sua competência o juiz cível que determina o cumprimento de sua decisão "sob pena de incorrer em crime de desobediência" (cf. f. 37-TJ).

Com essas considerações, ponho-me de acordo com o voto do eminente Relator para também dar parcial provimento ao agravo de instrumento apenas para excluir da decisão recorrida a expressão "sob pena de incorrer em crime de desobediência".

Cada parte arcará com o pagamento de metade das custas recursais.

DES. TIAGO PINTO - De acordo com o eminente Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

Mandado de segurança - Contas do Município - Cópias de documentos - Solicitação junto ao prefeito - Ato isolado de vereador - Fiscalização do Poder Executivo - Violação do princípio da separação dos Poderes - Denegação da ordem

Ementa: Mandado de segurança. Impetração por vereadores. Solicitação de cópias de documentos do Chefe do Poder Executivo Municipal. Inadmissibilidade. Ingerência de um Poder em outro. Segurança denegada. Recurso desprovido.

- O mandado de segurança consubstancia remédio de natureza constitucional destinado a proteger direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de poder emanado de autoridade pública.

- O controle dos atos da Administração Pública é atividade típica do Poder Legislativo, decorrente do princípio da representação popular, e visa assegurar que o administrador atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, inviável o processamento de fiscalização do Poder Executivo por ato isolado de dois vereadores, por se tratar de ingerência de um Poder em outro, haja vista tratar-se de controle externo do Executivo, fora, porém, dos parâmetros traçados na Lei Maior.

Recurso desprovido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0209.08.087112-9/001 - Comarca de Curvelo - Apelantes: Wagner Alves Vieira e outro - Apelado: Município de Felixlândia - Autoridade coatora: Prefeito Municipal de Felixlândia - Relator: Des. EDUARDO ANDRADE

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 89

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2009. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE - Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. 184/187, proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por Wagner Alves Vieira e Alex Quadros de Moura, vereadores do Município de Felixlândia, contra ato omissivo do Prefeito Municipal daquele Município, visando ao encaminhamento à Câmara Municipal, pelo requerido, dos

> balancetes contábeis e orçamentários juntamente com cópias dos respectivos documentos que deram origem às operações escrituradas no mês imediatamente anterior, do período de janeiro a agosto de 2008, bem como cópia de todos os procedimentos licitatórios realizados no mesmo período (f. 6).

O ilustre Juiz *a quo* denegou a segurança, sob o seguinte fundamento:

> [...] conquanto a Administração Pública deva atender ao princípio da publicidade e a Câmara Municipal seja competente, juntamente com o Tribunal de Contas, para o controle externo no Poder Executivo Municipal, o vereador, individualmente e em ato isolado, não tem o direito líquido e certo de obter cópias de documentos específicos relativos às contas do Município, segundo sua conveniência (*sic*, f. 186).

Inconformados, Wagner Alves Vieira e Alex Quadros de Moura, em suas razões recursais de f. 189/193, sustentam, em síntese, que: a interpretação esposada na sentença acolhe a negativa de exercício pelo Poder Legislativo, na medida em que chancela a omissão dos chefes dos Poderes Executivo e Legislativo do Município; a Constituição confere a todos, sem distinção, sejam vereadores ou não, o direito de receber informações dos órgãos públicos.

Sem contrarrazões ao presente recurso (f. 197).

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, a ilustre representante do Ministério Público, Dr.ª Maria Conceição de Assumpção Mello, salientou, às f. 204/206, ser desnecessária a intervenção ministerial no feito.

Conheço do recurso interposto, visto que aviado segundo os legais pressupostos de admissibilidade.

Nos termos do inciso LXIX do art. 5º da Constituição da República de 1988, temos que:

> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A respeito da tipificação do direito líquido e certo, destaque-se o seguinte:

> [...] Cuida-se de conceito tipicamente processual, onde, na realidade, significa certeza e liquidez do fato, jamais do direito ou da lei. Portanto, é o fato que deve ser líquido e certo, ainda que complexo, isto é, fato documentalmente provado, sem necessidade de dilações probatórias. Consoante a jurisprudência, 'direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano, por documento inequívoco'. No mesmo sentido, a seguinte decisão: 'o Direito líquido e certo nada tem, em si, com Direito subjetivo. Diz respeito única e exclusivamente à prova documental. Por mais complicadas sejam as questões jurídicas, a solução do conflito de interesses pode ser alcançada através de mandado de segurança. Os fatos - esses, sim - é que não podem ser controversos e duvidosos'. (MARANHÃO, Clayton. In Apontamentos sobre o mandado de segurança individual e coletivo. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: julho/setembro de 2001, p. 468).

A meu juízo, *rogata venia*, após a detida análise dos fatos *sub judice*, constato não restar comprovada a existência de ato ilegal por parte da autoridade tida como coatora, bem como o direito líquido e certo a ser protegido pela via do mandado de segurança (art. 1º, Lei nº 1.533/1951).

De fato, o controle dos atos da Administração Pública é atividade típica do Poder Legislativo, decorrente do princípio da representação popular, e visa assegurar que o administrador atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico pátrio. Ademais, o *caput* do art. 31 da CF/88 previu, expressamente, o dever do Poder Legislativo de fiscalizar a Administração Pública nas diversas esferas políticas, *in verbis*:

> A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.
> § 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.
> § 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.
> § 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

Entretanto, como bem salientou o eminente Des. Armando Freire, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0073.05.021797-2/001 (j. em 30.05.06, p. em

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 90

23. 06.06), e cujo entendimento foi adotado pelo douto Sentenciante:

> Neste aspecto, bem de se ver que, se a pretensão do impetrante é a entrega da referida documentação, na qualidade de cidadão, mesmo considerando o disposto no artigo 5º, inciso XXXIII, da CF/88, deverá buscar a sua satisfação perante órgão competente para analisar as contas municipais, não possuindo direito líquido e certo de que as mesmas sejam prestadas direta e individualmente, sob pena de obstar o regular andamento das atividades da Administração Municipal, caso seja reconhecido o direito de 'cada cidadão' tê-las prestadas da mesma forma.
> De outro norte, caso a pretensão do impetrante seja a entrega da documentação, na qualidade de vereador (atuando isoladamente), ainda assim, não há direito a ser amparado pelo presente remédio constitucional.
> Isto porque, restaria configurada a tentativa de fiscalização do Poder Executivo, fora dos mecanismos de controle previstos constitucionalmente, posto que há nítida diferença entre a permissão constitucional do controle externo a ser exercido pela Casa Legislativa Municipal e a pretensão de fiscalização segundo a conveniência de um único vereador. Cumprindo ressaltar que a segunda hipótese caracteriza desautorizada ingerência de um Poder em outro, não havendo fundamento legal a ampará-la.
> Deste modo, conquanto a Administração Pública deva atender ao princípio da publicidade e, a Câmara Municipal seja competente, juntamente com o Tribunal de Contas, para o controle externo no Poder Executivo Municipal, o vereador, individualmente e em ato isolado, não tem o direito líquido e certo de obter cópias de documentos específicos relativos às contas do Município, segundo sua conveniência.

Esse também foi o entendimento desta eg. 1ª Câmara Cível, quando do julgamento das Apelações Cíveis relatadas pelo em. Des. Geraldo Augusto, de nº 1.0290.02.003795-5/001 e nº 1.0000.00.259951-2/000:

> Ementa: Mandado de segurança - Exigência, por Vereador a Prefeito, de informações e documentos sobre assuntos referentes à Administração Municipal com vistas à fiscalização - Interferência de um Poder em outro - Ilegitimidade. - A fiscalização do Poder Executivo é feita pelo Poder Legislativo, porém, esta não se processa por ato isolado de um vereador, sendo, outrossim, competência privativa da Câmara Municipal com o auxílio direto do Tribunal de Contas. A tentativa, do Vereador, de obtenção forçada de documentos, junto ao Prefeito, para avaliação de despesas realizadas pelo Poder Executivo caracteriza controle externo permanente e prestação de contas antecipada ao exame do próprio Tribunal de Contas, constitui ingerência indevida de um Poder noutro, sendo, portanto, ilegítima a pretensão. [...] .
> É legítimo para postular o mandado de segurança aquele que detém a titularidade do direito líquido e certo ferido por ato violador do Poder Público.
> Na espécie, não há dúvida de que a qualquer cidadão assiste o direito de obter informações de órgãos públicos, mormente em se tratando de parlamentar no exercício da representação popular.
> Ressalva-se, entretanto, que, na hipótese, a pretensão do impetrante invade a esfera de atuação do Chefe do Executivo, em total violação ao princípio da independência dos Poderes, ditado pelas Constituições Federal e Estadual. E não se pode aumentar a abrangência do permissivo constitucional relativo ao controle externo do Poder Executivo.
> Com efeito, embora seja sabido que a fiscalização do Poder Executivo é feita pelo Poder Legislativo, esta não se processa por ato isolado de um vereador; sendo, outrossim, competência privativa da Câmara Municipal com o auxílio direto do Tribunal de Contas.
> Assim, não assiste ao vereador, por ato isolado, exigir do Prefeito informações/documentos sobre assuntos referentes à sua administração, para fins de fiscalização de sua regularidade, pena de constituir-se interferência indevida de um Poder em outro, ferindo princípio constitucional de separação dos Poderes, base do Estado Democrático de Direito.
> Ao Vereador/impetrante, em ato isolado, falta pressuposto essencial para pretender a documentação pleiteada, qual seja a legitimidade. As fiscalizações contábeis, financeiras e orçamentárias são sabidamente de incumbência da Câmara Municipal, auxiliada pelo Tribunal de Contas do Estado, com observância de procedimento próprio, com limites previamente estabelecidos em sede constitucional.
> Nessas circunstâncias, a tentativa do Vereador de obtenção forçada de documentos, junto ao Prefeito, para avaliação de despesas realizadas pelo Poder Executivo, caracteriza controle externo permanente e prestação de contas antecipada ao exame do próprio Tribunal de Contas e constitui ingerência indevida de um Poder noutro. (Apelação Cível nº 1.0290.02.003795-5/001 - Comarca de Vespasiano - Apelante: Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Vespasiano, Município de São José da Lapa - Apelado: Francisco Fagundes de Freitas - Relator Des. Geraldo Augusto, j. em 23.12.2003, pub. em 6.2.2004.)

> Ementa: Mandado de segurança - Exigência, por Vereador a Prefeito, de informações e documentos sobre assuntos referentes à administração municipal com vistas à fiscalização - Interferência de um Poder em outro - Ilegitimidade. - A fiscalização do Poder Executivo é feita pelo Poder Legislativo, porém esta não se processa por ato isolado de um Vereador, sendo, outrossim, competência privativa da Câmara Municipal com o auxílio direto do Tribunal de Contas. A tentativa, do Vereador, de obtenção forçada de documentos, junto ao Prefeito, para avaliação de despesas realizadas pelo Poder Executivo, caracteriza controle externo permanente e prestação de contas antecipada ao exame do próprio Tribunal de Contas, constitui ingerência indevida de um Poder noutro, sendo, portanto, ilegítima a pretensão. (Apelação Cível nº 000.259.951-2/00 - Comarca de São Francisco - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Comarca de São Francisco - Apelado: Prefeito Municipal de São Francisco - Relator Des. Geraldo Augusto - j. em 1.10.02, pub. em 4.10.02. Participei como Vogal).

Nesse sentido, quanto à objeção a que determinado cidadão ou vereador solicite, isoladamente, o fornecimento de documentos pelo Município, ou por seu representante, cito o excerto da decisão proferida pelo em. Des. Presidente deste Tribunal de Justiça, nos autos da Suspensão de Sentença nº 1.0000.04.405712-3/000, requerida pelo Município de Mar de Espanha:

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 91

> As informações pretendidas impressionam não apenas pelo seu volume como, também, pela extensão e nível de detalhamento, implicando insofismável controle da gestão administrativa, contábil, financeira e operacional do Executivo.
> Ocorre que é farta a jurisprudência deste Tribunal de Justiça, e mesmo da Presidência desta Casa (cf. f. 11/27), no sentido de que viola gravemente o ordenamento jurídico-constitucional e, por conseguinte, a ordem pública, a decisão judicial que, sob color de assegurar ao Legislativo a fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Executivo, ou ao argumento de prestigiar o princípio da publicidade dos atos administrativos, franqueia àquele Poder ou a seus integrantes, seja na condição de parlamentares, seja na de cidadãos comuns, o controle externo do Executivo, fora, porém, dos parâmetros traçados na Lei Maior, como vem de ocorrer, agora, na espécie.
> Consoante, aliás, salientado em precedente da Presidência desta Casa, invocado, diga-se, pelo ora requerente, afora o controle exercido pelo Legislativo local, com auxílio do Tribunal de Contas, são encontráveis no ordenamento jurídico em vigor outros instrumentos de controle dos atos da Administração Pública, quais, *v.g.*, as comissões parlamentares de inquérito e os processos político-administrativos, dentre outros explicitados no ordenamento jurídico, que têm sido largamente utilizados com relativa eficácia na apuração de irregularidades atribuídas aos Chefes dos Executivos (SL nº 174.686-2.00, Des. Sérgio Lellis Santiago).

Por fim, saliento ainda outros julgados, que corroboram o entendimento ora adotado:

> Mandado de segurança. Solicitação realizada por Vereador ao Executivo Municipal para envio, mensal, de folha de pagamento do funcionalismo público municipal. Inexistência de direito líquido e certo a parlamentar municipal de acesso irrestrito, periódico e excessivo junto ao Poder Executivo. Preservação da independência de Poderes, prevista na CR/88. Denegação da ordem. (Apelação Cível nº 000.264.855-8/00 - Comarca de São Lourenço - Segunda Câmara Cível do TJMG - Relator Des. Brandão Teixeira - j. em 25.2.2003.)

> Não é cabível a via do mandado de segurança para compelir a Administração Pública a prestar contas ao impetrante, seja na qualidade de edil ou cidadão, na forma de certidão. (Apelação Cível nº 000.285.933-8/00 - Comarca de Montes Claros - Sétima Câmara Cível do TJMG - Relator Des. Edivaldo George dos Santos - j. em 25.11.2002.)

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo *in totum* a sentença ora objurgada.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GERALDO AUGUSTO e VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação declaratória de inexistência de débito - Cancelamento de duplicata - Dano moral - Cumulação de ações - Emissão irregular - Protesto feito por instituição financeira - Endosso-mandato - Ilegitimidade passiva - Configuração

Ementa: Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c cancelamento de duplicata e indenização por dano moral. Emissão irregular. Protesto feito por instituição financeira. Endosso-mandato. Ilegitimidade passiva configurada.

- O endosso-mandato não transfere a propriedade da cambial à instituição financeira endossatária, que age somente como mandatária do endossante. Portanto, nessa hipótese, não possui a mandatária legitimidade para responder no feito em que se discute a regularidade da emissão da duplicata ou do protesto, especialmente quando não há evidência de que tenha o banco extrapolado os poderes concedidos por mandato, ou que tenha promovido o protesto quando já advertido de que havia irregularidade na emissão dos títulos cambiários.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.089409-4/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Asta Serviços Técnicos Engenharia Ltda. - Apelado: Banco Bradesco S.A. - Litisconsorte: Dilva Silva Miranda ME (Microempresa) - 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.

Belo Horizonte, 16 de abril de 2009. - *Tiago Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Asta Serviços Técnicos e Engenharia Ltda. da sentença (f. 147/151) prolatada no Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte na ação declaratória de inexistência de débito e relação jurídica c/c cancelamento de protesto e indenização por danos morais proposta por ela ao Banco Bradesco S.A. e a Dilva Silva Miranda - ME.

A sentença acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do Banco Bradesco S.A. e julgou parcialmente procedentes os pedidos da autora para declarar a inexistência das obrigações consubstanciadas nas duplicatas nºs 1.159-3 e 1.094-3, declarar nulos os referidos

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 92

títulos, bem como condenar a ré Dilva Silva Miranda - ME ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrados em R$7.000,00, com juros de mora de 1% a.m., desde a citação e correção monetária pelos índices da CGJMG, a contar da prolação da sentença. Foi determinado também na sentença que a ré Dilva Silva Miranda - ME providenciasse o cancelamento dos protestos das duplicatas de nºs 1.159-3 e 1.094-0 nos Cartórios dos 2º e 4º Tabelionatos de Protestos da Capital, no prazo de cinco dias, contados da intimação da sentença, sob pena de multa diária de R$200,00, limitada a R$10.000,00. A autora foi condenada a pagar os honorários dos patronos do Banco Bradesco S.A., fixados em R$1.000,00, e a ré Dilva Silva Miranda - ME ao pagamento das custas processuais, na proporção de 80%, e honorários dos patronos da autora de 15% sobre o valor da condenação.

Nas razões recursais (f.153/175), diz a apelante que foi surpreendida com o protesto de dois títulos cambiários, quais sejam: o de nº 1.094-3, com vencimento em 10.05.06, no valor de R$3.835,60, encaminhado ao 4º Tabelionato de Protestos, e o de nº 1.159-3, com vencimento em 08.05.06 , no valor de R$1.761,26, encaminhado ao 2º Tabelionato. Destaca que deste último título somente tomou conhecimento através de busca em cartório distribuidor de protestos.

Afirma que ambos os títulos foram emitidos pela empresa-ré (Dalva Silva Miranda - ME) e levados a protesto pelo banco apelado, sem qualquer envio de boletos, aviso de cobrança ou notificações para pagamento.

Entende que, se o apelado recebeu os títulos na condição de endosso-mandato, deveria ter dado conhecimento à apelante da existência deles antes de protestá-los.

Nesse passo, bate-se pela legitimidade do apelado, porque ele não é mero representante dos títulos, mas sub-rogado dos créditos consignados nas cártulas, tendo, então, o dever de cuidado na verificação da legalidade e de que o devedor foi avisado da existência do débito.

Aponta a negligência do banco apelado quanto à origem dos títulos porque sabia ele que a empresa emitente estava em situação financeira precária.

Levando-se em conta que as cobranças e os protestos geram efeitos imediatos à imagem da apelante, sustenta que, especialmente quanto ao banco apelado, que é solidário e principal causador do evento danoso, o montante da indenização deve ser majorado para dez vezes o valor dos títulos.

Pede o provimento do recurso para reformar a sentença, afastando a preliminar de ilegitimidade passiva do Banco Bradesco S.A.; inverter os ônus da sucumbência; no mérito, aumentar o valor da indenização, nunca inferior a dez vezes os protestos.

O recurso é contra-arrazoado (f. 178/187).

O apelado assevera que figurou na qualidade de simples mandatário dos títulos, sendo que o contratante assume, expressamente, toda e qualquer responsabilidade pela existência e legitimidade dos créditos, incluindo autorização para apontamento a protesto em caso de inadimplemento. Acrescenta que nem sequer a instituição financeira tem conhecimento do negócio jurídico que originou as duplicatas.

Salienta que, se houve erro na emissão das duplicatas ou na transmissão dos dados ao banco para a cobrança, não tem nenhuma responsabilidade por ele, porque não é responsável pela emissão dos títulos, mas sim a empresa Dilva.

Afirma que os danos morais não foram demonstrados e que perdas não podem ser presumidas.

Pede a manutenção da sentença.

É o relatório.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

A ação proposta pela autora apelante foi para ver declarada a inexistência de duas duplicatas (nº 1.159-3 e nº 1.094-3), sacadas pela primeira ré Dilva Silva Miranda - ME e endossadas por endosso mandato (f. 15 e 47) para o Banco Bradesco S.A., agora apelado. Além disso, pediu a autora a condenação por danos morais.

A apelação é endereçada ao banco para que seja ele tido como legítimo passivo e condenado no pagamento de danos morais, que pede sejam majorados.

Está comprovado que o banco-apelado recebeu as duplicatas por endosso mandato.

O endosso-mandato não transfere a propriedade da cambial ao banco endossatário, que age como mandatário do endossante. Portanto, nessa hipótese, não possui o mandatário legitimidade para responder no feito em que se discute a regularidade da emissão da cártula ou do protesto, principalmente, como no caso dos autos, em que não há evidência de que tenha o banco extrapolado os poderes concedidos por mandato.

Além do mais, não se tem notícia de que o apelado tenha sido advertido de que havia irregularidade na emissão dos títulos cambiários.

Se assim é, não responde por prejuízos causados ao sacado, salvo em casos de atitude abusiva, o que, frise-se, não se configurou.

A suposta ausência de notificação para cobrança por parte do banco não modifica a conclusão de que ele é ilegítimo, pois tendo recebido o título por meio de endosso-mandato, recebe também do endossante os dados e informações a respeito do devedor e com base no que lhe é fornecido promove a cobrança. Nesse sentido, somente pode assumir a responsabilidade pela regularidade do crédito o endossante, inclusive sobre as dados fornecido ao banco. Não se pode, então, exigir,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 93

pela natureza do endosso, que o mandatário averigúe previamente a relação jurídica subjacente aos títulos.

A propósito:

> Agravo regimental. Agravo de instrumento. Protesto indevido de duplicata. Endosso-mandato. Instituição financeira. Ilegitimidade passiva.
> 1. A instituição financeira que recebe título de crédito por endosso-mandato não possui legitimidade passiva para responder à ação de sustação ou cancelamento de protesto, salvo quando advertida previamente sobre a falta de higidez da cobrança, o que não se verifica na espécie. Precedentes.
> 2. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag 1057035/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. em 06.11.08, *DJe* de 24.11.08).

E ainda,

> I - Recurso especial. Duplicatas frias. Endosso translativo. Protesto. Indenização por danos morais. Ilegitimidade do endossatário. Legitimidade exclusiva do endossante/sacador.
> 1. O endossatário é obrigado a protestar o título não pago. Se não o fizer, perderá o direito de regresso contra o endossante (art. 13, § 4º, da Lei 5.474/68).
> 2. A ação do sacado, prejudicado pelo protesto de duplicata sem causa de emissão, deve ser proposta contra o sacador/endossante, não contra o endossatário, que tinha o dever de protestar o título.
> II - Recurso especial. Duplicatas frias. Endosso mandato. Protesto.
> Indenização por danos morais. Ilegitimidade do endossatário/mandatário, que não excedeu os poderes recebidos. Dano moral. Indenização. Razoabilidade. Impossibilidade de revisão no STJ. Súmula 7.
> 1. O endossatário/mandatário que protesta a duplicata, sem exceder os poderes que recebeu do mandante, não tem responsabilidade pelos danos decorrentes do protesto. É, portanto, parte ilegítima na ação de indenização movida pelo sacado.
> 2. Em recurso especial somente é possível revisar a indenização por danos morais quando o valor fixado nas instâncias locais for exageradamente alto, ou baixo, a ponto de maltratar o art. 159 do Código Beviláqua. Fora desses casos, incide a Súmula 7, a impedir o conhecimento do recurso. A indenização deve ter conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima (REsp 778.409/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. em 19.10.06, *DJ* de 06.11.06, p. 318).

Quanto ao valor dos danos morais, nada há para ser alterado; afinal, como bem avaliou o Magistrado, o montante arbitrado atendeu à ofensa causada ao apelante, sem representar enriquecimento indevido.

Dessa forma, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença tal como lançada.

Custas do recurso, pelo apelante.

DES. ANTÔNIO BISPO - De acordo com o eminente Relator.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Diante do que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, altero meu antigo posicionamento sobre a legitimidade do banco endossatário para figurar no pólo passivo de ações de sustação ou cancelamento de protesto.

Assim, passo a adotar o entendimento de que

> a instituição financeira que recebe título de crédito por endosso-mandato não possui legitimidade passiva para responder à ação de sustação ou cancelamento de protesto, salvo quando advertida previamente sobre a falta de higidez da cobrança (AgRg no Ag 1057035/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. em 06.11.08, *DJe* de 24.11.08)

e que

> o endossatário-mandatário que, sem exceder os poderes recebidos, encaminha o título a protesto por ordem do mandante não tem legitimidade para responder à ação de sustação ou cancelamento de protesto (AgRg no REsp 830481/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. em 29.11.06, *DJ* de 18.12.06, p. 392).

No caso em exame, não consta da petição inicial nenhuma alegação de que o Banco Bradesco S.A. teria sido advertido sobre a falta de higidez do título que levou a protesto ou de que tenha excedido os poderes que lhe foram outorgados, o que o torna parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação.

Quanto às demais questões, acompanho o voto do ilustre Relator.

Com essas considerações, também nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Adoção póstuma - Adotante - Ajuizamento da ação - Inexistência - Vontade inequívoca de adotar - Ausência de prova - Art. 42, § 5º, do ECA - Interpretação extensiva - Indeferimento

Ementa: Civil. Família. Adoção póstuma. Prova da vontade inequívoca do casal falecido e de fato impeditivo, alheio à vontade destes. Inexistência. Apelo provido. Sentença reformada.

- A adoção póstuma somente pode se consumar em favor do adotando na medida em que haja sido ajuizada a respectiva ação ou quando houver, em interpretação extensiva do art. 42, § 5º, ECA, início de prova documental que revele o inequívoco propósito dos falecidos adotantes em acolhê-la como filha.

- A interpretação extensiva e flexível que deve ser dada ao referido dispositivo - com ênfase na proteção aos inte-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 94

resses da menor e laços de afetividade - não pode desconsiderar a vontade externada pelos falecidos, notadamente quando um deles, morto quando a criança já contava com quase cinco anos de idade, não tomou qualquer providência tendente à adoção e o outro - falecido três anos depois - veio a juízo, mas para pleitear pela guarda da menor tão somente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0480.08.110124-2/001 - Comarca de Patos de Minas - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelada: R.C.L., representada por R.A.M.R. - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2009. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso.

Narra a inicial que a apelada R.C.L. foi entregue a O.F.R. e E.A.M.R., dias após o nascimento, por sua mãe biológica, que alegou não ter condições de criá-la, sendo que o pai biológico não assumiu qualquer responsabilidade e se encontrava em local incerto.

Diante disso, a criança foi criada como filha do casal, mantendo com a família inegáveis e públicos laços afetivos.

Todavia, O. e E. faleceram antes que pudessem manifestar o pedido de adoção, razão pela qual sua filha biológica, R.A.M.R., representando seus falecidos pais, ajuizou a presente ação.

Posteriormente, por determinação do Juízo, a inicial foi emendada, de modo a constar no polo ativo a menor R.C.L., representada por R.A.M.R.

O Ministério Público posicionou-se desfavoravelmente ao pedido inicial, ao entendimento de que não houve a inequívoca manifestação de vontade pelos adotantes e de que a presente ação somente objetiva a obtenção de benefício previdenciário.

O Juiz *a quo*, privilegiando o paradigma socioafetivo, bem como os interesses da menor, acolheu o pedido, e, irresignado, opõe-se o Ministério Público ao conteúdo da sentença e deseja obter sua reforma.

Com efeito, não se desconhece que os laços socioafetivos e os interesses do menor devem ser considerados quando em confronto com situações que envolvam o reconhecimento de paternidade e o deferimento de guarda e adoção.

Mas esse privilégio não implica afastar as premissas legais, que, necessariamente, devem-se fazer presentes, sob pena de o julgador se investir na condição de legislador e criar hipótese não abrigada no ordenamento pátrio.

Notadamente em casos excepcionais, como é o da adoção póstuma, há que se guardar estreita correlação com os dispositivos que regem a matéria, de modo que os laços afetivos e os interesses do menor sejam sopesados adequada e harmoniosamente com a previsão legal específica.

Nesse contexto, tem-se que o art. 42, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que: "A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença".

Extrai-se, por conseguinte, que os requisitos para o deferimento da adoção são: a) a inequívoca manifestação de vontade do adotante e b) o falecimento deste no curso do processo de adoção.

É pacífico o entendimento de que a segunda exigência - instauração do processo de adoção - pode ser relevada, desde que haja prova concreta do inequívoco propósito de adotar a criança, propósito este que, todavia, não se concretizou por fato alheio ao adotante.

Nesse sentido, em julgado sobre o tema, ponderou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

> O art. 42, § 5º, do ECA permite a chamada 'adoção póstuma', desde que o respectivo pedido já tenha sido encaminhado pelo adotante ao Juiz. Dando-se interpretação extensiva a tal enunciado, cabe muito bem entender que a exigência do processo instaurado pode ser substituída por documento que evidencie o propósito de adotar a criança, que só não se concretizou por fato alheio. Isso porque o referido dispositivo menciona 'a inequívoca manifestação de propósito', que pode existir independentemente do procedimento - (REsp nº 457.635).

Pois bem. No caso em concreto, observa-se que a adotanda foi residir junto ao referido casal em tenra idade, dias após seu nascimento, que se deu em 06.10.98 (f. 20).

Segundo se afirma na inicial, ambos sempre manifestaram profundo interesse em adotar a criança, o que seria comprovado através de testemunhas; declaração de que a menor era dependente da virago no imposto de renda; histórico escolar, onde a virago consta como mãe, além de fotos familiares.

Ocorre que O. somente veio a falecer em 11.08.03, ou seja, quando a menor já contava com quase cinco anos de idade, e não há notícias de que a ação de adoção não tenha sido instaurada por fato alheio à vontade do *de cujus*.

Frise-se: não há nenhum documento produzido por O. ou a mando deste em que se demonstre a inequívo-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 95

ca vontade de adotar a menor, nem mesmo há prova de que algum fato o tenha impedido de instaurar o processo nos quase cinco anos que antecederam sua morte e nos quais a criança vivia com ele.

Por seu turno, o cônjuge E. faleceu em 12.06.06, ou seja, cerca de três anos após o varão, e, da mesma forma, não há prova inequívoca quanto à sua vontade de adotar a criança ou de que tenha sido impedida por fato alheio.

Ao contrário. O que se colhe é que a *de cujus* objetivou, tão somente, a guarda da menor, porquanto ajuizou esta ação no ano de 2004 e obteve êxito (f. 23).

Ou seja, como bem ponderado pelo Promotor de Justiça, Dr. Jaques Souto Ferreira,

> a adotante *post mortem* virago requereu foi a guarda da menor R., quando poderia ter requerido sua adoção. Como entender que ela deixou manifestação inequívoca, que não deixa margem de dúvidas, de que pretendia adotá-la? (f. 117).

Outrossim, a prova na qual se escuda a parte autora não permite chegar à conclusão que pretende.

A prova testemunhal resume-se a uma declaração produzida unilateralmente, e não confirmada em juízo; o imposto de renda é referente ao ano de 2005, período no qual a menor já estava sob a guarda legal da declarante; e os históricos escolares e fotografias retratam que a menor estava sob os cuidados da família, era bem tratada e cuidada, mas não indicam que houvesse o inequívoco desejo de adoção, não consumado por fato alheio, repita-se.

Não se nega o vínculo de afeto que uniu os falecidos e a menor e que é mantido com as filhas biológicas do casal, consoante se observa nos relatórios de f. 68/73.

Mas este vínculo, bem como o inegável interesse da menor em ver acolhida a presente ação, não tem o condão de afastar a exigência prevista no art. 42, § 5º, do ECA.

A interpretação extensiva e flexível que deve ser dada a referido dispositivo de lei não vai ao ponto de se desconsiderar a vontade externada pelos falecidos, notadamente quando um deles não tomou qualquer providência tendente à adoção e o outro veio a juízo, mas para pleitear pela guarda da criança tão somente.

Fundado nessas razões, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado na inicial.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Casamento - Ação anulatória - Erro sobre a pessoa - Vício do cônjuge - Preexistência ao casamento - Dilação probatória - Necessidade - Testemunha - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Sentença nula - Instrução probatória - Reabertura

Ementa: Apelação cível. Anulatória de casamento. Erro sobre pessoa. Vício do cônjuge. Agressões físicas e verbais. Preexistência ao casamento. Necessidade de dilação probatória. Provas testemunhas. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Sentença nula. Reabertura da instrução probatória.

- Para que o erro essencial seja reconhecido, é necessária a presença de três requisitos: que a circunstância ignorada preexista ao casamento; que a descoberta da verdade seja subsequente ao matrimônio; e que tal fato torne intolerável a vida em comum.

- Se o julgador decidiu antecipadamente o processo, sem apreciar o pedido fundamentado da parte para que se produzisse prova testemunhal, necessária para a comprovação e esclarecimento de questões essenciais ao deslinde da demanda, deve-se anular a sentença e determinar a reabertura da instrução probatória, sob pena de se configurar o cerceamento de defesa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.07.134463-7/001 - Comarca de Betim - Apelante: M.P.A.B. - Apelado: L.R.B. - Relator: DES. ARMANDO FREIRE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM INSTAURAR PRELIMINAR, DE OFÍCIO, E ANULAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2009. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARMANDO FREIRE - Cuidam os autos de apelação interposta por M.P.A.B. contra sentença proferida nos autos da ação anulatória de casamento ajuizada em face de L.R.B., que julgou extinto o feito, sem julgamento de mérito, em razão da impossibilidade jurídica do pedido e decretou a separação do casal (f. 125).

A apelante, nas razões recursais de f. 126/130, em síntese, alega que só veio a ter conhecimento do vício do

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 96

apelado em drogas após o casamento, quando se mudou para a cidade do Rio de Janeiro. Ressalta que a família do apelado conhecia e tolerava o "desvio de conduta" do apelado desde a adolescência. Sustenta que jamais se casaria caso soubesse da conduta do apelado, sendo certo que "o erro sobre a pessoa do cônjuge preexistia ao casamento e a mesma casou-se sem conhecimento de tal fato, sendo o apelado, ainda, acobertado pelos pais". Requer, portanto, seja provido o presente recurso, para declarar a nulidade do casamento.

O recurso foi recebido à f. 140.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 145/149, pugnando pelo desprovimento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 160/164, opinou pelo desprovimento do recurso aviado.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso aviado.

Levanto, de ofício, preliminar que submeto à apreciação da Turma Julgadora.

Extrai-se da r. sentença ora hostilizada que a pretensão de anulação do casamento deduzida por M.P.A.B. em face de L.R.B. foi afastada pelo digno Sentenciante sob o fundamento de que a circunstância ignorada pela requerente, qual seja o vício do requerido em substâncias entorpecentes, não preexistia ao casamento. Em outras palavras, considerou que os fatos atribuídos ao ora apelado, relativos ao consumo de drogas, ocorreram após e ao longo do matrimônio. Ponderou, ainda, que "dos relatos contidos nos autos verifica-se que a autora não mencionou nem mesmo provou que as atitudes do requerido ocorriam também antes do casamento".

Bem de se ver que o MM. Juiz de Primeira Instância, ao concluir pela inexistência de provas de que o vício alegado preexistia ao matrimônio, adentrou, indubitavelmente, no mérito da pretensão anulatória. Não obstante, em evidente impropriedade técnica, concluiu pelo acolhimento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e extinguiu a ação, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC.

Como ressaltado, ao proceder à análise da prova até então colacionada aos autos e concluir pela não demonstração de um dos requisitos necessários para o reconhecimento do erro essencial, qual seja que a circunstância ignorada preexista ao casamento, o digno Magistrado abordou o mérito da presente ação anulatória de casamento.

Ocorre que, *data venia*, o processo não se encontrava maduro para julgamento naquela oportunidade, uma vez que não havia sido oportunizada às partes a produção de provas essenciais ao deslinde da controvérsia.

Reconheço que o Julgador é o destinatário das provas, podendo indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias, consoante o disposto no art. 130 do CPC.

No caso em tela, contudo, a produção de provas, notadamente a testemunhal, foi requerida e reiterada, tendo sido sua necessidade justificadamente exposta pela parte autora.

Maria Berenice Dias, na obra *Manual de direito de família* (4. ed., São Paulo: Ed. RT, 2007), leciona que:

> Para que o erro essencial seja reconhecido, é necessária a presença de três requisitos: (a) que a circunstância ignorada preexista ao casamento - se o crime é praticado depois do enlace, ou a doença advém depois das núpcias, inocorre vício do consentimento; (b) que a descoberta da verdade seja subseqüente ao matrimônio; e que tal fato (c) torne intolerável a vida em comum.

À vista dos requisitos necessários para o reconhecimento do alegado erro essencial, impõe-se reconhecer a utilidade da prova testemunhal pleiteada. Com efeito, a designação de audiência poderia ser válida também para a comprovação das alegações da autora de que o desvio de conduta do requerido era conhecido e aprovado pela família do mesmo, desde a adolescência. Já na exordial a autora asseverou que:

> [...] num primeiro momento, aturdida, pensando que o requerido necessitava de ajuda médica, tentou ajudá-lo a livrar-se do vício, fotografou algumas situações e ameaçou mostrá-las aos pais do réu, no intuito de obter 'aliados' nesta luta contra sua dependência, porém, descobriu que a família dele não só sabia do vício, como toleravam o desvio de conduta desde a adolescência, achando normal e autorizando que este fizesse uso de drogas dentro do próprio quarto, na casa da família.

Dentro dessa ótica, tenho como prudente determinar a reabertura da fase instrutória, sob pena de se ver malferidos princípios constitucionalmente garantidos. Entendo que a antecipação do julgamento do processo foi inapropriada, visto que o processo não se encontra, ainda, maduro para julgamento antecipado e definitivo.

É pertinente a transcrição de entendimento anotado pelo ilustre Theotônio Negrão (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 35. ed., São Paulo: Editora Saraiva, p. 228, em nota 6a ao artigo 130):

> Constitui cerceamento de defesa o julgamento sem o deferimento de provas pelas quais a parte protestou especificamente; falta de prova de matéria de fato que é premissa de decisão desfavorável àquele litigante (*RSTJ* 3/1.025). No mesmo sentido: STJ - 3ª Turma - REsp 8.839/SP - Rel. Min. Waldemar Zveiter - j. em 29.4.91 - deram provimento, v.u. - *DJU* de 03.06.91, p. 7.427.
>
> Se a pretensão do autor depende da produção da prova requerida, esta não lhe pode ser negada, nem reduzido o

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 97

âmbito de seu pedido com um julgamento antecipado, sob pena de configurar-se uma situação de autêntica denegação de Justiça (*ESTJ* 21/416).

Nesses termos, acolho a preliminar de cerceamento de defesa, tornando nula a sentença, para que se reabra a instrução probatória.

Custas, ao final.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO VILAS BOAS e EDUARDO ANDRADE.

Súmula - INSTAURARAM PRELIMINAR, DE OFÍCIO, E ANULARAM A SENTENÇA.

...

Alteração do regime de bens - Casamento - Possibilidade - Art. 1.639, § 2º, do Código Civil - Partilha de bens - Impossibilidade - Sociedade conjugal - Continuidade - Manutenção da sentença

Ementa: Apelação. Regime de bens. Casamento. Alteração. Possibilidade. Art. 1.639, § 2º. Código Civil. Partilha de bens. Impossibilidade. Sociedade conjugal. Continuidade. Sentença mantida.

- Mantém-se a sentença que, em sede de pedido de modificação de regime de bens c/c partilha, julga improcedente este último, uma vez que, conforme expressa determinação legal, a partilha de bens adquiridos na constância do matrimônio somente se dá em razão da decretação da separação do casal, não sendo esta, portanto, a hipótese dos autos, em que será dada continuidade à sociedade conjugal, apenas sob a égide de um novo regime, visando a prestigiar a futura aquisição de bens decorrente do trabalho exclusivo do cônjuge-virago.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.05.180426-6/002 - Comarca de Divinópolis - Apelantes: S.J.F. e outra - 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, 14 de maio de 2009. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO - S.J.F. e sua mulher apelam da r. sentença de f. 124/129, prolatada nos autos do pedido de alteração do regime de bens do casamento c/c partilha.

A sentença impugnada julgou procedente o pedido de alteração do regime de bens e improcedente o pedido de partilha, extinguindo o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, e condenou os requerentes ao pagamento de custas processuais.

Pugnando pela reforma da sentença, de maneira que se julgue procedente o pedido de partilha apresentado, aduzem os apelantes, em síntese, a inexistência de vedação legal à pretensão de homologação da partilha em caso de alteração do regime adotado no matrimônio; a indispensabilidade da partilha para se definir a individualidade dos bens.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão.

S.J.F. e sua mulher, A.M.F., casados pelo regime da comunhão universal de bens desde 22.03.1991 (f. 13), ajuizaram pedido de alteração de regime de bens do casamento c/c partilha, requerendo a alteração do regime e a consequente homologação de partilha e expedição de formal para registro no cartório competente.

Para justificar a pretensão, aduziram os requerentes não ser justa a continuidade do regime de comunhão universal, uma vez que, em razão da aposentadoria do cônjuge-varão, somente a mulher continuará no exercício das atividades dos negócios do casal.

Após arrolamento dos bens comuns, apresentaram plano de partilha, por meio do qual os bens serão igualmente divididos entre ambos.

Ao fundamento de que a partilha de bens somente pode ocorrer com a dissolução da sociedade conjugal, tal pedido foi julgado improcedente, ocasionando, assim, a interposição do presente apelo.

Analisando detidamente a matéria posta nos autos, tenho que a r. sentença prescinde de reparos.

Isso porque, tal como bem lançado pela douta Sentenciante de origem, valendo-se dos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, a partilha de bens, procedida em observância ao regime adotado para o casamento, somente se dá com o término da sociedade conjugal, não sendo esta, entretanto, a hipótese versada nos autos.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 98

Nesse sentido, a norma trazida pelo art. 1.575, *caput*, do Código Civil, segundo o qual "a sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens".

Ora, conforme acima visto, por expressa determinação legal, a partilha de bens pretendida pelos apelantes decorre do término da sociedade conjugal, ou seja, com a decretação da separação judicial.

Com efeito, não prospera o argumento dos apelantes no sentido de que inexiste vedação legal à decretação de partilha de bens em decorrência da mudança de regime, dada sob a permissibilidade do art. 1.639, § 2º, do Código Civil.

É que, a meu ver, tal pretensão se confronta com a norma trazida pelo art. 1.575, *caput*, do Código Civil, como acima explicitado. Repita-se, conforme expressa previsão legal, a partilha de bens adquiridos na constância de matrimônio decorre, única e exclusivamente, do término da sociedade conjugal.

Apenas para ilustrar tal entendimento, tenho por oportuno trazer à colação a lição de Rolf Madaleno, extraída da obra *Direito de família e o novo Código Civil*, coordenada por Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira:

> É que no casamento os bens só se comunicam e abandonam o seu estado latente de indivisão quando desfeitas as núpcias, aí, sim, incide o regime da comunicação ou da incomunicabilidade e indivisão. No entanto, os bens, quando partilháveis, só serão divididos depois de desfeito o matrimônio pelo juiz, com anulação, separação ou divórcio ou pelo chamado da natureza, com o decesso do cônjuge, mas, até lá, paira apenas uma expectativa de direito, como se fosse um pré-acordo que deita sob um regime previamente escolhido, mas que a nova lei permite modificar enquanto não desfeitas as núpcias (in *Do regime de bens entre os cônjuges*, p. 175).

De igual forma, improcedente o argumento de que a partilha é indispensável para definir a individualidade dos bens, pois a alteração do regime autorizada no presente caso somente passa a vigorar com o trânsito em julgado da sentença.

Logo, não é preciso muito esforço para concluir que a individualidade dos bens será preservada, uma vez que somente com o trânsito em julgado da decisão ora impugnada vigorará o regime de comunhão parcial de bens, escolhido pelos apelantes como uma forma justa de prestigiar o esforço único do cônjuge-virago na aquisição futura de bens, em decorrência do gozo da aposentadoria pelo cônjuge-varão.

Imperioso ressaltar, ainda, que, com a prolação da sentença e após seu trânsito em julgado, da averbação a ser procedida na certidão de casamento dos apelantes constará, de forma expressa, a data a partir da qual vigorará o novo regime adotado pelo casal, fato este que, por si só, garante aos apelantes a preservação da individualidade dos bens.

Com essas considerações, tenho por irretocável a r. sentença de f. 124/129.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SILAS VIEIRA e MANUEL SARAMAGO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Execução fiscal - IPTU - Processo tributário administrativo - Desnecessidade

Ementa: Execução fiscal. IPTU. Processo tributário administrativo. Desnecessidade.

- Há que se considerar que nem toda execução fiscal é precedida da instauração de processo tributário administrativo. Tanto assim que a norma do art. 2º, § 5º, VI, e § 6º, da Lei 6.830/80, prevê que da CDA constará o número do PTA, se nele tiver sido apurado o valor da dívida, ou seja, há hipóteses em que esta apuração não se faz através do PTA. Assim, vê-se que os títulos juntados pela Fazenda Pública e que embasam a execução pretendida, preenchem os requisitos exigidos para consolidação do débito fiscal; apresentam o valor originário do débito, bem como a forma de correção relativa aos juros de mora, além de consignarem a origem da dívida e o termo inicial para o cálculo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.06.187046-1/001 - Comarca de Teófilo Otôni - Apelante: Fazenda Pública do Município de Teofilo Otoni - Apelado: Lauro Santos Coimbra - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 7 de abril de 2009. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GERALDO AUGUSTO - Conhece-se do recurso, presentes os requisitos à sua admissibilidade.

Trata-se de execução fiscal interposta pela Fazenda

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 99

Pública de Teófilo Otoni em desfavor de Lauro Santos Coimbra, extinta pelo MM. Juiz *a quo* com fundamento no art. 202, V, e art. 203, ambos do CTN, c/c art. 2º, § 5º, VI, e § 6º, da Lei 6.830/80.

Em apelação, pretende-se a reforma da decisão, ao argumento, em resumo, da desnecessidade, no caso dos autos, de instauração de processo administrativo tributário e, por via de conseqüência, de indicação na certidão de dívida ativa do número do PTA.

Examina-se o recurso.

De início, tem-se que se trata de lançamento de tributo, de ofício, pelo Fisco, que dispõe dos dados necessários à cobrança.

O lançamento leva em consideração dados, elementos e informações extraídos do cadastro administrativo, notificando-se por meio do envio de guia aos contribuintes, utilizada também para pagamento, conforme noticiado pelo exequente, que corresponde ao lançamento e, havendo discordância em relação a este, poderá o contribuinte, por óbvio, valer-se da impugnação, quando então será originado o processo administrativo tributário.

O lançamento, ato administrativo, goza da presunção de certeza e liquidez e torna exigível o crédito tributário, formalizando-o. A certeza refere-se à origem do crédito e a liquidez a seu valor em moeda.

Há que se considerar que nem toda execução fiscal é precedida da instauração de processo tributário administrativo. Tanto assim que a norma do art. 2º, § 5º, VI, e § 6º, da Lei 6.830/80, prevê que da CDA constará o número do PTA, se nele tiver sido apurado o valor da dívida, ou seja, há hipóteses em que esta apuração não se faz através do PTA.

Também a norma do art. 202, V e parágrafo único, do CTN, prevê que o número do PTA constará da CDA apenas se o crédito executado dele tiver originado.

No caso dos autos, o IPTU é lançado sem a instauração de processo administrativo. Portanto, não há que se falar em nulidade da CDA por não conter o número do PTA.

Assim, vê-se que o título juntado pela Fazenda Pública e que embasa a execução pretendida, preenche os requisitos exigidos para consolidação do débito fiscal; apresenta o valor originário do débito, bem como a forma de correção relativa aos juros de mora, além de consignar a origem da dívida e o termo inicial para o cálculo.

Dispõe o art. 39, § 2º, da Lei 4.320/64 que:

> Dívida ativa tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas.
> Consoante o artigo 2º, § 5º, da Lei 6.830/80, a CDA deve consignar o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei.

A conclusão é de que a CDA que instrui a pretensão executiva deve prevalecer, porque nela estão presentes as características essenciais, além do que goza da presunção de certeza e liquidez.

Por consequência, não há o requisito para afastar a cobrança em execução do débito reclamado, porquanto presentes as características essenciais da certidão de dívida ativa, que goza da presunção de certeza e liquidez e só pode ser ilidida por prova inequívoca em contrário, o que não ocorreu.

Com tais razões, dá-se provimento ao recurso, cassando-se a sentença *a quo*, para que se dê prosseguimento à execução fiscal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE e ARMANDO FREIRE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Embargos à execução - Excesso - Prestação alimentícia quitada e levantada pelas alimentandas - Débito exequendo - Insistência no recebimento da integralidade - Conduta maliciosa - Penalidade do art. 940 do Código Civil - Manutenção - Verdade dos fatos - Alteração - Litigância de má-fé - Caracterização - Multa - Art. 18 do CPC - Exclusão - Impossibilidade - Honorários advocatícios - Sucumbência mínima

Ementa: Apelação cível. Embargos à execução. Excesso. Prestações alimentícias quitadas e levantadas pelas alimentandas. Insistência no recebimento da integralidade do débito exequendo. Conduta maliciosa. Penalidade prevista no art. 940 do CC. Manutenção. Alteração da verdade dos fatos. Litigância de má-fé. Caracterização. Multa. Art. 18 do CPC. Exclusão. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Sucumbência mínima

- Deve ser mantida a sentença que, ao acolher o excesso de execução consubstanciado na cobrança de prestações alimentícias já quitadas, condena a embargada na penalidade do art. 940 do Novo Código Civil, haja vista que a insistência no recebimento da integralidade do débito exequendo caracteriza a malícia necessária à sua imposição.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 100

- Demonstrada a má-fé, consubstanciada na alteração da verdade dos fatos, conduta tipificada pelo art. 17, II, do CPC, deve ser mantida a multa imposta em consonância com o art. 18 do mesmo *codex*.

- Reconhecido o excesso de execução, não há que se falar em sucumbência mínima da parte embargada frente ao débito exequendo, mas sim em êxito absoluto do embargante no que tange ao deslinde da controvérsia objeto da ação de embargos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.07.192745-6/001 - Comarca de Uberaba - Apelantes: S.R.M. e outra, representadas pela mãe M.J.R.S. - Apelado: J.L.S.M. - 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, 12 de maio de 2009. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Em exame recurso de apelação aviado por S.R.M. e G.R.M (representadas por sua mãe M.J.R.S) contra a r. sentença de f. 63/65, que acolheu os embargos aviados por J.L.S.M. nos autos da execução de alimentos, para determinar a exclusão das parcelas referentes aos meses de fevereiro de 2003 a junho de 2004, por já estarem sendo cobradas nos autos de nº 701.07.188.683-5, e das prestações referentes a janeiro de 2005 a abril de 2006, porquanto quitadas. Por conseguinte, condenou as embargadas por litigância de má-fé, nos moldes do art. 17, II, do CPC, e multa de 1% (um por cento) sobre o valor dado à causa, mais honorários advocatícios e despesas, nos termos do art. 18 do CPC. Condenou-as, ainda, a pagarem, em dobro, os alimentos relativos aos meses de janeiro/2005 a abril/2006, vedada a compensação com o débito alimentar do embargante, por força do art. 373, II, do CC, e custas e honorários arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Preenchidos os pressupostos legais, conheço do recurso.

Não merece reparos a r. sentença ao concluir pelo acolhimento dos embargos aduzidos em face da execução de alimentos ajuizada pelas apelantes, haja vista que as prestações alimentícias referentes ao período de fevereiro de 2003 a junho de 2004, por já estarem sendo cobradas nos autos da execução anteriormente ajuizada e as relativas a janeiro/2005 a abril/2006 já terem sido quitadas, conforme documentos de f. 06/10 e 40.

Primeiramente, cumpre registrar que razão assiste às apelantes ao afirmarem que, uma vez proferida a sentença na ação revisional, a execução deveria prosseguir em consonância com o resultado da referida demanda, no que toca ao valor das prestações atingidas pela referida decisão, neste caso, as parcelas vencidas após julho de 2003, visto que determinado o efeito a partir da citação naquela revisional.

Ocorre, no entanto, que o equívoco perpetrado reside justamente no fato de a execução embargada buscar o recebimento de parcelas não atingidas pela ação revisional, quais sejam as prestações concernentes aos meses de fevereiro de 2003 a junho de 2003, que não sofreram redução, de forma que não poderiam ser vindicadas novamente em sede de nova execução.

A questão prescinde de maiores considerações, uma vez que a penalidade por litigância de má-fé que as apelantes pretendem decotar não foi imposta em razão da execução em duplicidade das prestações pleiteadas no seio da execução de nº 701.03.039115-8, em trâmite perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, mas sim em virtude da execução de valores quitados quando do ajuizamento da execução embargada, quais sejam as parcelas referentes ao período de janeiro/2005 a abril de 2006.

Ao que se colhe do acordo de homologação da separação judicial, visto em cópia às f. 8/9 da ação revisional em apenso, a pensão alimentícia, no valor correspondente a 04 salários mínimos, deveria ser quitada mediante depósito em conta-corrente do cônjuge-virago, junto ao Unibanco, no dia 10 de cada mês, forma e data que, não obstante não terem sido objeto de modificação, não foram observadas pelo alimentante, mesmo após determinação judicial de f. 218, do processo em apenso.

O cumprimento da obrigação alimentícia dos meses de janeiro/2005 a abril de 2006, se deu a destempo e mediante realização de depósitos judiciais, sendo, no entanto, aludidos valores levantados pela genitora das alimentadas, sem ressalva, conforme alvarás de f. 219 e 238, expedidos, respectivamente, em 12/2005 e maio de 2006.

Inequívoco que as exequentes, na data do ajuizamento da execução, 16.05.07, tinham pleno conhecimento acerca do adimplemento das prestações referentes ao período de janeiro de 2005 a abril de 2006, as quais já haviam inclusive sido levantadas.

No entanto, não obstante a interposição dos embargos, as exequentes insistiram em pontuar a inexistência de litispendência ou de excesso de execução,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 101

asseverando a inadimplência do embargante/apelado no tocante às prestações vencidas entre fevereiro de 2003 até o mês de janeiro de 2006 (f. 20/21).

Indene de dúvida que a execução comportava valores referentes a aluguéis outrora já adimplidos, o que, em tese, autorizaria a aplicação da norma insculpida no art. 940 do CC, o qual dispõe, *in verbis*:

> Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Consoante já decidi em outros julgados, a sanção prevista no dispositivo supra, por ser excessivamente rigorosa, deve ser aplicada quando evidenciada a má-fé da parte que ajuizou a ação para recebimento de dívida já paga.

De acordo com a Súmula 159 do colendo Supremo Tribunal Federal: "Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil".

O art. 940 do novo Código Civil, originário do art. 1.531 do Código Civil de 1916, visa punir aquele que pedir mais do que for devido, sendo outra pena civil imposta ao que tenta extorquir o alheio, ao argumento de cobrar dívidas.

Sem prova do dolo, má-fé ou culpa grave do credor que reclama, judicialmente, dívida já paga, não se comina referida penalidade, em razão de sua desproporcionalidade.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o seguinte:

> Não há lugar para a aplicação do art. 1.531 do Código Civil quando a parte procede por equívoco, e não por malícia (REsp 79.558, RTJ 86/515 - Relator Ministro Laudo de Camargo).

Na espécie, impossível não reconhecer a conduta dolosa das apelantes, que, após levantamento dos valores adimplidos nos autos da ação revisional, insistiram em alegar, inclusive nas razões do presente recurso, a inadimplência com relação às parcelas relativas ao período de janeiro de 2005 a abril de 2006.

O simples fato de o apelado realizar o pagamento em forma diversa da ajustada nos autos da separação judicial e, ainda, em atraso, não serve de amparo à interposição de demanda visando ao recebimento dos aludidos valores, quando devidamente levantados pelas alimentandas, repito, sem qualquer ressalva oportuna.

Dessarte, deve ser mantida a sentença que, ao acolher o excesso de execução consubstanciado na cobrança de prestações alimentícias já quitadas, condena a embargada na penalidade prevista no art. 940 do Novo Código Civil, haja vista que a insistência no recebimento da integralidade do débito exequendo caracteriza a malícia necessária à imposição da sanção.

Lado outro, demonstrada a má-fé da demandante, consubstanciada na alteração da verdade dos fatos, conduta tipificada pelo art. 17, II, do CPC, não merece prosperar o pedido de decote da multa imposta em consonância com o art. 18 do mesmo *codex*.

Quanto aos ônus sucumbenciais, também não merece acolhida o recurso, porquanto, reconhecido o excesso de execução, não há que se falar em sucumbência mínima da parte embargada frente ao débito exequendo, mas sim em êxito absoluto do embargante no que tange ao deslinde da controvérsia objeto da ação de embargos.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelas apelantes, suspensa a exigibilidade, porquanto sob os auspícios da gratuidade judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RONEY OLIVEIRA e BRANDÃO TEIXEIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Sucessão - Partilha - Arrolamento - Herança - Aceitação tácita - Irrevogabilidade - Usufruto - Renúncia - Impossibilidade - Meação - Doação aos herdeiros - Totalidade do bem - Constituição de usufruto em favor da meeira - Ato *inter vivos* - Apreciação nos autos de inventário - Inadmissibilidade - Cessão de direitos hereditários - Escritura pública - Exigência

Ementa: Agravo de instrumento. Direito sucessório. Arrolamento. Aceitação tácita da herança. Renúncia ao usufruto de bem imóvel. Inadmissibilidade. Cessão de direitos hereditários. Exigência de escritura pública.

- A concordância com os termos das primeiras declarações apresentadas pela inventariante, bem como a juntada aos autos de instrumento de procuração constituem formas de aceitação tácita da herança, que, nos termos do art. 1.812 do CC/2002, é irrevogável.

- Possível, a teor do art. 1.793 da Lei Civil, a cessão de direitos hereditários, que demanda, para sua efetivação, escritura pública.

- Insuscetível de apreciação, no inventário, instituição de direito real de usufruto imobiliário, por meeira, relativamente à porção do domínio que lhe seja reservada, visto

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 102

que, quanto a tal, o direito respectivo não integra a sucessão, e sua doação, com reserva de usufruto, constitui ato *inter vivos* completamente alheio ao campo de conhecimento do inventário.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0223.07.217289-1/001 - Comarca de Divinópolis - Agravante: Maria do Carmo Marques - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de junho de 2009. - *Fernando Botelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BOTELHO - Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Maria do Carmo Marques, na qualidade de inventariante do espólio de Joaquim Marques Filho, contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Divinópolis, carreada à f. 67-TJ, que, nos autos do "arrolamento de bens", indeferiu pedido de lavratura, nos próprios autos, da renúncia dos herdeiros ao usufruto da metade do bem que lhes é cabível por herança, em favor de sua mãe.

Na decisão agravada, o Juiz de primeiro grau apontou que inexiste previsão legal para o pedido dos herdeiros, "uma vez que o art. 1.806 do CC se refere à renúncia aos direitos hereditários na sua totalidade, não se admitindo que se renuncie em parte, sob condição ou termo" (f. 67-TJ).

Inconformado, vem o agravante, nas razões de f. 04/09-TJ, afirmando que a viúva e os herdeiros do *de cujus*¸ todos maiores e capazes, assinaram conjuntamente escritura pública de doação da parte do bem arrolado que cabia à viúva/meeira, estabelecendo o usufruto vitalício àquela, incidente sobre a totalidade do bem objeto da partilha.

Argumentam que é desnecessária a providência exigida pelo juiz de primeiro grau, que determinou a retificação da referida escritura pública, para formalizar a renúncia dos donatários ao usufruto da outra metade do bem, inadmitindo que tal renúncia se formalizasse por termo nos autos.

Documentos às f. 10/68, incluindo cópia da decisão agravada à f. 67.

Sem preparo, em virtude do pedido de gratuidade de justiça.

O recurso foi recebido apenas em seu efeito devolutivo às f. 73/74-TJ, oportunidade em que requisitadas informações ao Juízo de origem.

Ofício remetido pelo Julgador primevo às f. 79/80, noticiando o cumprimento do disposto no art. 526 do CPC e a manutenção da decisão.

É o relatório.

Por inexistirem, nos autos recursais, elementos contrários à afirmação de carestia de recursos feita pelos herdeiros e pela inventariante às f. 29/38-TJ, defiro ao agravante os benefícios da justiça gratuita, limitados à instância recursal.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto nos autos do arrolamento de bens deixados por Joaquim Marques Filho, cônjuge da inventariante Maria do Carmo Marques.

Na peça de ingresso, foram apresentados pela inventariante a relação de bens e herdeiros do *de cujus*, bem como plano de partilha amigável do único bem imóvel que compõe o acervo partilhável, constituído por uma casa residencial localizada na Rua Fagundes Varela, nº 1.310, Bairro São José, em Divinópolis, avaliada em R$34.000,00.

Segundo consta no plano de partilha inicialmente apresentado pela inventariante (f. 15/20-TJ), a meeira doaria sua meação aos herdeiros, "com a garantia a seu favor de usufruto vitalício sobre a totalidade do único imóvel objeto do presente" (f. 15-TJ), e cada herdeiro receberia sua legítima e a parte doada, da meação, que lhe caberia, totalizando 1/9 do imóvel para cada herdeiro.

Foi determinada, pelo d. Juízo primevo, a formalização da doação (f. 40-TJ), e, em cumprimento da diligência, foi apresentada escritura pública de cessão de direitos da meação, na qual figura a inventariante como cedente e os demais herdeiros como cessionários, cuja cláusula segunda se transcreve:

> Cláusula 2ª: Que pela presente escritura e nos melhores termos do direito, cede e transfere para os cessionários, a título gratuito, todos os direitos e ação de meação que lhe assiste no inventário do referido espólio de Joaquim Marques Filho, direitos estes incidentes única e exclusivamente sobre a nua propriedade do imóvel descrito e destacado na cláusula anterior, reservando para si, e com exclusividade, os direitos de meação referentes ao usufruto vitalício sobre o referido bem [...] (f. 43-v.).

Apresentado novo plano de partilha, com as correções que se fizeram necessárias após a formalização da doação (f. 47/57), foi determinada a intimação da inventariante para providenciar a retificação da escritura:

> Intime-se a inventariante para retificar a escritura de f. 78/79, tendo em vista que só poderá ser instituído usufruto

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 103

> vitalício em favor da mesma somente da parte que lhe caberia na meação (f. 58).

Noticiando a impossibilidade de cumprimento da determinação judicial em cartório, veio a inventariante requerendo determinação à Secretaria do Juízo, para que "proceda, nos termos permissivos do art. 1.806 do Código Civil Brasileiro, à lavratura nos autos de termo de renúncia dos filhos do falecido referente ao usufruto da metade do bem que lhes é cabível por herança, a favor da mãe dos renunciantes, Maria do Carmo Marques" (f. 66-TJ).

Tal requerimento foi indeferido pelo Juízo *a quo*, sendo esta a decisão que ora se agrava:

> Indefiro o pedido de f. 101, tendo em vista a ausência de previsão legal, uma vez que o art. 1.806 do CPC se refere à renúncia aos direitos hereditários na sua totalidade, não se admitindo que se renuncie em parte, sob condição ou termo (f. 67-TJ).

Acresça-se o teor das informações prestadas pelo d. Juízo primevo à f. 79-TJ, retificando o artigo indicado na decisão, que seria o 1.808 do Código Civil.

Como sabido, o inventário constitui procedimento especial, no qual há relação, descrição e avaliação dos bens e dos herdeiros deixados pelo autor da herança, a fim de que se proceda à subsequente partilha, expedindo-se, ao final, o respectivo formal.

Com a abertura da sucessão, a herança se transmite desde logo aos herdeiros, nos termos dos arts. 1.784 do Código Civil:

> Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Iniciado o procedimento de inventário dos bens, cabe aos herdeiros aceitarem ou renunciarem à herança, o que deve ser feito à luz dos arts. 1.806 e 1.808 do NCC:

> Art. 1.806. A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial.
> [...]
> Art. 1.808. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo.
> § 1º O herdeiro, a quem se testarem legados, pode aceitá-los, renunciando à herança; ou, aceitando-a, repudiá-los.
> § 2º O herdeiro, chamado, na mesma sucessão, a mais de um quinhão hereditário, sob títulos sucessórios diversos, pode livremente deliberar quanto aos quinhões que aceita e aos que renuncia.

Conclui-se, pela leitura dos dispositivos supramencionados, que a renúncia aos direitos hereditários só pode ser feita em sua totalidade, não se admitindo a renúncia parcial.

Sobre a matéria, os ensinamentos de Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

> Com a sucessão, o herdeiro sub-roga-se na integralidade das relações jurídicas do falecido, assumindo, assim, a titularidade dos bens e direitos inventariados. Certo é que, atualmente, o herdeiro não responde pelas dívidas do *de cujus* além das forças da herança (CC, art. 1.792); entretanto, a ele é facultado aceitar ou não a herança, em razão do princípio de que ninguém é herdeiro contra a sua vontade, não se podendo impor a adição do acervo hereditário, assumindo as obrigações, encargos, administração de patrimônio etc., se não existir interesse para tanto.
> [...]
> Assim, a lei exige a deliberação dos sucessores através de manifestação de vontade reveladora do desejo em recolher a herança.
> A aceitação da herança representa, assim, o ato jurídico unilateral e necessário pelo qual o herdeiro, que ao tempo da abertura da sucessão houvera adquirido, *ipso iure*, a posse e a propriedade dos bens da herança, confirma sua intenção de receber este acervo que lhe é transmitido.
> Pela legislação de 2002, entretanto, a aceitação passa a ser irrevogável, como sempre foi a renúncia (art. 1.812). Assim, assume especial importância a verificação da aceitação, pois, uma vez ocorrida, qualquer ato posterior de disposição, pelo sucessor, de sua quota hereditária terá natureza de cessão de direitos hereditários, e como tal será tratada, com a incidência, inclusive, de tributação pela transmissão *inter vivos* promovida, ressalvadas as hipóteses de isenção previstas na legislação pertinente (*Curso avançado de direito civil - direito das sucessões*. Editora RT, v. 6, p. 87/88).

E acrescentam:

> Quanto à forma, a aceitação pode ser expressa, tácita ou presumida.
> Será expressa a aceitação quando feita por declaração escrita (art. 1.805), por termo nos autos, por escritura pública ou escrito particular. [...]
> Já tácita será a aceitação quando resultar da prática de atos próprios da qualidade de herdeiro (art. 1.805, 2ª parte). São, por exemplo, atos privativos do herdeiro que assume esta qualidade, incompatíveis com a postura de quem recusa ou repudia a herança: a) a nomeação de advogado, para intervir no inventário na defesa de seus direitos hereditários; b) a concordância manifestada com as primeiras declarações, avaliações e outros atos do processo [...] (p. 90).
> Com igual característica que a aceitação, sendo o outro lado da mesma moeda, a renúncia também é indivisível, não pode ser parcial, com repúdio apenas da parte que não convém ao herdeiro, salvo a verificação de dupla qualidade hereditária, [...]; da mesma forma, só pode ser incondicional (CC, art. 1.808 e seus parágrafos) (p. 97).

No caso dos autos, em que os herdeiros manifestaram sua concordância com as primeiras declarações (f. 20-TJ) e nomearam advogado para representá-los no feito (f. 23/24-TJ), tem-se que já aceitaram, de forma tácita, a herança, sendo tal ato irrevogável.

Além disso, não se pode deixar de convir a total impropriedade do escrito público relativamente ao qual

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 104

proferida a decisão agravada, porquanto, sendo a meeira titular de direito real-imobiliário próprio - a quota ideal do domínio inventariado - o que faz com que não integre o seu individualizado direito o monte-mor partível por obra do falecimento do *de cujus*, torna-se evidente que eventual ato de liberalidade seu sobre aquela prerrogativa dominial-exclusiva, ainda que voltado, também, para instituição de reserva de usufruto vitalício, constitui iniciativa francamente *inter vivos*, que, em absoluto, interfere com a estrutura do inventário dos bens deixados por morte do consorte, tampouco servindo a objeto de cessão de direitos tais os que constaram da escritura de f. 43-v. -([...] direitos e ação de meação que lhe assiste no inventário do referido espólio de Joaquim Marques Filho, direitos estes incidentes única e exclusivamente sobre a nua propriedade do imóvel [...]).

Jamais se poderá, portanto, editar instituição ou renúncia de usufruto vitalício por termo nos autos do inventário, especialmente quando, como ocorre *in casu*, esteja-se cogitando da instituição do direito real (de usufruto) sobre cota imobiliária-ideal relativa a domínio sob titularidade de pessoa viva.

Assim, deve mesmo ser indeferido, como o fez o d. Juízo agravado, o requerimento de "renúncia" ao usufruto (da metade dos bens que é cabível aos herdeiros), que, inclusive, se aceitável, incidiria sobre parcela do acervo inventariado, o que também se veda pela prescrição do art. 1.808 do NCC, já transcrito.

Ressalte-se que, na hipótese de interpretação do pedido como um requerimento de "cessão de direitos hereditários", que presume prévia aceitação, impor-se-ia, de igual forma, o indeferimento, haja vista a exigência de escritura pública contida no art. 1.793 da Lei Civil:

> Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.
> § 1° Os direitos conferidos ao herdeiro em conseqüência de substituição ou de direito de acrescer presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente.
> § 2° É ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.
> § 3° Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.

No mesmo sentido, os julgados deste eg. Tribunal:

> Agravo de instrumento. Inventário. Herança. Cessão de direito. Escritura pública. - A cessão de herança é negócio jurídico sujeito aos requisitos necessários à validade e eficácia dos contratos. Realizada a título gratuito - doação - ou oneroso - compra e venda -, exige-se a escritura pública. Nega-se provimento ao recurso (Agravo de Instrumento n° 1.0024.01.087520-1/001. 4ª Câmara Cível do TJMG. Rel. Des. Almeida Melo).
>
> Ementa: Agravo de instrumento. Inventário. Herança. Cessão de direito. Bem imóvel. Escritura pública. Exigibilidade. Negócio jurídico. Recurso a que se nega provimento. - 1. A cessão de herança é negócio jurídico sujeito aos requisitos necessários à validade e eficácia dos contratos e quando realizados a título oneroso - compra e venda -, exige-se a escritura pública. 2. Recurso a que se nega provimento. (Agravo n° 1.0231.00.001066-1/001 - 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Célio César Paduani, j. em 24.02.05.)

Inexistindo, portanto, nos autos, elementos que, infirmando o *decisum* agravado, autorizem conclusão diversa da tomada pelo Juízo primevo, impõe-se a manutenção da decisão agravada, em seus exatos termos.

Conclusão.

Com tais fundamentos, nego provimento ao recurso, para manter incólume a interlocutória.

Custas recursais, pelo agravante, suspensa a exigibilidade nos termos da Lei 1.060/50.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De acordo.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Sem a limitação de uma análise mais acurada sobre a questão, por ora acompanho o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Mandado de segurança - Carteira nacional de habilitação - Processo de habilitação - Exame de aptidão física e mental - Prazo de validade - Resolução nº 169/2005 do Contran - Lei 9.503/1997 (CTB) - Superioridade desta

Ementa: Mandado de segurança. Carteira de motorista. Processo de habilitação. Prazo de validade dos exames de aptidão física e mental. Resolução 169/2005 do Contran. Lei. Superioridade desta.

- O prazo de validade dos exames de aptidão física e mental previsto no art. 147, § 2°, do Código de Trânsito Brasileiro prevalece sobre o prazo previsto no artigo de resolução do Contran ante a superioridade hierárquica da lei frente àquele ato administrativo normativo.

- O ato administrativo é um comando sempre subalterno à lei que objetiva concretizar-lhe os efeitos.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 105

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0024.06.223767-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Autores: Alessandra Ribeiro Ferreira Maia e outro - Réu: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Diretor do Detran de MG (Departamento de Trânsito 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2009. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Trata-se de reexame necessário em face da r. sentença de f . 104/109, a qual concedeu a segurança impetrada por Alessandra Ribeiro Ferreira Maia, Donizete Divino Martins, Isadora de Sá Ferrari e Soraia Ferreira de Araújo Armani em face do Chefe do Detran/MG para assegurar aos impetrantes o prazo de validade de cinco anos do exame para a obtenção da carteira de habilitação para dirigir veículos e julgou improcedente em relação a Ednaldo Francisco da Silva.

Concitada a opinar no feito, a douta Procuradoria-Geral de Justiça emite judicioso parecer de f. 162/164 manifestando-se pela manutenção da sentença.

Conheço do reexame necessário, visto que satisfeitos seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Na questão em desate, devem ser levados em conta para o deslinde da controvérsia a validade dos exames para obtenção da carteira nacional de habilitação e o que se refere à duração do processo de habilitação.

Segundo o disposto no art.147 do Código de Trânsito Brasileiro, o exame de aptidão física e mental do candidato à obtenção da carteira nacional de habilitação consta do seguinte:

> Art. 147. O candidato à habilitação deverá submeter-se a exames realizados pelo órgão executivo de trânsito, na seguinte ordem:
> I - de aptidão física e mental;
> III - escrito, sobre legislação de trânsito;
> IV - de noções de primeiros socorros, conforme regulamentação do Contran;
> V - de direção veicular, realizado na via pública, em veículo da categoria para a qual estiver habilitando-se.
> [...]
> § 2º O exame de aptidão física e mental será preliminar e renovável a cada cinco anos, ou a cada três anos para condutores com mais de sessenta e cinco anos de idade, no local de residência ou domicílio do examinado.

Lado outro, o processo de habilitação exige a aprovação em diversos exames, entre os quais os de aptidão física e mental, que, nos termos do § 2º do dispositivo citado, têm prazo de validade de cinco anos. Ocorre que a Resolução 168/04, alterada pela Resolução 169/05, do Contran, estabeleceu:

> Art. 43A. O processo de habilitação de candidato que procedeu ao requerimento de sua abertura anterior à vigência desta norma permanecerá ativo no órgão ou entidade executiva de trânsito do Estado ou Distrito Federal, pelo prazo de doze meses a partir da data de publicação desta resolução.

Como o exame de aptidão física está incluído no processo de habilitação, o que a resolução fez foi reduzir o prazo de validade do referido exame de cinco anos para um. Não há dúvida de que prevalece o prazo previsto no Código de Trânsito Brasileiro, ante sua superioridade hierárquica frente à resolução editada pelo Contran.

Assim, o prazo de validade do exame de aptidão física e mental realizado pela impetrante deve ser de cinco anos nos termos do art. 147, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, haja vista que ficou comprovado nos autos, através de documento, que os exames foram realizados dentro do prazo de válido por 5 anos, visto que a instituição de novos requisitos para a obtenção da licença, desde que respeite a irretroavidade das leis, é legítima. É assegurado aos candidatos à habilitação o prazo de validade de cinco anos para o exame de aptidão física e psíquica.

O ato administrativo é um comando sempre subalterno à lei que objetiva concretizar.

Em tais termos, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HELOÍSA COMBAT e ALVIM SOARES.

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

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 106

Transporte coletivo intermunicipal - Empresa concessionária - Demanda contra transportadores irregulares - Ação cominatória - Obrigação de não fazer - Cessação do transporte irregular - Tutela antecipada - Ausência dos requisitos dos arts. 273 e 461 do CPC - Presença da garantia do art. 5º, XIII, da CF - Indeferimento

Ementa: Agravo de instrumento. Obrigação de não fazer. Antecipação de tutela. Paralisação de transporte intermunicipal de passageiros sem concessão. Ausência dos requisitos do art. 461 do CPC. Recurso provido.

- Em favor do agravante, vigora a garantia conferida pelo art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988: "É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". *A priori*, salvo situações excepcionais devidamente justificadas, não se deve judicializar a questão do transporte coletivo de passageiros. Primeiramente deverá a empresa agravada demonstrar que os órgãos governamentais competentes estão adotando as medidas cabíveis para coibir a prática ilícita de transporte coletivo de passageiros e haja desobediência recalcitrante e notória do agravante àquelas medidas. Isso porque o Poder Judiciário - ainda que acolha o pleito de fazer cessar referida prática ilícita - não dispõe de estrutura para exercer a fiscalização do cumprimento de tal determinação. Correr-se-ia, pois, o risco de adotar imposição judicial inócua.

- No direito administrativo, pode despontar oposição entre a autoridade da Administração e a liberdade individual.

- O exercício dos direitos, pelos cidadãos, tem que ser compatível com o bem-estar social.

- O uso da liberdade e da propriedade deve corresponder à utilidade coletiva.

- O poder de polícia, pois, é a "faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades, direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado" (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed., Malheiros, 2008, p. 133).

- Compete ao Poder Executivo, através dos órgãos competentes nas esferas federal, estadual ou municipal, a fiscalização do transporte coletivo de passageiros.

- Presente a precitada garantia do art. 5º, inciso XIII, da CF/88 e ausentes os requisitos da verossimilhança e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, deve ser revogada a antecipação da tutela concedida para proibir alegada prática irregular de transporte coletivo de passageiros.

- V.v.: - Tratando a lide de disputa sobre o transporte público, envolvendo empresa concessionária, deverá o presente recurso ser conhecido pela Unidade Goiás, nos termos do art. 19A, I, *a*, do RITJMG. (*Des. Valdez Leite Machado*)

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0686.08.226612-9/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Agravante: Braz Daniel Barbosa - Agravado: Viação Rio Doce Ltda. - 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, EM REJEITAR PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO PELO PRIMEIRO VOGAL E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 7 de maio de 2009. - *Rogério Medeiros* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela agravada, a Dr.ª Zaira Carvalho Silveira.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Pela ordem.

Compulsando detidamente os autos, verifico tratar-se de disputa sobre transporte coletivo, ajuizada por uma empresa concessionária contra proprietários, detentores e/ou condutores de veículos automotores do tipo van, kombi, táxi, caminhonete, dentre outros.

Sobre o tema, verifico que esta Unidade não tem competência para o seu conhecimento, como se pode observar do julgamento ocorrido na Apelação Cível nº 2.0000.00.518734-6/000, em 26 de outubro de 2005, cuja ementa transcrevo:

> Ementa: Apelação cível. Ação cominatória. Cessação de atividade de transporte coletivo irregular. Serviço público. Competência da 1ª à 8ª Câmara Cível do TJMG. Voto vencido. - Falece competência a esta 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais para julgar o recurso cuja controvérsia instaurada envolve a irregularidade no transporte coletivo, serviço público de interesse local e caráter essencial.

Assim considerando, tratando-se de questão relacionada à concessionária de transporte público, levanto para análise pelos meus Pares a preliminar de incom-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 107

petência por se tratar de Unidade realmente incompetente para o seu conhecimento, devendo os autos ser remetidos para a Unidade Goiás do Tribunal de Justiça para distribuição a uma de suas Câmaras Cíveis, nos termos do art. 19A, I, *a*, do RITJMG.

Ante o exposto, suscito de ofício a preliminar de não conhecimento do recurso.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Sr. Presidente, pedindo vênia a Vossa Excelência, na esteira de entendimento que já adoto em casos análogos, entendo que, no presente caso, a empresa concessionária de serviço de transporte público, na condição de entidade privada, está recorrendo contra decisão em que é a agravante pessoa física que atua também na atividade de transporte. Então, o objeto da demanda é de natureza eminentemente privada e, por esse motivo, entendo ser competente a Unidade Raja Gabaglia, mantendo, portanto, a competência desta 14ª Câmara Cível.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Inicialmente, rejeito a preliminar arguida de ofício pelo em. Des. Valdez Leite Machado, 1º Vogal nestes autos, tendo em vista consistir a lide em discussão acerca de transporte coletivo irregular intermunicipal de passageiros, sem delegação do Poder Público.

Entendo que, uma vez não se cingir o objeto da demanda diretamente sobre a prestação do serviço público, tendo em vista, *in casu*, não envolver litigância entre a concessionária do serviço público e o poder concedente, não há que se declarar a incompetência desta Unidade - Raja Gabaglia, nos termos do art. 19 A, I, *a*, do RITJ/MG.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto por Braz Daniel Barbosa contra decisão do MM. Juiz da 2ª Vara Cível de Teófilo Otoni, que deferiu pedido de antecipação de tutela nos autos da ação cominatória de obrigação de não fazer que lhe move a agravada, Viação Rio Doce Ltda., determinando que se abstenha de realizar transporte intermunicipal de passageiros sem delegação do Poder Público, sob pena de multa.

Sustenta o agravante que a decisão o impede de realizar sua atividade legal de transporte de passageiros, assegurada pelo salvo-conduto que lhe foi concedido pelo Juízo da Comarca de Novo Cruzeiro, o que lhe vem causando prejuízos, sendo que o salvo-conduto foi confirmado em segunda instância por este Tribunal.

Foi indeferida a atribuição de efeito suspensivo ao recurso (f. 38/39-TJ).

Informações prestadas pelo MM. Juiz à f. 47-TJ.

Contraminuta da agravada às f. 49/52-TJ.

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

A agravada move contra o agravante e mais seis motoristas ação cominatória de obrigação de não fazer, com o objetivo de impedi-los de realizar transporte intermunicipal de passageiros nos trajetos de que é concessionária de serviço público.

No entanto, é preciso destacar em favor do agravante a garantia conferida pelo art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988: "É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

De mais a mais, *a priori*, salvo situações excepcionais devidamente justificadas, não se deve judicializar a questão do transporte coletivo de passageiros. Primeiramente, a meu ver, deveria a empresa agravada demonstrar que os órgãos governamentais competentes estão adotando as medidas cabíveis para coibir a prática ilícita de transporte coletivo de passageiros e que haja desobediência recalcitrante e notória do agravante àquelas medidas. Isso porque o Poder Judiciário - ainda que acolha o pleito de fazer cessar prática ilícita - não dispõe de estrutura para exercer a fiscalização do cumprimento de tal determinação. Correr-se-ia, pois, o risco de adotar imposição judicial inócua.

Com efeito, no direito administrativo, pode despontar oposição entre a autoridade da Administração e a liberdade individual. O exercício dos direitos, pelos cidadãos, tem que ser compatível com o bem-estar social. O uso da liberdade e da propriedade deve corresponder à utilidade coletiva. O poder de polícia, pois, é a

> faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades, direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed., Malheiros, 2008, p. 133).

O Código Tributário Nacional, além da conceituação, fixa os limites do exercício do poder de polícia:

> Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.
> Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 108

Compete ao Poder Executivo, através dos órgãos competentes nas esferas federal, estadual ou municipal, a fiscalização do transporte coletivo de passageiros. No âmbito da União, *v.g.*, assentou o Superior Tribunal de Justiça:

> [...] A Polícia Rodoviária Federal, na condição de entidade conveniada (Lei 8.987/95, art. 30, parágrafo único), é a responsável pela autorização, controle e fiscalização da atividade de transporte rodoviário interestadual de passageiros, nos termos do Convênio 004/2001, celebrado entre o Ministério dos Transportes e o Ministério da Justiça. [...] (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 751.398-MG, Min.ª Denise Arruda, *DJU* de 05.10.06).

No que concerne à antecipação da tutela, estabelece o art. 273 do Código de Processo Civil que:

> O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Luiz Guilherme Marinoni destaca ser a morosidade dos processos o principal problema da Justiça Civil, em nosso País. O procedimento ordinário é injusto às partes mais pobres, que não podem esperar, sem dano grave, a realização dos seus direitos. Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre seus direitos, em virtude da lentidão da Justiça, abrindo mão de parcela do direito que provavelmente seria realizado, mas depois de muito tempo. A demora no processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade. Conclui o processualista paranaense (in *A antecipação da tutela*, 4. ed., Malheiros Editores, 1998, p. 20-21):

> A tutela antecipatória constitui o único sinal de esperança em meio à crise que afeta a Justiça Civil. Trata-se de instrumento que, se corretamente usado, certamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento. Embora Chiovenda houvesse anunciado, com absoluta clareza e invulgar elegância, que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, e, ainda, que o processo não deve prejudicar o autor que tem razão, a doutrina jamais compreendeu, porque não quis enxergar o que se passava na realidade da vida, que o tempo do processo não é um ônus do autor.

Esse não parece ser o caso destes autos.

Além do mais, exige-se prova inequívoca suficiente para que o juiz se convença da verossimilhança da alegação. Vale dizer, o julgador deverá estar imbuído do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor. O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz:

> A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Constituição da República, art. 5º, XXXV), valendo dizer que não pode evitar a lei a proteção liminar ou a antecipação de tutela se tal proibição torna inviável a futura tutela definitiva. Somente o juiz, considerando os dados objetivos do caso concreto, poderá aquilatar a necessidade ou não de tutela, ainda que provisória, em face da possibilidade de dano atual ou iminente e de difícil reparação (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo nº 172.826-0/00, Des. Carreira Machado, *DJ*, 15.12.00).

> Em trato de concessão de tutela antecipada de provimento jurisdicional, mister se faz que o juiz, dentro da esfera de sua discricionariedade judicial, proceda a prudente e cuidadosa análise, porquanto pode haver situação emergencial que a reclame, desde que haja prova inequívoca do alegado e se convença de sua verossimilhança. Na dicção do art. 273 do CPC, não se pode perder de vista que, de outro lado, os postulados do *due process of law*, dos quais o princípio do contraditório e da ampla defesa são corolários, hão de ser observados (Iº Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, AgIn 689.493-7, Juiz Ademir de Carvalho Benedito, *Revista dos Tribunais*, v. 736, fev. de 1997, p. 256).

O juiz examinará o pedido de antecipação da tutela prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a cautelar. A antecipação da tutela não é tutela cautelar, porque esta deve limitar-se a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado. A tutela sumária satisfativa não se limita a tal desiderato, configurando a antecipação do provimento decisório (Cândido Dinamarco, ob. cit., p. 139 e 143).

Diante do exposto, presente a precitada garantia do art. 5º, inciso XIII, da CF/88 e ausentes os requisitos da verossimilhança e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, dou provimento ao agravo de instrumento para revogar a antecipação da tutela concedida na decisão recorrida.

Custas, pela agravada.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Vencido quanto à preliminar, adiro ao voto proferido pelo d. Des. Relator.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - No mérito, após detido exame dos autos, acompanho o em. Des. Relator e, também, dou provimento a este recurso.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO PELO PRIMEIRO VOGAL E DERAM PROVIMENTO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 109

Mandado de segurança - ICMS - Aquisição de veículo automotor - Deficiente físico impossibilitado e inabilitado para a condução - Ausência de direito líquido e certo - Isenção - Impossibilidade

Ementa: Mandado de segurança. Isenção de ICMS. Deficiente físico. Convênio 77/2004. Incapacidade do deficiente de dirigir qualquer veículo. Ausência de direito líquido e certo. Impossibilidade de isenção em aquisição de veículo adquirido para ser conduzido por terceiro. Sentença reformada em reexame necessário.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0701.08.228397-2/001 - Comarca de Uberaba - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberaba - Autor: R.A.M.P.F., representado pela mãe Z.T.A.F.P. - Réu: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Chefe da Administração Fazendária de Uberaba - Relator: DES. RONEY OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2009. - *Roney Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RONEY OLIVEIRA - Trata-se de reexame necessário, em razão da sentença à f. 72-TJ, que, em sede de mandado de segurança impetrado por R.A.M.P.F., representado por sua mãe Z.T.A.F.P., concedeu a segurança pleiteada, reconhecendo o direito do impetrante à isenção do pagamento do ICMS.

Autos remetidos a este eg. Tribunal de Justiça, por força do reexame necessário.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça às f. 89/96-TJ, pela reforma da decisão.

É, em síntese, o relatório.

Conheço do reexame necessário.

Verifica-se, no presente caso, que não demonstrou o impetrante seu direito líquido e certo, uma vez que evidente a impossibilidade de conduzir veículos, em razão de não possuir idade para adquirir carteira de habilitação e de sua eficiência, não sendo, portanto, amparado pelo disposto na cláusula primeira da Convenção 77/04, em conformidade com o art. 8º da Lei 6.763/75:

> Cláusula primeira: Ficam isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais de veículo automotor novo com até 127 HP de potência bruta (SAE), especialmente adaptado para ser dirigido por motorista portador de deficiência física, incapacitado de dirigir veículo convencional (normal), desde que as respectivas operações de saída sejam amparadas por isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, nos termos da legislação federal vigente.

Acerca da concessão de isenção pleiteada, dispõe a Lei Estadual 15.757/05:

> Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a isentar do Imposto sobre as Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação ICMS a aquisição de automóvel de passageiros, de fabricação nacional, equipado com motor de cilindrada não superior a 1.600 cm^3 (mil e seiscentos centímetros cúbicos), movido a combustível de origem renovável ou sistema reversível de combustão, por pessoa portadora de deficiência física, visual, mental severa ou profunda ou autista, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.

Ressalte-se que a mencionada lei não concede a isenção tributária pretendida, mas apenas autoriza que o Executivo o faça, na hipótese de aquisição de veículo automotor realizada por deficiente físico ou pelo seu responsável.

Desse modo, não há falar que há autorização para que o deficiente adquira veículo a ser conduzido por terceiro; o legislador apenas permitiu que a compra seja realizada por representante legal do deficiente, em nome deste.

Assim, tendo sido comprovado que o apelado não possui condições de dirigir qualquer veículo, inexiste direito à isenção do ICMS.

Valho-me, ainda, do parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 89/96-TJ) para corroborar o presente entendimento:

> Como se observa, o convênio vigente é aplicável *in casu* e estabelece de forma clara que o motorista do veículo seja realmente o portador da deficiência.
> *In casu*, o impetrante não tem condições de guiar um veículo e sequer pode ser habilitado para tanto. Sua representante é quem conduziria o automóvel.
> A cláusula primeira do convênio 03/2007 é explícita em estabelecer que a isenção do ICM só será concedida quando o portador da deficiência for o efetivo condutor do automóvel.
> Mais que isso, o § terceiro da cláusula primeira do convênio elenca os documentos que devem instruir o pedido de isenção. Nele, são citados: a) laudo de perícia médica fornecido pelo Departamento de Trânsito do Estado - Detran; b) cópia autenticada da Carteira Nacional de Habilitação,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 110

na qual constem as restrições referentes ao condutor e as adaptações necessárias ao veículo, dentre outros.
A exigência dos documentos retrocitados não somente ratifica a exigência de que o deficiente físico seja o real condutor do veículo, pois a *ratio legis* da isenção recai no fato de que o veículo adaptado para deficientes, via de regra, é mais caro que o veículo comum, sem adaptações. Seria, portanto, injusto que o deficiente condutor fosse compelido a adquirir veículo mais caro, devido às adaptações que suprem o infortúnio de sua condição física. A administração, então, concederia a isenção como meio de contrabalançar o gravame financeiro imposto pela condição física desfavorável do adquirente. Lado outro, se o deficiente não é capaz de conduzir e o veículo tiver de ser conduzido por terceiro, sem deficiência, não existe razão para que haja adaptações no bem. Ora, em se tratando de automóvel comum, sem adaptação e sem aumento no preço, não cabe a isenção com base na Lei 15.757/05 e Convênio 03/2007 (f. 94-TJ).

Portanto, a negativa da isenção do ICMS afigura-se correta, diante da desconformidade com o convênio supracitado.

Nesse sentido, é o entendimento deste eg. Tribunal de Justiça:

Ementa: Mandado de segurança. Isenção de ICMS na aquisição de veículo automotor. Deficiente físico impossibilitado e inabilitado para a condução. Lei 15.757/05 e Convênio 03/07 do Confaz. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada. - Segundo os arts. 1º e 3º da Lei 15.757/05 c/c com a cláusula primeira do Convênio 03/2007 do Confaz, a isenção de ICMS na compra de veículo automotor só é concedida se o deficiente físico adquirente for o efetivo condutor do automóvel. Para tanto, o requerimento administrativo de isenção depende da juntada do laudo médico pericial emitido pelo Detran e da carteira nacional de habilitação (CNH) do deficiente comprador (TJMG - Apelação Cível nº 1.0672.07.252898-3/001 - Rel.ª Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª Câmara Cível, *DJ* de 05.12.08).

Ante o exposto, reformo a sentença, em reexame necessário, para denegar a segurança pretendida.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CARREIRA MACHADO e CAETANO LEVI LOPES.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA.

...

Loteamento - Imóvel - Identificação por demarcação - Registro de terceiros por alienação do confrontante - Ineficácia - Cancelamento - Desnecessidade - Ministério Público - Apelação

Ementa: loteamento. Imóvel identificado por demarcação. Registro de terceiros por alienação do confrontante. Ineficácia. Desnecessidade de ato material de cancelamento. MP. Apelação.

- O MP é parte legítima para atuar e recorrer em processo de dúvida do Registro de Imóvel.

-Se o confrontante alienou lotes que não faziam parte do seu quinhão, qualquer matrícula e registro são atos ineficazes e não carecem de cancelamento material.

- Identificado o imóvel e estando preenchidos os requisitos do loteamento, não se lhe pode negar o registro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.233442-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2ºs) Espólio de Jorge Ferraz e espólio de Istria Zauli Ferraz - Apelado: Oficial do Cartório do 1º Registro de Imóveis 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 A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2009. - *Ernane Fidélis* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo 2º apelante, o Dr. Jacob Lopes de Castro Máximo.

DES. ERNANE FIDÉLIS - Trata-se de duas apelações. Abordarei, em primeiro lugar, a que foi apresentada pelo Ministério Público.

1ª apelação.

Para efeito de se indagar sobre a legitimidade de atuação e recursal do MP, há de se fazer, no presente caso, a seguinte distinção: a duplicidade de matrícula e registro pode importar em questionamento sobre a possibilidade de se fazer o registro do loteamento, bem como também se questionar sobre o direito, porventura existente, para os que anteriormente o registraram. Na

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 111

primeira hipótese, creio que o MP, como fiscal da lei, tem plena legitimidade de atuar no feito e de recorrer, já que sua atuação tem por finalidade a observância da prática de ato de interesse público, que é o ato registral; na segunda hipótese, não tendo autorização de agir como substituto processual de possíveis prejudicados, não teria legitimidade de atuação nem de recurso. Por tais razões, seu recurso deve ser recebido, quando demonstrada está sua preocupação apenas com a validade formal do ato.

DES. EDILSON FERNANDES - De acordo com o Relator.

DES. MAURÍCIO BARROS - De acordo com o Relator.

DES. ERNANE FIDÉLIS - Admito que S. Ex.ª tem plena razão, quando afirma que necessário se faz dar fim a esta novela, mas, com a vênia devida, no meu modesto entender, julgo que a novela, na realidade, existe, porque está sendo mal interpretado o direito.

Em preliminar, deve-se observar que S. Ex.ª, o oficial do Registro de Imóveis, ao invés de suscitar dúvida, e até de certa forma deselegante, solicitou provimentos judiciais, como se estivesse a fazer corrigendas à atuação judicial, determinando ao Julgador procedimentos que entende corretos, como se fosse autoridade hierarquicamente superior ao próprio juiz. No entanto, se há decisões contraditórias que não está a entender, bastaria o pedido de esclarecimento, e não a requisição de ordem de ação, especificando o comportamento judicial necessário.

Não há nenhuma autoridade do senhor oficial do registro em determinar que o juiz expeça mandado e faça rebusco procedimental, próprio da atividade registral, e não judicial.

Lamenta-se que S. Ex.ª não se atenha à afirmação de que tem dúvida de fazer ou não o registro do loteamento, que é sua única função.

Lembra-se, no direito brasileiro, principalmente depois da célebre polêmica entre Soriano Neto e Filadefo Azevedo, que a transcrição não gera presunção absoluta de propriedade, mas apenas relativa. Neste caso, a questão de cancelamento de registro é decorrência de reconhecimento ou não de direito, e nunca confirmação ou não de que o direito existe. Neste caso, conforme bem expresso no art. 214 da Lei 6.015/73, consideram-se inválidas as transcrições, independentemente de ação direta, desde que a nulidade seja de pleno direito.

O art. 214, acima citado, é sintomático, porque, embora se referindo à nulidade de pleno direito, fala em invalidação, independentemente de ação direta, o que quer significar que, desde que se dispense processo para desconsiderar o ato, este é inteiramente ineficaz. Se ineficaz, torna-se de evidência palmar que qualquer ato material de supressão de expressões de registro é irrelevante. Considerados ineficazes, os registros é como se não existissem, embora possam até enfeitar a prateleira documental do cartório.

Está havendo interessante informação de que, julgada a demarcação entre dois prédios e devidamente registrada nos termos do art. 167, inciso XXIII, da Lei de Registros Públicos, apenas aquela estaria na disciplina da transcrição. No entanto, como bem foi asseverado pelo d. Sentenciante, à f. 395,

> A dúvida pronunciada pelo ilustre e digno Oficial de Registro de Imóveis é com relação à hipótese de possível duplicidade de registros e matrículas sobre uma única base territorial. A princípio, parece-me superada essa dificuldade, uma vez que o imóvel no seu todo já se encontra registrado no nome do espólio.

Outro não podia ser o entendimento, porque, declarada a constituição dos imóveis confrontantes, com a linha de confrontação estabelecendo a indiscutibilidade dos limites da propriedade do espólio, poderia ter até ocorrido alienações parciais anteriores, mas, evidentemente, para serem válidas, realizadas pelo real proprietário, e não pelo confrontante, cujo domínio estaria além da faixa demarcatória reconhecida. No caso, se alguma venda houve, patrocinada pelo referido confrontante, seria a *non domino* e, consequentemente, com ineficácia tal que chegaria às barras da própria inexistência.

Quanto ao aspecto registral, pois, para se reconhecer o domínio exclusivo do suscitado, nenhum ato material precisa ser praticado, mesmo porque sem qualquer finalidade prática é cancelar o que não existe; basta que se considere inexistente o que, aparentemente, teve forma de existência.

Quanto ao aspecto processual, ainda que se pudesse atribuir interesse na suscitação da dúvida e na apelação, que, evidentemente, seria dos terceiros prejudicados, certo é que a coisa julgada não beneficia nem prejudica o terceiro. No entanto, como bem lembra Enrico Túlio Liebman, se, entre o terceiro e as partes, há relação de direito material que seria prejudicada, evidente que o terceiro não deixa de se submeter aos efeitos da decisão:

> O prejuízo que dela recebem é prejuízo legítimo, e a coisa julgada entre as partes se refere a eles como coisa julgada relativamente a eles. Pressupõe isso, todavia, subordinação do terceiro à parte, subordinação que é determinada pelo direito substantivo e se explica pela própria estrutura da relação jurídica e pelas relações dos vários sujeitos acerca da mesma relação, pelas conexões e interferências entre mais relações jurídicas, em virtude das quais as vicissitudes de uma influem sobre as da outra, isto é, quando a referência em determinada relação, se encontra o terceiro em relação subordinada relativamente à parte, a esta cabe a

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 112

> legitimação processual exclusiva para aquela relação, e a decisão, intervindo nesta última, é também para o terceiro plenamente vinculante (*Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Forense, p. 93).

É como se o não proprietário perdesse a reivindicatória, sofrendo seu locatário, em consequência, o efeito da decisão no seu contrato de locação.

Na hipótese em julgamento, se, em ação demarcatória, processada e julgada entre as partes legitimadas, ou seja, entre os confrontantes, estabeleceu-se, pela linha demarcada, a propriedade de cada um, qualquer ato de disposição que tenha um deles realizado com referência à parte que não é de seu quinhão se prejudica, porque perde a base fática de direito material, ou seja, o pretenso domínio de quem alienou.

No caso dos autos, pois, o que importa é que o titular do domínio solicitou em cartório o registro de loteamento de imóvel, identificado em todo único, como sendo de sua exclusiva propriedade.

Todos os requisitos para o loteamento estão formalmente preenchidos. Neste caso, se o imóvel é devidamente identificado e se encontra dentro da limitação legalmente traçada, não há que se negar o registro na forma da lei, e, se algum terceiro se julgar com direito de fazer prevalecer algum ato registral que lhe diz respeito, que discuta, em procedimento próprio, a ele referente, sua pretensão, não se estendendo tais prerrogativas nem ao oficial do registro nem ao órgão do MP, pelo que, nestes termos, nego provimento ao recurso.

Sem custas, por ser recurso do MP.

DES. EDILSON FERNANDES - Sr. Presidente. Registro que ouvi, com bastante atenção, a brilhante sustentação oral proferida pelo Dr. Jacob Lopes de Castro Máximo e que recebi do ilustre advogado substancioso memorial, ao qual dediquei a mesma atenção.

Embora reconhecendo o zelo do ilustre representante do Ministério Público de 1º grau, o voto que V. Ex.ª acaba de proferir esgota toda a matéria sob o aspecto jurídico e didático, de forma que qualquer acréscimo que se fizesse, agora, seria absolutamente ineficaz.

Assim, adotando inteiramente os fundamentos do voto ora proferido, também nego provimento ao recurso.

DES. MAURÍCIO BARROS - Sr. Presidente.Também nego provimento ao recurso, pedindo permissão a V. Exª. para adotar os fundamentos de seu judicioso voto que contém, na verdade, uma aula a respeito da matéria discutida no feito.

DES. ERNANE FIDÉLIS - 2ª apelação.

Pouco se tem a dizer sobre a apelação dos suscitados, porque o procedimento é de dúvida, sendo impróprio para exame de qualquer pretensão de cancelamento de ato registral, ainda que inútil e ineficaz, pelo que nego também provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

É o meu voto.

DES. EDILSON FERNANDES - De acordo.

DES. MAURÍCIO BARROS - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

...

Representação comercial - Contrato - Foro de eleição - Desconsideração - Foro de domicílio do representante - Prevalência - Art. 39 da Lei 4.886/65

Ementa: Agravo de instrumento. Representação comercial. Foro de eleição. Desconsideração. Art. 39 da Lei 4.886/65.

- A competência para conhecer e decidir as questões oriundas de contrato de representação comercial é do Juízo do domicílio do representante, nos termos do art. 39 da Lei especial nº 4.886/1965.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.08.238584-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. - Agravado: Consultancy & Serviços Ltda. - Relatora: DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 maio de 2009. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão proferida pelo digno Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG (reproduzida às f. 103/105-TJ), nos autos da ação cautelar, promovida por Consultancy

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 113

& Serviços Ltda, em face de Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A.

Consiste o inconformismo recursal no fato de o douto Julgador *a quo* ter julgado improcedente a exceção de incompetência aviada pelo agravante, por entender tratar-se de relação de representação comercial, a qual deve ser regida pela Lei 4.886/65, que, no seu art. 39, determina que a competência é a do foro do domicílio do representante.

O efeito suspensivo ativo foi deferido às f. 110/111-TJ.

Requisitadas as informações necessárias, estas foram prestadas à f. 148-TJ.

Intimada, a agravada apresentou contraminuta às f. 117/124-TJ, pugnando pela improcedência do recurso.

Conheço do recurso interposto, porque regularmente processado e devidamente preparado (f. 21- TJ).

Inicialmente, cumpre esclarecer que o art. 1º da Lei 4.886/65 estabelece que exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Analisando o contrato de prestação de serviços, estabelecido entre as partes (f. 52/63- TJ), extrai-se que os serviços efetivamente prestados pela agravada eram de representação comercial, uma vez que consta em sua cláusula 1ª e 9.1, que a agravada prestava serviços de captação e mediação de negócios, sem vínculo associativo ou relação de emprego entre as empresas.

Uma vez caracterizada a representação comercial, deve-se observar a Lei nº 4.886/65, que disciplina os contratos de representação comercial.

O art. 39 da Lei nº 4.886/65, com a redação dada pela Lei 8.420/92, estabelece:

> Para julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum e o Foro do domicílio do representante, aplicando-se o procedimento sumaríssimo previsto no art. 275 do Código de Processo Civil, ressalvada a competência do Juizado de Pequenas Causas.

Ora, por se tratar de regra especial, a Lei nº 4.886/65 sobrepõe-se à regra geral de competência, prevista no art. 111 e seus parágrafos do CPC, porque, no confronto de normas antagônicas, a norma especial prevalece sobre a regra geral, e, inclusive, revela-se inócua a cláusula contratual que preveja o deslocamento da competência para foro diverso daquele previsto na lei especial.

Nesse sentido, assente na jurisprudência do colendo STJ:

> Processual civil. Competência. Representação comercial. Foro de eleição. I. - Havendo lei especial que taxativamente determine o foro do domicílio do representante como o local apropriado para dirimir conflitos entre as partes, contrato de adesão não poderá modificá-lo. II. - Recurso especial não conhecido (REsp nº 608983/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 16.03.04).
>
> Recurso especial. Contrato de representação. Foro de eleição. Desconsideração. Foro de domicílio do representante. Lei 4.886/65, art. 39. Precedentes. Recurso acolhido. I - A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de intelecção suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa. II - Não reconhecida qualquer dessas circunstâncias, é de prevalecer o foro eleito. III - Em se tratando, todavia, de contrato de representação, a cujo respeito há disposição expressa de lei a determinar o foro do domicílio do representante como sendo o lugar apropriado para a solução do litígio estabelecido entre as partes contratantes (art.39 da Lei 4.886/65, modificado pela Lei 8.420/92), entende a Turma que não há de prevalecer o foro eleito por adesão (REsp nº 149759/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 24.06.98).

Nesse sentido, o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento. Exceção de incompetência. Contrato de representação comercial. Foro de eleição. Afastamento. Foro de domicílio do representante. Prevalência. Lei 4.886/65, art. 39. - A Lei nº 4.886/65, que regula a profissão do representante comercial autônomo, em seu art. 39, modificado pela Lei 8.420/92, estabelece expressamente que o foro do domicílio do representante é o competente para julgamento das controvérsias que surgirem entre ele e o representado, devendo, pois, prevalecer sobre foro diverso daquele eleito pelas partes, por se tratar de norma especial (Ag 1.0439.07.070770-8/001, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Tarcísio Martins Costa, *DJ* de 29.04.08).
>
> Agravo de instrumento. Contrato de representação comercial. Eleição de foro. Inválida. Competência do foro do domicílio do representante. - Em contrato de representação comercial com eleição de foro, não poderá prevalecer, nesse caso, o princípio da liberdade de contratar, em face da existência de lei específica que taxativamente regule a matéria. O art. 39 da Lei 4.886/65, com redação dada pela Lei 8.420/92, definiu como competente para dirimir as controvérsias em contratos de representação o foro do domicílio do representante (Ag nº 1.0344.05.024420-3/001, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant. *DJ* de 22.03.06).

Pelo exposto, nego provimento ao presente recurso, mantendo-se a r. decisão atacada, declarando como competente o foro do representante comercial, qual seja, o de Belo Horizonte/ MG.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 114

Custas, pelo agravante.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ROGÉRIO MEDEIROS e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Sigilo bancário e fiscal - Quebra - Pedido de providências - Conversão do rito - Medida cautelar - *Fumus boni iuris* - Ausência - Medida excepcional

Ementa: Agravo de instrumento. Quebra de sigilo bancário e fiscal. Pedido de providências. Conversão do rito. Medida cautelar. Ausência de *fumus boni iuris*. Medida excepcional.

- A pretensão de obtenção de prova para instruir um inquérito civil pode ser declinada ao Juízo Cível por meio de medida cautelar, pois no sistema processual civil brasileiro inexiste pedido sem ação.

- O processo cautelar visa à garantia de efetividade e à proteção de um processo de conhecimento ou de execução, sendo que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* se constituem em pressupostos ou requisitos imprescindíveis para o acolhimento da pretensão cautelar, seja na forma de liminar ou quando proferida a sentença.

- Em que pese a relevância das informações pretendidas pelo Ministério Público, a quebra de sigilo bancário e fiscal é medida excepcional e última de um processo investigatório. Não pode ser deferida como início de prova se inexiste qualquer indício acerca do envolvimento das empresas nos atos investigados.

Recurso conhecido, mas não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0079.08.460266-7/001 - Comarca de Contagem - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravados: M.A.E. M.P.E. U.G.A.G.E. N.P.F. I.P.E.G. S.U.C.F. C.S.C. V.W.M. F.C.E.J. G.C.S.C. ME (Microempresa) C.C.T. E.G.D. J.R.C. I.M.J.S. ME (Microempresa) E.P. R.D.P.P. ME (Microempresa) C.I.T. ME (Microempresa) E.S.G. ME (Microempresa) P.P. R.P.R.B.G. ME (Microempresa) M.M.A.G. G.E. G.E.L. V.O. G.D.R.I.C. C.C.P.P. G.Y. V.S.C. N.T.P.M. R.E. P.C.I.C. Q.I. M.D. A. M.G.P.E. V.P. P.C.P. S.R. C.P.N. V.O.D.N. A.L.G. - 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, 21 de maio de 2009. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a decisão de f. 1.502/1.532-TJ, que adotou o rito cautelar ao pedido de providências formulado pelo agravante e deferiu apenas em parte a liminar, negando a quebra do sigilo bancário e fiscal das empresas agravadas.

Em suas razões recursais, o agravante sustentou que o pedido de quebra de sigilo fiscal e bancário não possui natureza cautelar por inexistir risco de perecimento dos elementos de prova e porque tampouco visa a garantir eficácia da prestação jurisdicional. Afirmou que a pretensão se relaciona com a viabilidade do direito de ação do Ministério Público e seu interesse de agir, evitando deflagrar uma lide temerária.

Argumentou que as investigações dependem de celeridade - o que não é possível com a adoção do rito cautelar - e que o pedido de providências só se justifica em razão do entendimento majoritário sobre a impossibilidade da quebra de sigilo diretamente pelo Ministério Público. Alegou se tratar de mera extensão do inquérito civil instaurado, desprovido do contraditório e da ampla defesa porque destinado apenas a colher elementos para eventual propositura de ação civil pública.

Defendeu que o contraditório e a ampla defesa serão exercidos em momento posterior à quebra, quando ajuizada ação civil pública, tal como ocorre em interceptações telefônicas.

Com relação ao indeferimento da quebra dos sigilos bancário e fiscal das empresas agravadas, arguiu que, embora tenha o Ministério Público analisado extensa documentação, incluindo autorizações de pagamento, notas de empenho, ordens de serviço e notas fiscais da SMP&B e de seus fornecedores, trata-se de documentos produzidos pelas próprias empresas que somente existiam "no papel".

Sustentou a necessidade de se conhecer a real movimentação financeira das empresas e se existiam apenas para acobertar o pagamento realizado à SMP&B, respostas que podem ser dadas pelos dados fornecidos pelas instituições financeiras e pela Receita Federal.

Alegou que o sigilo pode ser quebrado em situações excepcionais, principalmente quando se procura proteger o patrimônio público e quando vigora o inte-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 115

resse em averiguar a real destinação dada a quase sete milhões de reais que foram retirados dos cofres públicos.

Defendeu a presença dos requisitos para quebra do sigilo bancário, tais como a necessidade do procedimento, a individualização do objeto do inquérito e dos sujeitos, a justa causa e indispensabilidade da quebra, bem como o lapso temporal.

Pela decisão de f.1.825/1.827-TJ, foi deferido o efeito suspensivo pleiteado, a fim de suspender os efeitos da decisão agravada no tocante à conversão do rito em cautelar e à determinação de conexão com os autos de nº 0079.08.397426-5.

Por outro lado, foi indeferida a antecipação da tutela recursal pleiteada no tocante à quebra do sigilo bancário e fiscal das agravadas.

Foram apresentadas informações pelo Juiz da causa, às f. 1.832/1.858-TJ, reforçando os fundamentos da decisão agravada.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f.1.861/1.866, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

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

O cerne do presente recurso consiste em analisar a correção ou não da decisão que adotou o rito cautelar ao pedido de providências formulado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, objetivando a quebra de sigilo bancário e fiscal de diversas empresas que supostamente acobertavam o pagamento realizado pelo Município à empresa SMP&B, além de verificar a possibilidade de deferimento liminar desse pedido.

Inicialmente, cumpre ressaltar que dúvidas inexistem quanto à possibilidade de o Ministério Público pleitear, em sede de inquérito civil instaurado para apurar atos de improbidade administrativa, a quebra de sigilo perante o Juízo competente, visando ao esclarecimento dos atos investigados.

Nesse sentido, o art. 129, III, da CR/88 dispõe que compete ao Ministério Público "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da obtenção de elementos que demonstrem a certeza da prática do ato de improbidade, que deverá ser ajuizada de forma responsável.

Assim, dispõe o inciso VI acerca da possibilidade de o MP "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva".

Em se tratando de apuração de atos de improbidade administrativa elencados na Lei nº 8.429/92, o art. 16, § 2º, prevê que, havendo fundados indícios de responsabilidade e quando for o caso,

> o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Por fim, a Lei nº 7.347/85 (LACP) dispõe, em seu art. 8º, § 1º, que "o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil", que é procedimento administrativo destinado à colheita de provas.

Dessa feita, considerando o relevante interesse público e social, cabível ao Ministério Público requerer ao Poder Judiciário, durante procedimento administrativo de inquérito civil, a quebra do sigilo bancário e fiscal a fim de obter informações para, eventualmente, promover inquérito e ação civil pública.

No entanto, a despeito do caráter inquisitorial do procedimento investigatório civil, as informações sigilosas cuja obtenção dependa de autorização judicial devem ser pleiteadas ao juiz competente. Afinal, o Poder Judiciário é o verdadeiramente legitimado, no Estado Democrático de Direito, para determinar uma limitação à liberdade individual como a quebra de informações sigilosas, dadas a imparcialidade e a independência que lhes são estruturantes e que levam à garantia da reserva de jurisdição.

Nesse contexto, imperioso concluir que a restrição da intimidade, aspecto do direito à liberdade individual como implicação da quebra do sigilo financeiro, apenas pode ocorrer por meio do devido processo legal, cujo desenvolvimento exige a atuação condutora do juiz competente.

E, sendo competente o Juízo Cível, coaduno-me com o entendimento do Magistrado *a quo* no sentido de que o pedido deve ser formulado de forma adequada ao exercício da jurisdição do juiz. Diferentemente do que ocorre no processo penal, onde se admite o deferimento de diligências preliminares pelo juiz a fim de colher elementos de convicção, no sistema processual civil brasileiro inexiste pedido sem ação.

Os pleitos devem ser formulados em processo de conhecimento, de execução ou cautelar, pois o sistema processual é eminentemente formal. Nesse sentido, colhe-se lição de Humberto Theodoro Júnior:

> Para exercer a função jurisdicional, o Estado cria órgãos especializados. Mas estes órgãos encarregados da jurisdição não podem atuar discricionária ou livremente, dada a própria natureza da atividade que lhes compete. Subordinam-se, por isso mesmo, a um método ou sistema de atuação, que vem a ser o processo.
> Entre o pedido da parte e o provimento jurisdicional se impõe a prática de uma série de atos que formam o procedimento judicial (isto é, a forma de agir em juízo), e cujo conteúdo sistemático é o processo (*Curso de direito processual civil*. 36. ed. Ed. Forense, v. 1, p. 39).

Vê-se, portanto, que deve ser observada a forma de agir em juízo, porque "o processo não pode ser utilizado como simples instrumento de especulação doutrinária ou teórica", segundo o mesmo doutrinador.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 116

Afinal, a jurisdição pressupõe ainda uma relação processual entre juiz e partes.

No mesmo sentido, Cândido Dinamarco:

> [...] o direito processual é eminentemente formal, no sentido de que define e impõe formas a serem observadas nos atos de exercício da jurisdição do juiz e de defesa dos interesses das partes. A exigência de formas no processo é um penhor da segurança destas, destinado a dar efetividade aos poderes e faculdades inerentes ao sistema processual (devido processo legal) (*Instituições de direito processual civil*. Malheiros, 2001, v. 1, p. 38).

Ultrapassada essa questão, tem-se que a pretensão de obtenção de prova para instruir um inquérito civil pode ser declinada ao Juízo Cível por meio de ação cautelar, como anotam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

> Ação cautelar. No curso do IC pode o MP ajuizar ação cautelar objetivando, por exemplo, produção antecipada de prova. As provas colhidas no IC podem servir de base para o julgamento da ACP, se delas participaram os interessados, obedecendo-se o princípio constitucional do contraditório. Caso contrário, deve ser repetida, na ACP, a prova recolhida no procedimento inquisitório do IC (*Código de Processo Civil comentado*. 7. ed., 2003, p. 1.332).

Aliás, essa é a forma adotada pelo Ministério Público em diversos precedentes já julgados pelo STJ, senão vejamos:

> Ação cautelar. Exibição de documentos bancários. Legitimidade do Ministério Público Estadual. Providências investigatórias urgentes e preparatórias para o inquérito civil e ação civil pública. Constituição Federal, arts. 5, X e XII, 37, 127 e 129. Lei 4.595/64 (art. 38). Lei 7.347/85. Lei 4.728/65 (art. 4, § 2) e Lei 8.625/93 (arts. 25 e 26) (ROMS 8716/GO, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, *DJ* de 25.05.98).
>
> Processual civil. Ação cautelar de produção de prova para instruir ação civil publica. Modificação do pedido ou causa de pedir (art. 264 do CPC). Inocorrência *in casu* (REsp 132.850/DF, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, *DJ* de 20.10.97, p. 52.998).

Dessa feita, correta a decisão agravada que conheceu do pedido de providências como medida cautelar, haja vista que o agravante pretendeu a quebra de sigilo bancário como meio de prova para instauração de ação civil pública, evidenciando o caráter cautelar e instrumental do pedido.

Visto isso, resta analisar a possibilidade de deferimento liminar da quebra do sigilo bancário das empresas indicadas na petição inicial.

Ressalte-se que o processo cautelar visa à garantia de efetividade e à proteção de um processo de conhecimento ou de execução, sendo que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* se constituem em pressupostos ou requisitos imprescindíveis para o acolhimento da pretensão cautelar, seja na forma de liminar ou quando proferida a sentença.

Lembre-se, igualmente, de que, para a concessão da liminar, a cognição exigida é a sumária.

In casu, o Ministério Público pretendeu a quebra do sigilo bancário e fiscal de dezenas de empresas que, durante a vigência do contrato com o Poder Público, receberam pagamento da SMP&B. Pretende o MP conhecer a real movimentação financeira das empresas a fim de verificar se eram "empresas fantasmas" e se existiram apenas para acobertar o desvio de verba pública.

Em que pese a relevância das informações que pretende o agravante obter, não se pode deixar de reconhecer que a quebra de sigilo bancário e fiscal é medida excepcional e última de um processo investigatório. Por outras palavras, não pode ela ser deferida como início de prova, se inexiste qualquer indício acerca do envolvimento das empresas.

Não se está a afirmar que a quebra de sigilo das empresas fornecedoras da SMP&B não poderá ocorrer, mas apenas que não basta a comprovação da relação comercial para justificar tal medida.

O simples fato de ter uma empresa sido fornecedora da SMP&B não a faz suspeita de desvio de verbas públicas. É preciso o mínimo de prova acerca do suposto envolvimento, tal como a não realização do objeto contratado ou o superfaturamento.

No entanto, a perícia realizada pelo Ministério Público não pôde verificar se houve recebimento de comissão pelas empresas sem realização de prestação de qualquer serviço, ou mesmo se houve sobrepreço na aquisição de bens ou prestação de serviço, ao argumento de que tais fatos poderiam ser apurados por técnico da área de publicidade.

Assim, ao menos nesse momento processual, não verifico a presença do *fumus boni iuris*, visto que a quebra do sigilo bancário e fiscal não pode ser deferida como início de prova, pois depende de indícios mais convincentes que a justifiquem.

Posto isso, nego provimento ao recurso, para manter incólume a decisão de primeiro grau.

Custas recursais, pela agravante.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES KILDARE CARVALHO e MANUEL SARAMAGO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 117

Hasta pública - Imóvel - Localização em comarca diversa do foro da causa - Competência do *forum rei sitae* - Art. 658 do Código de Processo Civil - Nulidade processual absoluta

Ementa: Hasta pública. Imóvel situado em comarca diversa daquela em que tem curso a execução. Competência do *forum rei sitae*. Art. 658 do CPC. Nulidade processual absoluta.

- Nos termos do art. 658 do CPC, se o devedor não tiver bens no foro da causa, far-se-á a execução por carta precatória, com penhora, avaliação e alienação dos bens no foro da situação. A violação de tal regra de competência funcional importa em nulidade processual absoluta.

Recurso provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.87.463335-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Aluízio Tavares Maciel - Agravado: Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. - 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, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2009. - *Gutemberg da Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - Aluízio Tavares Maciel interpôs agravo de instrumento contra a decisão do MM. Juiz da 12ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação de execução que lhe é movida por Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A., indeferiu seu pedido de suspensão de hasta pública designada na Comarca de Belo Horizonte.

Alegou que o bem penhorado se situa na Comarca de Sete Lagoas, onde também foi designada hasta pública, através de carta precatória, para o dia 03.03.09, que deixou de ocorrer por culpa do exequente. Em Belo Horizonte, a designação foi para os dias 12.05.09 e 26.05.09, levando-o a apresentar petição arguindo nulidade absoluta e pedindo a suspensão da hasta pública, em razão da falta de competência territorial para o ato.

Requereu liminar para concessão de efeito suspensivo à decisão, dadas a gravidade da matéria e a existência de risco de lesão grave e de difícil reparação, sendo deferido o efeito suspensivo (f. 61 a 63).

O agravado apresentou contrarrazões, alegando que, com o cancelamento da hasta pública, o agravado perdeu seu objeto, sustentando que a praça deve se realizar na comarca em que tem curso a execução.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A hasta pública designada para a Comarca de Belo Horizonte foi cancelada, mas o agravante requereu a declaração de nulidade absoluta, pelo que continua tendo interesse processual no julgamento do mérito do agravo de instrumento.

Estando o imóvel penhorado fora da jurisdição do juízo da execução, ao juiz deprecado, ou seja, o do fórum da situação do imóvel penhorado, cabe proceder à sua alienação. Dispõe o art. 658 do Código de Processo Civil: "Se o devedor não tiver bens no foro da causa, far-se-á a execução por carta, penhorando-se, avaliando-se e alienando-se os bens no foro da situação" (art. 747). O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu:

> Agravo de instrumento. Imóvel localizado em comarca diversa do juízo da execução. Praceamento. Competência funcional. Juízo deprecado. CPC, art. 658. Hasta pública realizada perante o juízo deprecante. Nulidade absoluta. Impossibilidade de convalidação do ato processual. Inviabilidade de convalidação do ato processual. Inviabilidade de desvinculação do terreno e do respectivo complexo insdustrial. Nulidade da penhora efetivada apenas sobre a terra nua. De acordo com o disposto no art. 658, CPC, a execução dos bens penhorados que se localizam em outro foro, que não o da causa, deverá ser feita por carta precatória, com a penhora, avaliação e alienação dos bens no juízo deprecado, importando a violação de tal regra de competência funcional em nulidade processual absoluta (Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.130133-9/001, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Lucas Pereira, d.j.: 20.12.2007) (fonte: *site* do TJMG na internet, consultado em 08.05.2009).

A regra do art. 658 do Código de Processo Civil é excepcionada pelo disposto no art. 659, § 5º, unicamente no que diz respeito à penhora, que se fará no juízo da causa, o da execução, sendo realizada por termo nos autos (da execução), independentemente de onde se localizem os imóveis, quando for apresentada certidão da respectiva matrícula.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, para, reformando a decisão agravada, determinar que a hasta pública do bem imóvel seja realizada no foro da situação da coisa, ou seja, o foro da Comarca de Sete Lagoas.

Custas, pelo agravado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEREIRA DA SILVA e ELECTRA BENEVIDES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 118

Transporte aéreo - Contrato - Programa fidelidade Tam - Viagem realizada em aeronave diversa - Restituição dos pontos - Recurso - Inovação da matéria - Impossibilidade - Honorários advocatícios

Ementa: Contrato de transporte. Programa fidelidade TAM. Devolução dos pontos. Viagem realizada em aeronave diversa da contratação. Inovação da matéria em sede recursal. Honorários advocatícios.

- É vedada a inovação de matéria em sede recursal, sob pena de ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

- Não há que se falar que houve prestação de serviços de acordo com o que foi contratado, quando o autor adquire uma passagem para viajar ao exterior num modelo de aeronave e, ao embarcar, surpreende-se com a realização do trecho em outro tipo de aeronave, com menos conforto.

- O trabalho do procurador da parte deve ser condignamente remunerado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.480341-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: TAM - Linhas Aéreas S.A. - Apelado: Luiz Otávio Freire - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2009. - *Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Pedro Henrique Fernandes.

DES. MOTA E SILVA - Trata-se de apelação interposta por TAM Linhas Aéreas S.A. contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 33ª Vara Cível da Capital, que, nos autos da ação ordinária interposta por Luiz Otávio Freire, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para determinar que a ré restitua 30.000 (trinta mil) pontos do Programa Fidelidade à conta do autor, no prazo de 15 (quinze) dias contados do trânsito em julgado da sentença sob pena de multa diária. A ré foi condenada ainda ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios no valor de R$2.000,00 (dois mil reais).

Através das razões recursais (f.110/113), a ré pretende a reforma da sentença, alegando, em síntese, que a prova documental não prova as alegações do autor, nem quanto à data da aquisição da passagem, nem quanto à contratação do transporte por aeronave Airbus A-330 e muito menos sobre o pagamento de 30.000 (trinta mil) pontos do Programa Fidelidade TAM. Afirmou ainda que a sentença não considerou que os serviços contratados foram efetivamente prestados e, tratando-se de vício do serviço contratado, deve ser realizado o abatimento proporcional do preço conforme disposto no Código de Defesa do Consumidor, pois caso contrário implicará o enriquecimento sem causa do autor. Requereu ainda a redução do valor dos honorários advocatícios fixados na sentença.

O autor apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção do r. comando decisório e condenação da ré na multa pela litigância de má-fé.

É o relatório.

Ab initio, impende analisar se houve inovação recursal pela apelante, pois, em caso afirmativo, impõe-se o não conhecimento da matéria aventada somente nesta seara recursal, sob pena de supressão de instância e violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Após uma atenta releitura dos autos, observo que a matéria alegada na contestação pela apelante se limita (f. 39/43) a:

1. tecnologia do modelo da aeronave MD-11, na qual o apelado realizou sua viagem de ida para o exterior, bem como à data da sua aquisição pela apelante com o objetivo de elevar a qualidade dos serviços prestados;

2. que a apelante não se furtou do dever de informação e responsabilidade contratual;

3. ausência de vício ou defeito na prestação dos serviços, uma vez que os serviços oferecidos no MD-11 são os mesmos no Airbus 330, exceto em relação à inclinação da poltrona de uma aeronave para a outra;

4. que o valor da passagem referente ao trecho adquirido pelo apelado na classe executiva é o mesmo para qualquer dos modelos de aeronaves;

5. que, tratando-se de contrato de transporte aéreo, a legítima expectativa do consumidor é chegar ao seu destino, como aconteceu no caso do apelado;

6. que a adoção de novo equipamento não macula a prestação de serviços conforme art. 14, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, verifica-se com clareza que, ao contestar o pedido do apelado, a apelante nada alegou a respeito da data da aquisição da passagem, contratação do transporte por aeronave Airbus A-330, nem sobre o pagamento através de pontos adquiridos no Programa Fidelidade TAM e o abatimento do preço, isto é, as ale-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 119

gações recursais estão totalmente dissociadas das alegações feitas na contestação, bem como nas manifestações realizadas posteriormente pela apelante.

Dessa forma, a matéria a ser discutida nesta fase recursal se restringirá apenas à prestação dos serviços contratados e redução do valor da verba honorária.

Isso porque, caso este egrégio Tribunal aprecie essa matéria que não foi impugnada no momento oportuno, haverá violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado nos arts. 515 a 517 do CPC, por supressão de instância, além de desrespeitar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Melhor dizendo: como a apelação tem, como um dos seus efeitos, a devolução da matéria discutida em primeiro grau de jurisdição para a sua reapreciação pelo Tribunal, no campo estabelecido pela recorrida e refutado pela recorrente, até por lógica, esta só poderá ser revista se já tiver sido vista. Salvo algumas exceções, que não abrangem o caso em apreço, se a questão não foi objeto de análise pela instância *a quo*, a *ad quem* não poderá, quando apresentada por meio de recurso, decidi-la, pois não é este o seu juiz natural, o que, aliás, seria ofensivo até mesmo ao devido processo legal.

Dessa forma, verificando-se que essa questão não foi impugnada pela apelante na sua peça de defesa, nem ao longo da instrução processual, não é possível dela conhecer, ante a vedação de supressão de instância e em face do postulado do princípio do duplo grau de jurisdição.

Feitas essas considerações iniciais, impende ser analisado se houve a prestação de serviço como contratado e se o valor dos honorários advocatícios fixados na sentença está correto.

Como bem observou a ilustre Juíza sentenciante, o apelado ao adquirir as passagens passou a ter a expectativa de que viajaria numa aeronave modelo Airbus - 330, motivo pelo qual utilizou a milhagem acumulada no Programa de Fidelidade TAM. Por outro lado, a apelante admitiu que a inclinação das poltronas é diversa e, tratando-se de uma viagem ao exterior, de longa duração, o conforto oferecido em relação à inclinação das poltronas não pode ser considerado ínfimo. O aumento do número de passageiros sem aumento proporcional do número de comissários implica a redução da qualidade da prestação dos serviços, bem como a diferença do sistema de áudio/vídeo e a redução da tecnologia oferecida na aeronave na qual o apelante embarcou para o exterior.

Portanto, as afirmativas da apelante de que todo o serviço foi prestado em consonância com o que foi contratado pelo apelado não encontra qualquer respaldo, mesmo porque a própria apelante chegou a admitir que há diferença na inclinação das poltronas disponíveis em cada modelo e os serviços de áudio/vídeo (f. 40 e 42).

É de se ressaltar que o trabalho do procurador do apelado no patrocínio da causa trouxe resultado efetivo para seu cliente, destacando-se que, de acordo com o § 4º do art. 20 do CPC, os honorários devem ser fixados consoante apreciação equitativa do magistrado, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do mesmo artigo.

Nesses casos, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, que levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

O valor fixado na sentença a título de honorários advocatícios é de R$2.000,00 (dois mil reais) e não se mostra excessivo, motivo pelo qual entendo que deve ser mantido.

Nesse sentido, *verbis*:

> [...] Os honorários advocatícios devem ser condizentes com a atuação do advogado e a natureza da causa, remunerando condignamente o labor profissional, sem impor carga onerosa ao vencido, mas também sem apequenar o trabalho desenvolvido pelo causídico (TARS, AC 196.074.710, Rel. Juiz Vicente B. de Vasconcelos, j. em 19.06.96).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso de apelação da parte ré.

Custas recursais, pela apelante.

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - De acordo com o Des. Relator.

DES. FÁBIO MAIA VIANI - De acordo com o Des. Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Depositário infiel - Prisão civil - Art. 5º da CF/88 - Execução fiscal - Penhora - Bem perecível - Irrelevância - *Habeas corpus* cível - Denegação da ordem - Voto vencido

Ementa: *Habeas corpus*. Execução fiscal. Penhora. Depositário. Compromisso assumido judicialmente. Prisão civil decretada. Ordem denegada.

- É admissível a prisão civil do depositário judicial infiel, nos exatos termos do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, não sendo o bastante para se desonerar do múnus a alegação de que os bens constritos eram perecíveis.

HABEAS CORPUS CÍVEL Nº 1.0000.08.488207-5/000 - Comarca de Araxá - Paciente: Antônio Odorico Guimarães Borges - Autoridade coatora: Juiz de Direito

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 120

da 3ª Vara Cível da Comarca de Araxá - 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, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR A ORDEM, VENCIDO O 2º VOGAL.

Belo Horizonte, 7 de maio de 2009. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Mayron Campi Lima Barbosa e Eduardo Henrique Puglia Pompéu em favor de Antônio Odorico Guimarães Borges, alegando que sua liberdade está sendo ameaçada por ato do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Araxá, que, nos autos da execução fiscal, que o Estado de Minas Gerais move contra a empresa Rede Big Gêneros Alimentícios Ltda., decretou a prisão civil, por ser depositário dos bens penhorados.

Sustentou que os bens constritos eram perecíveis, tendo pugnado pela substituição por bens do ativo fixo, o que foi indeferido, sendo que, posteriormente, os mesmos bens foram objeto de arrestos em outros processos, ressaltando que não lhe pode ser atribuída qualquer responsabilidade pela não apresentação da mercadoria, porquanto "não deu causa ao perecimento dos bens e, à época, informou aos oficiais de justiça que procederam aos arrestos que os mesmos estavam penhorados" (f. 07).

Requereu a concessão de liminar e, ao final, da ordem,

> [...] para determinar o cancelamento da decretação de prisão do paciente, ficando desobrigado o mesmo de apresentar os bens perecíveis anteriormente penhorados da Ação de Execução n. 0040.06.043782-5, que tramita junto à 3ª Vara Cível da Comarca de Araxá-MG, relativamente ao ora paciente, com possibilidade de penhora de bens do ativo fixo da empresa (f. 19).

Liminar deferida às f. 942/943, pelo Relator de plantão.

Manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça às f. 954/957, opinando pela concessão da ordem.

O Magistrado singular prestou informações às f. 959/962.

Extrai-se dos autos que o Estado de Minas Gerais ajuizou execução fiscal em face da empresa Rede Big Gêneros Alimentícios Ltda., objetivando o recebimento da quantia de dezessete mil, cento e vinte e oito reais e quatorze centavos, referente a ICMS do exercício de 2005.

Foi, então, lavrado auto de penhora, avaliação e depósito de f. 32/35 de mercadorias do gênero alimentício, assumindo o ora paciente o encargo de depositário.

A empresa executada requereu a substituição dos produtos por bens do seu ativo fixo (f. 62/63), tendo sido concedida vista à exequente (f. 70), que discordou do pedido (f. 72), o qual restou indeferido pelo Magistrado singular, ao fundamento de que, em execução fiscal, a substituição somente é possível por dinheiro e que, "se o executado quiser se eximir da responsabilidade de fiel depositário dos bens perecíveis penhorados, poderá promover a alienação antecipada dos mesmos [...] depositando o valor apurado à disposição do juízo" (f. 74), decisão esta que restou inatacada pelo recurso cabível.

Foi realizado novo pedido de substituição dos bens penhorados, por serem perecíveis e por terem sido arrestados em decorrência de determinação judicial promovida em outros processos (f. 79/81), entendendo o Julgador singular em determinar a realização de perícia

> [...] com o objetivo de identificar em todas as execuções movidas contra a executada quais os bens penhorados foram arrestados - e em qual cautelar - e quais não foram, dada a complexidade alcançada por tal situação (f. 89).

No entanto, a prova não foi produzida, por não ter a parte executada pago os honorários periciais, permitindo, em contrapartida, o Magistrado *a quo* a comprovação através de documentos (f. 93), tendo transcorrido o prazo de 30 dias concedido para tanto sem qualquer manifestação da devedora, consoante certidão de f. 118.

Após o prazo deferido pelo Juiz, a empresa executada requereu a juntada das cópias dos arrestos e das medidas cautelares (f. 122/672). Concedida vista ao exequente, postulou pelo depósito em dinheiro do valor penhorado, sob pena de prisão (f. 675).

Assim, o Juízo de primeiro grau determinou a intimação do depositário para, no prazo de cinco dias, apresentar os bens penhorados ou o seu equivalente em dinheiro, sob pena de ser decretada a prisão civil (f. 677).

Nova manifestação da executada, culminando na decisão de f. 932/936, que decretou a prisão civil do depositário judicial, ao fundamento de que "a vasta documentação por ele carreada aos autos não é suficiente para comprovar suas alegações" (f. 934), decisão contra a qual se insurge o depositário, através do presente *habeas corpus*.

Feito o histórico de todo o processado, tenho que o autor alega a ilegalidade da prisão com base em duas afirmativas: que as mercadorias penhoradas foram objeto de arresto por determinação judicial e que os bens constritos eram perecíveis.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 121

Quanto ao fato de serem perecíveis as mercadorias penhoradas, registro que inexiste no ordenamento legal qualquer impedimento acerca de a penhora recair em bens perecíveis, o que sói acontecer, mormente quando a firma atua no ramo de supermercado.

Isso porque, sendo fungíveis, podem ser substituídos por outros da mesma espécie, quantidade e qualidade. Ademais, o art. 670, inciso I, do Código de Processo Civil permite a alienação dos bens penhorados, quando sujeitos a deterioração ou depreciação, possibilidade que foi aventada e permitida ao executado, que não a aceitou.

Assim, o depositário judicial é responsável pelos bens penhorados, ainda que perecíveis, tendo em vista que pode substituí-los por outros do mesmo gênero ou requerer a sua alienação, em razão da deterioração.

Nesse sentido, já se manifestou este TJMG:

> *Habeas corpus*. Execução fiscal. Penhora sobre bens fungíveis. Possibilidade. Depositário infiel. Legalidade do decreto prisional.
> 1 - É perfeitamente possível recair a penhora sobre bens fungíveis, não podendo o depositário desvencilhar-se do múnus público ao argumento do perecimento do produto.
> 2 - Restando configurada a infidelidade do depositário, em decorrência da não restituição dos bens constritos ou do equivalente ao dinheiro no prazo estabelecido pelo Juiz, não há nada de ilegal no decreto prisional do paciente.
> (*Habeas Corpus* Cível nº 1.0000.07.454687-0/000 - Comarca de Pedro Leopoldo - Paciente: Wilton Resende Cação - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Pedro Leopoldo - Relator: Des. Maurício Barros).

Na oportunidade, consignou o nobre Desembargador Julgador que:

> Releva anotar que o fato de os produtos penhorados possuírem prazo de validade não tem o condão de afastar a responsabilidade do depositário, diante do múnus público assumido, não podendo ele se desvencilhar do ônus processual, alegando o perecimento do bem, sem prestar contas ao Juízo.
> E, em se tratando de produtos pertencentes ao estoque de estabelecimento comercial, com prazo de validade, cabe ao depositário, em caso de possível perecimento dos bens penhorados, comunicar ao Juízo da execução a necessidade da comercialização deles, apresentando o valor obtido com a venda ou outros produtos equivalentes àqueles alienados antecipadamente (art. 670, I, parágrafo único, CPC).
> Como se vê, restou perfeitamente configurada a infidelidade do depositário/paciente, em razão da não restituição dos bens constritos ou do valor equivalente em dinheiro, não havendo nada de ilegal no decreto prisional do paciente.

Reafirmo que, *in casu*, o executado não se valeu dos permissivos legais, mas intentou a substituição dos bens constritos por outros do seu ativo fixo, o que restou indeferido, por duas vezes, ocasionando a sua imutabilidade, além de ser vedado, em sede de execução fiscal, a substituição da penhora por outros bens que não o dinheiro, sem a anuência do credor, conforme dicção do art. 15 da Lei nº 6.830/80.

Assim, tem-se que o fato de serem perecíveis os bens penhorados não retira a responsabilidade de guarda do depositário, que deve zelar pelos produtos, inclusive, alienando-os, com o respaldo do Juízo, no caso de possibilidade de perecimento.

Reiteradas são as jurisprudências deste TJMG no mesmo sentido:

> *Habeas corpus*. Depósito judicial. Infidelidade. Ameaça de prisão. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. - É legitima a decretação da prisão do depositário judicial que não restitui os bens, ou deposita o equivalente em dinheiro, quando instado a fazê-lo. Ordem denegada (*Habeas Corpus* Cível nº 1.0000.06.436622-2/000 - Comarca de Ituiutaba - Paciente: Marcionili Alves Sobrinho - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Ituiutaba - Relator: Des. Roberto Borges de Oliveira).

> Execução. Penhora de bem fungível e perecível. Soja. Nomeação do devedor como depositário judicial. Possibilidade. Obrigação de manter estoque correspondente. - Recaindo a penhora sobre bens fungíveis e perecíveis, o depositário se obriga a apresentar no momento oportuno bens em igual quantidade e qualidade. Tendo em vista a possibilidade de circulação dos bens para evitar seu perecimento, o depósito deve se dar em poder do executado, por ser o proprietário. Não há que se falar em penhora sobre imóvel que já foi recusado pelo credor, e nem em dupla segurança do juízo, uma vez que, na impossibilidade de se apresentar o bem penhorado, somente se admite a apresentação do equivalente em dinheiro (Agravo nº 1.0261.06.044170-4/001 - Comarca de Formiga - Agravantes: Derci da Costa Chagas e outro - Agravada: ADM Brasil Ltda. - Relator: Des. Mota e Silva).

> Constitucional. *Habeas corpus* cível. Depósito judicial. Alienação dos bens penhorados. Procedimento legal não observado. Depositário infiel. Prisão civil do depositário. Possibilidade. Ordem denegada.
> - A alienação de bens penhorados, ainda que perecíveis, deve ser realizada em leilão conforme determina o art. 1.113 do CPC.
> - O produto da alienação deverá ser depositado em juízo, como forma de garantir o cumprimento da obrigação.
> - A alienação de bens penhorados em desconformidade com os preceitos legais torna o depositário judicial infiel sujeito à prisão civil, nos termos do art. 5º, LXVII, da CF/88.
> - Ordem de *habeas corpus* denegada (*Habeas Corpus* Cível nº 1.0000.08.482854-0/000 - Comarca de Sacramento - Paciente: Lester Scalon - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Sacramento - Relatora: Des.ª Márcia De Paoli Balbino).

Sustenta, ainda, o paciente o arresto das mercadorias penhoradas em razão de determinação da autoridade judicial. Com relação a tal aspecto, cabia-lhe o ônus da prova. No entanto, deixou de realizar a prova pericial determinada pelo Juízo singular, ao argumento

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 122

de impossibilidade de arcar com os honorários periciais, pugnando pela comprovação documental, que foi determinada. O executado não obedeceu ao prazo estabelecido pelo Juízo, vindo, posteriormente, a juntar aos autos cópias dos arrestos e das medidas cautelares.

E, como bem consignou o ilustre Magistrado de primeiro grau, *verbis*:

> Segundo já decidido à f. 665, constitui ônus do depositário provar o que alega. Entretanto, a vasta documentação por ele carreada aos autos não é suficiente para comprovar suas alegações. Aliás, dada a complexidade da questão, o certo é que tais documentos não são hábeis a demonstrar, de forma clara, que de fato os bens constritos nestes autos foram arrestados em outras ações que são movidas contra a executada. Além disso, ele teve a oportunidade de demonstrar a veracidade de sua assertiva, por meio de prova técnica, porém, não se dignou de efetuar o depósito dos honorários periciais. Ora, não tendo o depositário se desincumbido do ônus que lhe competia, é forçoso concluir que inexistem nos autos elementos satisfatórios para elidir a decretação da sua prisão civil (f. 934).

Da mesma forma como concluiu o Juízo singular, entendo que, pela complexidade da causa, os documentos acostados aos autos não são bastantes para comprovar a assertiva do executado de que os bens penhorados foram arrestados.

Não obstante tenha apresentado às f. 688/690 uma espécie de planilha em que, citando o número de página do processo e o nome da exequente, pretendia demonstrar que a mesma quantidade e qualidade do produto penhorado teria sido arrestado em outro processo, o certo é que, sem um documento comprovando a quantidade total de cada produto existente no estoque da devedora, a fim de se aferir se realmente o arresto atingiu os produtos penhorados ou se, tendo em vista a quantidade existente, apenas atingiu outros bens da mesma qualidade, tenho que não foi demonstrada, a contento, a alegação quanto à impossibilidade da apresentação dos produtos penhorados por terem sido arrestados em outros processos judiciais.

Cumpre, ainda, anotar que o Estado de Minas Gerais afirma, na petição de f. 85, que "relativamente ao alegado arresto de bens, além de não ter sido comprovado, não desobriga o depositário. Além disso, o Estado já se manifestou na medida cautelar de arresto, demonstrando a impossibilidade de homologação da transação pretendida pelas partes", comprovando, através do documento de f. 86/87, em que se manifestou no Processo nº 0040.07.053605-3, aduzindo que, "estando penhorados os bens objeto do pedido contido nesta ação, é evidente a impossibilidade de se deferir o pleito formulado pelas partes, situação que levaria o Estado a formular, nos autos das execuções, requerimentos de declaração de ineficácia da alienação, sem a necessidade do cotejo de qualquer outra ação ou procedimento" (f. 87).

Assim, tendo a penhora prioridade em relação aos arrestos procedidos, não há que se falar em impossibilidade de apresentação dos bens penhorados que, repita-se, por serem fungíveis, podem ser substituídos por outros do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Dessarte, tenho que as assertivas apresentadas pelo paciente não são capazes de afastar o decreto prisional, fazendo-se necessário destacar que a Constituição Federal admite dois tipos de prisão civil, quais sejam a do depositário infiel e a de obrigação alimentar, nos exatos termos do art. 5º, inciso LXVII.

Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentarem referido artigo, ensinam que:

> Somente o depositário infiel do depósito tradicional do direito civil (voluntário ou necessário) (CC/1916, 1.265 ss.) ou do depósito judicial (CPC 904) é que pode ter sua prisão civil decretada. Embora seja admissível a utilização da ação de depósito relativamente aos contratos de alienação fiduciária (LAF 4º), nela não é possível a prisão do devedor fiduciário, pois não se trata do depósito tradicional [...]. Também não é possível a prisão civil do avalista de cédula de crédito industrial com penhor [...] quando indevido, o decreto de prisão do depositário infiel pode ser atacado por *habeas corpus* [...]. A prisão do depositário judicial infiel pode ser decretada nos próprios autos da execução, independentemente da ação de depósito (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 27).

No caso específico dos autos, o paciente assumiu a qualidade de depositário dos bens penhorados nos autos da execução fiscal.

Nesse sentido, tratando-se de depósito judicial, a prisão civil é admitida, sendo nesse sentido, a jurisprudência:

> Processual civil. Execução fiscal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Prisão civil. Depositário infiel. *Munus* público. Bens fungíveis. Alienação. Objetivo de financiar o déficit de empresa. Inviabilidade. Auto de depósito. Assinatura.
> I - Configurada a infidelidade do depositário judicial de bens fungíveis, nos autos de execução fiscal movida pela Fazenda Nacional, admite-se a prisão civil.
> II - Não constitui motivo hábil a afastar a medida extrema de cerceamento de liberdade o fundamento de que o recorrente permitiu, livremente, que seu pai alienasse os bens depositados, para angariar fundos para os negócios da empresa executada. Ao contrário, essa constatação ressalta a infidelidade do paciente, haja vista ser inconteste sua assinatura no auto de depósito dos bens.
> Agravo regimental improvido (AgRg no R*HC* 23.606/SC - Relator: Min. Sidnei Beneti - Terceira Turma - j. em 07.08.2008 - *DJe* de 28.08.2008).

> *Habeas corpus*. Prisão civil. Depositário judicial. - O depositário judicial que se revela infiel está sujeito à pena de prisão civil. Agravo regimental não provido (AgRg no *HC* 104.560/RS - Relator: Min. Ari Pargendler - Terceira Turma - j. em 05.06.2008 - *DJe* de 05.08.2008).

> Processual penal. *Habeas corpus* impetrado contra o inde-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 123

ferimento de liminar em outro *writ*. Ilegalidade inexistente. Não conhecimento sob pena de supressão de instância. Súmula 691/STF. Prisão civil do depositário judicial. Legalidade. Não devolução voluntária dos bens depositados após regular intimação. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem não conhecida.

1. Não se conhece de *habeas corpus* impetrado contra o indeferimento de pedido de liminar formulado em outro *writ*, sob pena de supressão de instância, que se esgota com o julgamento do mérito da impetração, conforme pacífico magistério jurisprudencial dos Tribunais Superiores (STJ e STF). Súmula 691/STF.

2. Ademais, não despontando de forma evidente e indiscutível a plausibilidade jurídica do pedido e o risco de lesão grave ou de difícil reparação, concomitantemente, não há falar em ilegalidade da decisão que indefere pedido formulado em sede de cognição sumária, principalmente quando se confunde com o próprio mérito da impetração. Isso porque o reiterado posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a decretação da prisão civil do depositário judicial 'é constitucionalmente admitida e tem por lastro o descumprimento de ordem judicial consubstanciada na guarda e preservação de determinado bem' (*HC* 77.092/PR - Relator: Min. Massami Uyeda - Quarta Turma - *DJ* de 15.10.07).

3. Ordem não conhecida (*HC* 97.945/RJ - Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima - Quinta Turma - j. em 28.05.2008 - *DJe* de 04.08.2008).

Habeas corpus. Execução. Depositário judicial. Bens fungíveis. Prisão. Possibilidade.

1. Legítimo o decreto de prisão do depositário judicial de bens fungíveis que, no âmbito da ação executiva, não entrega os bens, nem outros da mesma espécie, quantidade e qualidade, nem mesmo o equivalente em dinheiro.

2. Ordem denegada (*HC* 94.959/PR - Relator: Min. Fernando Gonçalves - Quarta Turma - j. em 21.02.2008 - *DJe* de 03.03.2008).

Civil. Depósito. Infidelidade. Prisão. Possibilidade.

1 - Denotado que o depositário, tendo assumido o dever de guarda e conservação do bem depositado, por ordem judicial, em autos de execução, não o entrega porque deteriorado, a prisão civil é medida que se impõe.

2 - Ordem denegada (*HC* 91.530/ES - Relator: Min. Fernando Gonçalves - Quarta Turma - j. em 19.02.2008 - *DJe* de 03.03.2008).

Registro, finalmente, que não desconheço o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, na Sessão de 3 de dezembro de 2008, ao julgar os REs 349.703/RS e 466.343/SP e o *HC* 87.585/TO, estendendo a proibição da prisão civil por dívida à hipótese do infiel depositário, seja ele judicial ou contratual (alienação fiduciária), razão pela qual revogou a Súmula 616/STF:

> A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito.

Contudo, por mais que tenha considerado as ponderações expostas no julgamento, mormente no que concerne a ser o pacto de São José da Costa Rica norma constitucional, não vejo como aplicar referido entendimento no caso em espeque, porquanto seria o mesmo que desprestigiar o Poder Judiciário, tendo em vista que a parte foi a juízo e assumiu perante a Justiça o encargo de depositário, vindo, posteriormente, a dispor de seus bens, como se o compromisso assumido nada valesse.

Entendo, *rogata maxima venia*, que a situação apresentada no processo em análise é em muito diversa daquele depositário contratual, que muitas vezes não sabe o compromisso que está assumindo diante de um contrato de adesão, o que não ocorre com o depositário judicial.

Mediante tais considerações, denego a ordem.

Sem custas.

DES. ELIAS CAMILO - De acordo com a Relatora.

DES. EDGARD PENNA AMORIM (Presidente) - Estou recebendo do Des. Bitencourt Marcondes um questionamento acerca da composição da Turma Julgadora. Rigorosamente, a papeleta aponta a mesma que foi anunciada quando o feito foi, pela primeira vez, posto em mesa. Portanto, o eminente Des. Fernando Botelho figura como Segundo Vogal, e não o Des. Bitencourt Marcondes.

Como o entendimento desta Câmara, que tem prevalecido, é no sentido de se respeitar as Turmas Julgadoras, quando os feitos são ou adiados ou retirados de pauta, manteve-se aquela composição inicial, com uma só explicação de que, nos feitos que são postos "em mesa", como não é publicada a pauta, há uma pequena diferença daqueles outros, cuja Turma Julgadora já é previamente anunciada.

De toda sorte, a matéria vai ser decidida. Neste caso e, certamente, em outros, vou manter o anúncio da Turma Julgadora, confirmando aquela anunciada em outra oportunidade, mantendo subsistente, também, o entendimento por nós adotado por consenso, reservada a sua revisão.

Com a palavra, portanto, o 2º Vogal, Des. Fernando Botelho.

DES. FERNANDO BOTELHO - Sr. Presidente.

É a primeira vez que, neste Colegiado, aprecio matéria envolvendo prisão decorrente de depósito judicial.

Nunca, em quase 20 anos de atividade jurisdicional, neste Estado, titubeei na análise dessa matéria para impor, por todas as razões que estão invocadas no voto da eminente Relatora, a prisão do depositário quando praticado o ato infiel à obrigação de depósito. Nunca o fiz, porque na interpretação em controle difuso de constitucionalidade do art. 5º da Constituição Federal, não nos ocorreu qualquer dúvida de sua plena aplicabi-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 124

lidade, ainda que em exceção à regra da ausência da prisão por dívida, e porque a imposição dessa constrição sempre recomendou um cuidado jurisdicional com a matéria de ordem pública e com a moralidade, dentro da prestação que se realiza no processo judicial brasileiro. E não teria dúvida também, Sr. Presidente, confesso, de repeti-lo aqui, até porque, ao longo de quase 20 anos, acostuma-se com a matéria, ela não traz qualquer inovação fática, e esta também não foge a esta regra.

Todavia, em dezembro de 2008, recentemente, portanto, num dos julgamentos de maior repercussão da excelsa Suprema Corte, o Supremo Tribunal Federal deu nova interpretação e novo colorido a essa matéria, transformando, na esteira do voto que proferiu em *habeas corpus*, de cujo número não me lembro neste momento, o eminente Ministro Celso de Mello. O Pacto de San José, do qual é signatário o País, em norma de caráter supralegal, não obstante infraconstitucional, criando uma nova categoria de norma jurídica a ser aplicada dentro do ordenamento positivo brasileiro.

Esse fato, aliado ao fundamento brilhante, como sempre, da cultura invejável e da inteligência do Ministro Celso de Mello, fez com que o Supremo Tribunal Federal considerasse não mais atendível a prisão em razão de depósito judicial. Faz alusão, inclusive de forma severa, aquele aresto, à impossibilidade da prisão por dívida, estabelecendo a necessidade de que o dispositivo que a assegura, no art. 5º da Constituição Federal, submeta-se, primeiro, a complemento por norma legal ainda não editada no País; ou seja, não obstante esses anos em que todos nós, da jurisdição infraconstitucional, prestávamos e atendíamos a prisão por dívida na ocasião do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal, em 2008, encerra essa possibilidade.

Diante disso, e fundamentalmente na substância do voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Mello e dos votos dos Pares que o acompanharam, que constituíram acórdão cujo resultado, se não me engano, apresenta um único voto vencido, do Ministro Menezes Direito, entendo não ser permitida uma interpretação nesta matéria diversa daquela esposada, a partir de então, pelo Supremo Tribunal Federal.

Não tenho alternativa, Sr. Presidente, ao julgar pela primeira vez este tipo de *habeas corpus*, senão espelhar, no meu voto, aquele sentido novo que a Corte de controle constitucional editou no julgamento do *habeas corpus* suprarreferido, e não vejo, por isso, possibilidade de se prosseguir determinando a prisão por dívida do depositário infiel, dentro do processo judicial brasileiro, que se fez encerrada, diga-se e sublinhe-se, pelo Supremo Tribunal Federal, em dezembro último de 2008.

Com esses fundamentos, aos quais procurarei dar, em julgamentos posteriores, tratamento mais elaborado do que este que faço em meu voto oral, peço máxima vênia ao voto da eminente Relatora, para inaugurar, também, nesta minha visão de hoje, este novo sentido, e aplicar a decisão do Supremo Tribunal Federal, de tal modo a conceder a segurança, nos termos em que pedida, porque aqui se trata, exatamente, de prisão de depositário infiel.

Assim, concedo a ordem de *habeas corpus* e revogo a decisão que determinou a prisão do paciente.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM, VENCIDO O 2º VOGAL.

...

Servidor público municipal - Estudante - Horário especial - Possibilidade - Art. 75 da Lei Municipal nº 7.169/96 - Tutela antecipada - Requisitos - Preenchimento

Ementa: Agravo de instrumento. Administrativo. Servidor público municipal. Estudante. Horário especial. Possibilidade. Inteligência do disposto no art. 75 da Lei Municipal nº 7.169/96. Tutela antecipada. Presentes os pressupostos autorizadores da medida. Desprovimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.09.508285-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Município de Belo Horizonte e outros - Agravada: Karina Xavier Rocha de Oliveira - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2009. - *Barros Levenhagen* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BARROS LEVENHAGEN - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Município de Belo Horizonte e pela Fundação Zoobotânica de Belo Horizonte contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Agostinho Gomes de Azevedo às f. 56/57-TJ, que, nos autos da ação ordinária movida por Karina Xavier Rocha de Oliveira, deferiu

> [...] o pedido de antecipação de tutela para determinar à Fundação Zoobotânica e ao Município de Belo Horizonte

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 125

> que concedam à autora horário especial de trabalho, até ulterior deliberação e/ou julgamento final da presente ação.

Alega, em síntese, que

> [...] avaliar a conveniência e a oportunidade da concessão de horário especial aos seus servidores é matéria típica de mérito do ato administrativo. À Administração, e somente a ela, compete avaliar se tal concessão atende ao interesse público.

Em juízo de admissibilidade, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo (f. 63/64-TJ).

Contrarrazões, pelo desprovimento do recurso, refutando as alegações do agravante (f. 67/80-TJ).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissão.

Contudo, sem razão o recorrente.

Nos termos do art. 273 do CPC, é lícito ao juiz conceder a medida antecipatória em ações ordinárias, inclusive sem ouvir o promovido, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Mera aparência não basta para a configuração do quesito prova inequívoca, e a verossimilhança há que ser maior do que a fumaça do bom direito exigida para a tutela cautelar.

Com efeito, presentes se mostram, *in casu*, os requisitos autorizadores da medida concedida à agravada.

O conjunto probatório dos autos revela que a agravada se encontra regularmente matriculada no curso de enfermagem do Centro Universitário Metodista Isabela Hendrix, no turno da manhã, preenchendo os requisitos do art. 75 da Lei Municipal nº 7.169/96, segundo o qual,

> Ao servidor estudante poderá ser concedido horário especial, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da sua unidade de exercício, sem prejuízo da jornada de trabalho.

A propósito:

> Ementa: Servidor público. Estudante. Curso superior. Horário especial. Direito legalmente reconhecido daquele.
> - O servidor público estadual regularmente matriculado em curso superior tem direito a horário especial que lhe permita freqüentar as aulas (arts. 102 e 207 da Lei 869/52 - Estatuto do Servidor Público Estadual).
> - O permissivo legal vem em complemento à disposição constitucional que elege o Estado como fomentador da educação como um todo (Número do processo: 1.0024.07.448355-3/001 - Relator: Belizário de Lacerda - Data do julgamento: 29.04.2008 - Data da publicação: 29.05.2008).
>
> Ementa: Servidor público matriculado em curso superior. Horário especial para freqüência a aulas. Direito legalmente reconhecido. Segurança deferida. Honorários advocatícios. Descabimento.
> - O servidor público estadual regularmente matriculado em curso superior tem direito a horário especial que lhe permita freqüentar as aulas (arts. 102 e 207 da Lei 869/52 - Estatuto do Servidor Público Estadual), não sendo o reconhecimento desse direito ato discricionário da chefia imediata.
> - Em mandado de segurança, não cabe condenação em honorários (Súmula 512 do STF) (Número do processo: 1.0461.02.008881-5/001 - Relator: Francisco Lopes de Albuquerque - Data do julgamento: 23.12.2003 - Data da publicação: 06.02.2004).

Anote-se, ainda, que a agravada apresentou proposta que não prejudica a sua jornada de trabalho (f. 50-TJ).

A flexibilização do horário de trabalho do servidor para viabilizar a frequência às aulas no curso superior, *in casu*, não é ato discricionário da Administração, mas direito assegurado em lei.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NEPOMUCENO SILVA e MANUEL SARAMAGO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ensino superior - Pós-graduação - Entrega de monografia - Etapa posterior - Mensalidade escolar - Aluno inadimplente - Renovação de matrícula - Impossibilidade - Interpretação dos arts. 5º e 6º da Lei 9.870/99 - Recurso - Causa de pedir - Inovação - Matéria não arguida na inicial - Conhecimento em sede recursal - Impossibilidade

Ementa: Apelação cível. Administrativo. Fundação pública. Ensino superior. Pós-graduação. Inadimplência. Rematrícula. Arts. 5º e 6º da Lei 9.870/99. Exegese. Direito não configurado. Recurso de apelação conhecido e não provido.

- As matérias não arguidas na inicial e, portanto, não analisadas em sentença não podem ser conhecidas em sede recursal, por configurarem inovação indevida na lide.

- Consoante a norma inserta nos arts. 5º e 6º da Lei 9.870/99, o inadimplemento do pagamento das

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 126

prestações escolares pelos alunos não pode gerar a aplicação de penalidades pedagógicas, assim como a suspensão de provas escolares ou retenção de documentos escolares, inclusive para efeitos de transferência a outra instituição de ensino.

- Não obstante a proibição de aplicação de penalidades pedagógicas, o legislador excluiu do direito à renovação da matrícula ou rematrícula os alunos inadimplentes.

- Constatada a inadimplência da autora, válida a negativa da instituição de ensino superior em renovar a matrícula.

Recurso conhecido e não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.737561-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Tânia Mara do Valle - Apelada: Fundação João Pinheiro - Relator: DES. BITENCOURT MARCONDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2009. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de recurso de apelação interposto por Tânia Mara do Valle em face da r. sentença proferida pela MM. Juíza de Direito Mariângela Meyer Pires Faleiro, da 7ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte, que julgou improcedente a ação ordinária ajuizada em face da Fundação João Pinheiro.

Pleiteia a reforma da sentença em face da ilegalidade da conduta praticada pela apelada, pois, constatada a inadimplência, deveria ter utilizado os meios legais para cobrança do débito, sendo incabível aplicação de sanção pedagógica, conforme arts. 5º e 6º da Lei 9.870/99.

Afirma ser abusiva a cláusula terceira do contrato de prestação de serviço educacional celebrado entre as partes, nos termos do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a coloca em exagerada desvantagem, pois condiciona a entrega da monografia à realização de nova matrícula, com a única finalidade de burlar a proibição legal contida no *caput* do art. 6º da Lei 9.870/99.

Ressalta, ainda, a violação ao princípio da boa-fé objetiva, pois, desde que comunicou à instituição a impossibilidade de pagamento das mensalidades em razão do desemprego, a coordenação do curso permitiu sua frequência com a condição de posterior solução do impasse e, quando da entrega da monografia, foi impedida de receber orientação e concluir a especialização.

Recurso recebido à f. 199.

Contrarrazões apresentadas às f. 200/210.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Insurge-se em face da sentença sob alegação de ser ilegal a conduta praticada pela apelada, nos termos dos arts. 5º e 6º da Lei 9.870/99 e 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Inicialmente, cumpre ressaltar, a discussão acerca da abusividade da cláusula terceira do contrato não pode ser apreciada, por se tratar de inovação indevida da lide. Com efeito, tal questão não fora deduzida na petição inicial; assim, à apelante não é dado aventá-la em sede recursal, sob pena de ficar configurada inovação da causa de pedir, o que é vedado pelo sistema processual pátrio.

Conforme se depreende dos autos, a apelante ingressou com ação ordinária com pedido de tutela antecipada, alegando estar sofrendo restrições relativas à monografia de final de curso (entrega e orientação) em decorrência do inadimplemento, não obstante ter frequentado, sob permissão da instituição ré, toda a especialização, com a promessa de que a pendência financeira seria resolvida e não representaria óbice à conclusão do curso.

A il. Magistrada *a quo* julgou improcedente a ação sob os seguintes fundamentos:

> [...] No caso em tela, a penalidade aplicada pela ré insere-se no art. 5º da Lei 9.870/99, pois é demonstrado pelo contrato firmado entre as partes, bem como nas instruções fornecidas aos alunos do curso, a obrigatoriedade de realização de matrícula para a elaboração da monografia.
> [...] Nota-se que houve expressa previsão contratual tratando da situação da autora sendo portanto lícito à requerida opor-se a sua matrícula, uma vez que a autora se encontra em débito. Do contrário, estaria a prejudicar os outros alunos, que cumprem em dia suas obrigações, mantenedoras do curso, dando à requerente tratamento privilegiado. [...]

A sentença não merece reparos.

Dispõem os arts. 5º e 6º da Lei nº 9.870/99, *in verbis*:

> Art. 5º Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 127

> o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual.
> Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.
> § 1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.08.01).
> § 2º - Os estabelecimentos de ensino fundamental, médio e superior deverão expedir, a qualquer tempo, os documentos de transferência de seus alunos, independentemente de sua adimplência ou da adoção de procedimentos legais de cobranças judiciais. (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.08.01).

Assim, referida norma confere aos alunos adimplentes direito à renovação da matrícula e, de outro lado, impede a instituição de ensino aplicar qualquer tipo de penalidade pedagógica por motivo de inadimplemento.

A esse respeito, inclusive, já se manifestou a Ministra Eliana Calmon, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 660439/RS, j. em 02.06.05, ao afirmar que "a Universidade não pode impor sanções administrativas ao aluno inadimplente, o qual tem o direito de assistir aulas, realizar provas e obter documentos".

No caso em apreço, no entanto, as provas dos autos são fartas na demonstração da conduta lícita por parte da apelada:

- inadimplência confessada da apelante;

- previsão contratual expressa acerca da necessidade da matrícula ("rematrícula") quando da elaboração da monografia.

Ora, a teor do art. 476 do Código Civil, não pode a aluna exigir o adimplemento da prestação da instituição de ensino sem o cumprimento da sua obrigação. Como não houve a contraprestação por parte da apelante - efetuar o pagamento das mensalidades pela frequência no curso -, não pode compelir a apelada a efetuar a matrícula postulada na etapa posterior, qual seja orientação e entrega da monografia.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Administrativo. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência. Ensino superior. Instituição particular. Inadimplência. Renovação de matrícula. Arts. 5º e 6º da Lei 9.870/99. Exegese. Provimento liminar. Teoria do fato consumado.
> 1. [...]
> 2. Dispõe os arts. 5º e 6º da Lei 9.870/99, *verbis*: 'Art. 5º - Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual. Art. 6º - São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias'.
> [...]
> 4. Com efeito, inobstante a proibição da aplicação de penalidade como forma de coibir o aluno ao pagamento da mensalidade escolar, o legislador, objetivando impedir abusos e preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, excluiu do direito à renovação da matrícula ou rematrícula os alunos inadimplentes.
> 5. A Recorrente impetrou o mandado de segurança em 29.06.2001, tendo efetivado a renovação de sua matrícula, por força de liminar, no segundo semestre do 4º ano do Curso de Psicologia, consoante se infere do voto condutor do acórdão recorrido.
> 6. Consumada a matrícula naquela oportunidade, a Recorrente permaneceu no curso, concluindo as matérias subsequentes e colando grau, pelo que se impõe a Teoria do Fato Consumado consagrada pela jurisprudência maciça do E. STJ.
> 7. As situações consolidadas pelo decurso de tempo devem ser respeitadas, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado. Precedentes da Corte: REsp 253094/RN, Rel. Min. Paulo Gallotti, *DJ* de 24.09.2001; MC 2766/PI, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* de 27.08.2001; REsp 251945/RN, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* de 05.03.2001.
> 8. Recurso Especial improvido (REsp 643.310/PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 14.12.04, *DJ* de 28.02.05, p. 231).

> Processual civil. Medida cautelar. Ensino superior. Inadimplência. Rematrícula.
> 1. A regra dos arts. 5º e 6º da Lei 9.870/99 é a de que o inadimplemento do pagamento das prestações escolares pelos alunos não pode gerar a aplicação de penalidades pedagógicas, assim como a suspensão de provas escolares ou retenção de documentos escolares, inclusive para efeitos de transferência a outra instituição de ensino.
> 2. Entretanto, no afã de coibir abusos e de preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, a lei excluiu do direito à renovação da matrícula (rematrícula), os alunos inadimplentes.
> 3. 'A negativa da instituição de ensino superior em renovar a matrícula de aluno inadimplente, ao final do período letivo, é expressamente autorizada pelos arts. 5º e 6º, § 1º, da Lei 9.870/99' (REsp 553.216, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 24.05.2004)
> 4. Agravo regimental provido (AgRg na MC 9.147/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 26.04.05, *DJ* de 30.05.05, p. 209).

E também dos Tribunais estaduais:

> Ementa: Apelação cível. Ação declaratória. Renovação de matrícula. Indeferida por inadimplência. Art. 5º da Lei nº 9.870/99. Frequência às aulas por liberalidade do aluno. Quando já tinha conhecimento do indeferimento da rema-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 128

trícula. Renovação tácita da matrícula. Inocorrência. Declaração de comparecimento durante esse período. Impossibilidade. Sentença mantida. Recurso não provido. - A inadimplência das mensalidades do período anterior autoriza o estabelecimento de ensino a não efetuar a rematrícula, de acordo com o art. 5º da Lei 9.870/99. O aluno não pode pretender a declaração judicial de comparecimento às aulas e realização das atividades acadêmicas, do período que já tinha conhecimento que a rematrícula não tinha sido autorizada pelo estabelecimento de ensino por inadimplência. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0707.05.093995-8/001 - 12ª Câmara Cível - Rel. Des. José Flávio de Almeida, j. em 4.10.06.)

Ementa: Apelação. Ação ordinária. Contrato de prestação de serviço educacional. Aluno inadimplente. Regularização da matrícula e continuidade do curso. Impossibilidade. - Incabível a regularização da matrícula e a continuidade do curso pelo recorrente, uma vez que o pedido de permanência na instituição educacional, sendo matriculado no período subsequente, não pode ser acolhido em face de manifesta inadimplência do respectivo aluno frente à universidade, hipótese em que esta não pode ser obrigada a cumprir a obrigação que assumiu com o aluno se este não adimple sua prestação. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.03.010872-4/001, 14ª Câmara Cível - Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. em 9.03.06.)

Apelação cível. Ensino particular. 1. Rematrícula. Inadimplência. - É facultada à instituição de ensino a não renovação de matrícula do aluno com débito pendente. Inteligência art. 5º da Lei nº 9.870/99. 2. Débito pendente. Pedido de parcelamento. - O débito não comporta parcelamento sem a anuência da credora. Ato que está a cargo da vontade das partes, portanto descabe a intervenção judicial nesse aspecto. 3. Inclusão em programa de benefício. - Para usufruir de programa de benefício educacional o aluno deve se enquadrar nas condições exigidas pela instituição de ensino. - Recurso desprovido (Apelação Cível nº 70017422338, 6ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Ubirajara Mach de Oliveira, j. em 12.07.07).

Agravo de instrumento. Ensino. Universidade Católica de Pelotas. Cautelar. Pedido liminar. Pretensão de renovação da matrícula. Aluno inadimplente. Impossibilidade. Lei 9.870/99. - Estando o aluno assumidamente inadimplente, não lhe é dado o direito de renovar sua matrícula na instituição de ensino privado, uma vez que a Lei nº 9.870/99 claramente dispôs sobre a matéria. Precedentes. Agravo improvido (Agravo de Instrumento nº 70011030780, 6ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, j. em 02.03.05).

Cumpre ressaltar, por fim, não se tratar, como alega a recorrente, de sanção pedagógica, o que, repise-se, é vedado por lei; a proibição de orientação para realização da monografia de final de curso, e entrega, é a etapa subsequente àquela referente às aulas, por período de 18 (dezoito) meses. Para isso, o curso foi dividido em dois períodos, com previsão de renovação de matrícula do primeiro para o segundo (vide instrumento contratual de f. 15/18). Portanto, a inadimplência da apelante desde o primeiro período, impede a renovação da matrícula para o posterior.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO BOTELHO e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Aposentadoria - Renúncia - Impossibilidade - Ato jurídico - Princípios da legalidade e da segurança - Voto vencido

Ementa: Administrativo. Aposentadoria. Renúncia. Impossibilidade. Observância aos princípios da legalidade e da segurança dos atos jurídicos.

- Não é possível o pedido de renúncia de aposentadoria do servidor público, para computar o tempo de serviço em outro cargo para o qual prestou concurso público, por tratar-se de direito irrenunciável, admitindo a aposentadoria tão somente a cassação e reversão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.788830-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Lucília Maria Rodrigues - Apelado: Estado de Minas Gerais - 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, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 21 de maio de 2009. - *José Francisco Bueno* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO - Trata-se de ação ordinária que Lucília Maria Rodrigues move contra o Estado de Minas Gerais visando ao reconhecimento e à declaração do direito à renúncia de aposentadoria anterior no cargo de professora do Estado, para fins de contagem de tempo para sua nova aposentadoria no atual cargo como Oficiala de Apoio Judicial no Tribunal de Justiça e para efeitos de percepção de vantagens pessoais.

Sustenta a autora que requereu afastamento preliminar e respectiva aposentadoria junto ao Tribunal de

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 129

Justiça, tendo o primeiro pedido sido autorizado, indeferindo-se, entretanto o segundo, ao argumento de que a mesma já possuía outra aposentadoria no Estado de Minas Gerais, como professora. Diante de tal situação, requereu a manutenção do afastamento preliminar, o que lhe foi negado, determinando-se o retorno ao exercício do cargo como condição à manutenção de sua remuneração, o que foi atendido pela autora.

Alega que protocolizou perante a Diretoria Central de Contagem de Tempo e Aposentadoria, da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - Seplag do Estado de Minas Gerais, pedido de renúncia da aposentadoria publicada em 20 de agosto de 1983, no cargo de professor estadual, bem como a expedição de certidão de contagem de tempo de serviço no cargo, o que foi indeferido.

Assim, ajuizou a presente ação ordinária buscando o reconhecimento do direito à renúncia.

A MM. Juíza de primeiro grau, entendendo inexistir qualquer ilegalidade no indeferimento da renúncia à aposentadoria proposta pela requerente, nem tampouco na negativa de expedição de certidão de tempo de serviço para fins de averbação, julgou improcedente o pedido.

Inconformada, da r. decisão, apela a requerente, f. 250/260, sustentando, em longo arrazoado, a possibilidade da renúncia por se tratar de ato unilateral que independe de aprovação da Administração. Pugna pelo provimento do recurso.

O recurso foi regularmente contra-arrazoado, f. 263/275, defendendo o acerto da r. decisão.

Em síntese, este é o relatório.

Conheço do recurso visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Com o advento da Emenda à Constituição Federal de nº 20/98, tornou-se expressa a vedação de percepção simultânea de proventos de aposentadoria, decorrentes do art. 40 da Constituição Federal, relativamente aos servidores civis, e de remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis, na forma do art. 37, XVI, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Na espécie, a ora apelante aposentou-se voluntariamente e retornou ao serviço público em outro cargo, exaurindo-se, assim, qualquer direito referente à aposentadoria.

Entendo que a renúncia aos proventos é manifestação unilateral da parte, que não traz prejuízo às atividades ligadas à Administração Pública, uma vez que se trata de desistência do exercício do direito de receber os proventos.

Logo, prescinde de sua aquiescência.

Entretanto, a retratação da aposentadoria voluntária é uma figura estranha às leis mineiras e, não existindo dispositivo legal que a autorize, não pode ser admitida, sob pena de ferir os princípios constitucionais da legalidade e da segurança do ato jurídico perfeito e acabado.

Ademais, não me parece razoável nem compatível com o princípio da moralidade que a servidora, percebendo que, na sua nova atividade, a aposentadoria seria mais benéfica do que a já adotada anteriormente, renuncie à aposentadoria anterior.

É certo que pode a Administração Pública rever seus atos, bem como pode o servidor buscar a anulação do ato de aposentadoria, entretanto, não é esta a hipótese dos autos.

O ato a que se pretende renunciar é perfeito, não apresenta qualquer vício passível de anulação, e a pretensão da requerente é, na verdade, de renúncia sem qualquer motivação.

Não podemos admitir a renúncia simplesmente pelo arrependimento da requerente, que, vislumbrando a possibilidade de aposentar-se com proventos maiores, quer desistir da opção de aposentadoria anterior.

O que se percebe é que não se trata de renúncia à aposentadoria, mas de troca de opção de aposentadoria por uma situação mais benéfica em prejuízo do Estado.

Assim, o tardio pedido de renúncia à aposentadoria não pode ser admitido. Uma coisa é a servidora, já aposentada e aprovada em novo concurso, receber os vencimentos do novo cargo e renunciar aos proventos da aposentadoria averbando o tempo do cargo anterior para fins de aposentadoria no segundo cargo de maior remuneração; outra coisa é um pedido de renúncia de uma situação já consolidada, apenas visando ao interesse numa aposentadoria mais benéfica.

Entendo, em que pese entendimentos em sentido contrário, que não é possível o pedido de renúncia de aposentadoria do servidor público, para computar o tempo de serviço em outro cargo para o qual prestou concurso público, por tratar-se de direito irrenunciável, admitindo a aposentadoria tão somente a cassação e reversão.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e confirmo integralmente a bem-lançada sentença de primeiro grau.

Custas, *ex lege* (assistência judiciária).

DES. AUDEBERT DELAGE - *Data venia* do entendimento adotado pelo em. Des. Relator, José Francisco Bueno, tenho que merece acolhida a tese recursal apresentada por Lucília Maria Rodrigues.

No caso dos autos, a recorrente é servidora pública aposentada no cargo de professora, desde 20.08.1983, tendo sido designada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais para exercer a função do cargo de Escrevente Judicial em 14.12.1989, tendo sido efetivada mediante aprovação em concurso público no cargo

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 130

de Oficial Judiciário, da especialidade Escrevente Judicial, a partir de 19.04.1993. Assim, busca a homologação da renúncia da primeira aposentadoria e a averbação do tempo relativo no segundo cargo, por ser mais vantajoso.

A renúncia à aposentadoria é ato unilateral e personalíssimo, que não depende de concordância por parte da Administração, tampouco de lei autorizadora. Nesse sentido, posicionei-me no julgamento do Mandado de Segurança nº 1.0000.08.472273-5/000, do qual fui Relator.

Assim, procedente é o pedido de renúncia de aposentadoria do servidor público em um cargo, para computar tempo de serviço em outro.

Aliás, "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia de benefício previdenciário, no caso, a aposentadoria, por ser este um direito patrimonial disponível" (RMS 14624/RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 30.06.05, *DJ* de 15.08.05, p. 362).

Ante tais considerações, dou provimento ao recurso, para julgar procedente o pedido inicial e determinar o deferimento do pedido de renúncia de aposentadoria formulado pela autora, para que surta seus regulares efeitos; invertidos os ônus de sucumbência.

Custas, *ex lege*.

DES. MOREIRA DINIZ - Peço vênia ao Des. Audebert Delage para acompanhar o Des. José Francisco Bueno.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR.

...

Registro público - Casamento realizado no exterior - Trasladação do documento - Alteração de dados - Supressão e inclusão do patronímico - Impossibilidade

Ementa: Registro público. Casamento. Celebração. País estrangeiro. Trasladação. Alteração de dados. Supressão e inclusão de patronímico. Impossibilidade.

- Na hipótese de casamento de brasileiro celebrado no exterior, perante autoridade estrangeira, a trasladação do documento, para fins de se conferir eficácia ao matrimônio no Brasil, deve ser feita em estrita observância ao conteúdo existente na certidão originária, sendo vedada a supressão ou inclusão de patronímicos, se não existentes no documento de origem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.795467-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Patty Michaela Fiorini - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2009. - *Antônio Sérvulo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo.

Cuida-se, na espécie, de procedimento de jurisdição voluntária no qual a autora, cidadã norte-americana, objetiva a retificação da transcrição da certidão do casamento que contraiu com Rinaldo Santa Bárbara Fiorini, brasileiro, matrimônio celebrado em Porto Rico, para que seu nome no referido documento seja alterado para Patty Michaela Fiorini.

O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido, *decisum* contra o qual se insurgiu o Ministério Público, interpondo recurso de apelação.

Alega o recorrente, em suas razões, que a transcrição da certidão de casamento da requerente reproduziu, fielmente, o conteúdo do documento original, expedido pelo órgão oficial de Porto Rico, razão pela qual não há como albergar o pedido de retificação.

Pois bem. O traslado de registro civil ou de assento de casamento de brasileiros ocorridos no exterior objetiva lhes conferir eficácia aqui no Brasil.

Na hipótese vertente, verifica-se que foi celebrado, em Porto Rico, casamento de cidadão brasileiro com cidadã norte-americana. Os contraentes compareceram ao Consulado-Geral do Brasil em Porto Rico e ali requereram a transcrição da certidão de casamento.

Observa-se da certidão de casamento acostada à f. 08 que a requerente, quando da celebração do matrimônio, manteve inalterado seu nome, qual seja Patty Michaela Alvarez.

Como cediço, a transcrição deve reproduzir, com fidelidade, os dados existentes nos documentos emitidos no país de origem, sendo vedado o aditamento ou a alteração dos dados neles constantes.

Sobre o tema, calha trazer à colação a norma do art. 32 da Lei nº 6.015/73 - Lei de Registros Públicos, *verbis*:

> Art. 32. Os assentos de nascimento, óbito e de casamento de brasileiros em país estrangeiro serão considerados autênticos, nos termos da lei do lugar em que forem feitos, legali-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 131

> zadas as certidões pelos cônsules ou quando por estes tomados, nos termos do regulamento consular.

Walter Cenaviva, ao comentar o art. 32 da Lei nº 6.015/73, esclarece que

> [...] a lei do lugar em que foram feitos os assentos regula os elementos formais, não cabendo exame intrínseco do ato. [...] A trasladação, como é do sentido gramatical da palavra, se fará nos mesmos termos em que lançou o assentamento original, ainda quando diverso do exigido pela lei brasileira. (*Lei de Registros Públicos comentada*. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 63-64).

Dessarte, não resta à requerente outro caminho a não ser postular a retificação da certidão de casamento no país em que contraído o matrimônio - Porto Rico - e, posteriormente, pugnar pelas alterações das anotações perante a repartição competente do Brasil.

O pleito formulado pela requerente é obstado pela circunstância de que a transcrição representa a tradução fiel e exata do registro original de casamento e, no documento original, consta seu nome como Patty Michaela Alvarez.

A propósito, trago à colação os seguintes arestos, *verbis*:

> Registro público. Casamento no exterior. Brasileiros. Assento. Transcrição. Eficácia. Certidão. Retificação. Dados. Acréscimo. Inviabilidade. - O traslado, no cartório de registro civil nacional competente, do assento de casamento de brasileiros, contraído no exterior, perante autoridade estrangeira, destina-se a dar-lhe eficácia no Brasil, sendo inviável o acréscimo de dados não existentes no ato originário, porque submetido ao princípio *locus regit actum*. Nega-se provimento ao recurso (TJMG - Processo nº 1.0024.04.449963-0/001 - Rel. Des. Almeida Melo - *DJMG* de 27.04.05).

> Apelação cível. Ação de retificação de registro civil. Casamento realizado no exterior. Sistema registral alienígena. Retificação de nome. Acréscimo. Inviabilidade. Decisão mantida.
> 1 - A retificação do nome da autora, para que possa acrescentar o nome do marido, deve ser requerida no país onde o casamento foi realizado e onde se encontra residida e domiciliada, para que possa proceder à averbação junto ao Cartório de Registro Civil.
> 2 - É inviável o acréscimo de dados não existentes no ato originário, porque submetido ao princípio *locus regit actum*.
> 3 - A trasladação se faz nos termos em que se lançou o assentamento original.
> 4 - Preliminar rejeitada. Recurso a que se nega provimento (TJMG - Processo nº 1.0024.05.632881-8/001 - Rel. Des. Batista Franco - *DJMG* de 16.12.05).

> Registro civil. Cidadão brasileiro. Casamento no exterior. Translado para o Registro Civil Pátrio. Acréscimo de dados. Nome dos genitores. Impossibilidade. Decisão mantida (TJMG - Processo nº 1.0024.05.774840-2/001 - Rel. Des. Corrêa de Marins - *DJMG* de 31.03.06).

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES e ERNANE FIDÉLIS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Ação civil pública - Improbidade administrativa - *Folder* - Utilização para promoção pessoal - Princípios da legalidade e da moralidade - Inobservância - Lesão ao erário

Ementa: Ação civil pública. Improbidade administrativa. Utilização de *folder* para promoção pessoal. Inobservância aos princípios da legalidade e da moralidade. Lesão ao erário.

- A viabilidade de propositura da ação civil pública vem sendo, ao longo dos anos, ampliada pela legislação específica, sendo possível, hoje, falar em sua adequação à tutela de interesses individuais indisponíveis.

- Nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, constituem atos de improbidade administrativa aqueles que importem a violação aos princípios administrativos e prejuízo ao erário, devendo o agente público infrator ser submetido às penalidades cominadas no art. 12 da referida lei.

- Na aplicação da lei, o magistrado não dispõe de discricionariedade e carece de respaldo legal para o afastamento da cumulatividade das penas, que devem ser aplicadas exatamente nos termos da Lei nº 8.429/92 e do § 4º do art. 37 da CR/88, podendo sofrer abrandamento, todavia, em certas situações, em adequação aos princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0396.05.020288-8/002 - Comarca de Mantena - Apelante: Vicente de Paula Marinho, ex-Prefeito Municipal de Mantena - Apelado: Ministério Público do Estado Minas Gerais - Relator: DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incor-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 132

porando 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, 18 de junho de 2009. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelante, o Dr. José Roberto de Mendonça Júnior.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Sr. Presidente. Acuso o recebimento de memorial, ao qual dei a devida atenção, bem como à sustentação oral. Essa matéria não é nova, aqui, nesta Câmara. Na verdade, já enfrentamos esse tema inúmeras vezes, o que, de fato, lamentamos, porque, quanto mais improbidade administrativa aqui aporta, mais se vê a corrupção que assola este País.

Trata-se de recurso interposto por Vicente de Paula Marinho - ex-Prefeito Municipal de Mantena - contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara da Comarca de Mantena, que, nos autos da ação de improbidade administrativa, julgou parcialmente procedente o pedido, para submeter o requerido às sanções do art. 12, III, c/c o art. 11, I, da Lei nº 8.429/92. Ainda, levando-se em conta a extensão do dano e o proveito obtido pelo réu com a promoção pessoal, condenou-o nos seguintes termos:

I) ressarcimento do valor despendido pela veiculação do ato de promoção pessoal, no importe de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), devidamente corrigido pelos índices da tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, a partir da distribuição da ação, e acrescidos de juros de mora a partir do efetivo pagamento, à taxa de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do CC/02, c/c o art. 161, § 1º, do CTN;

II) suspensão dos direitos políticos do réu pelo prazo de 4 (quatro) anos;

III) pagamento da multa civil correspondente a 20 (vinte) vezes o valor de sua remuneração quando Prefeito de Mantena, proibindo-lhe contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos;

IV) pagamento das custas processuais.

Determinou, ainda, que, conforme disposto no art. 475-J do CPC, deve efetuar o pagamento das verbas acima no prazo de 15 (quinze) dias, contados do trânsito em julgado da sentença, sob pena de ser acrescida aos valores a multa de 10% (dez por cento). Com o trânsito em julgado, oficie-se o TRE para as devidas anotações.

Inconformado, o apelante alega, em preliminar, o cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide; no mérito, afirma que o panfleto gráfico distribuído tinha o intuito exclusivo de informar a população sobre as obras realizadas nas áreas de urbanismo, saúde e educação; que não restou violado o disposto no art. 37, § 1º, da CR/88; que a mera aparição do Chefe do Executivo na propaganda institucional ou mesmo a menção ao seu nome não pode ser automaticamente encarada como promoção pessoal; que o Ministério Público não comprovou ter agido o apelante com dolo ou má-fé para promover sua própria imagem, o que afasta a nota de desonestidade, principal característica da improbidade administrativa.

Por fim, requer subsidiariamente, caso haja o reconhecimento da promoção pessoal, que sejam observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo a condenação cingir-se ao ressarcimento ao erário municipal das despesas incorridas na confecção do aludido informativo.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais apresentou contrarrazões, às f. 261/280, pela confirmação da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso (f. 288/297).

Conheço do recurso, porquanto presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Razão não assiste ao apelante no que tange à preliminar de cerceamento de defesa, pois, uma vez presentes nos autos elementos documentais suficientes para a elucidação da matéria controvertida, incumbe ao juiz proceder ao julgamento antecipado da lide, nos termos do inciso I do art. 330 do Código de Processo Civil.

Em que pese o texto constitucional assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, não se pode olvidar que cabe ao juiz, como destinatário da prova, decidir sobre a produção de provas necessárias para a instrução do processo e ao seu livre convencimento, indeferindo aquelas que se apresentem desnecessárias ou meramente protelatórias, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, sem que isso configure cerceamento de defesa.

Diante da desnecessidade de produção das provas, o julgamento antecipado da lide torna-se dever do magistrado em consonância com os princípios da celeridade e economia processual, motivo pelo qual rejeito a preliminar arguida de cerceamento de defesa.

No mérito propriamente dito, observa-se que é inegável que a conduta do apelante, enquanto estava no exercício de cargo público, afrontou os princípios constitucionais regentes da atividade pública e não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio.

Estabelece o art. 37 da Constituição da República de 1988 que:

> A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 133

Como cediço, trata-se de normas fundamentais e inarredáveis do exercício das atividades administrativas, consistindo, assim, em parâmetros de validade da conduta administrativa.

Por disposição expressa da Lei de Improbidade Administrativa (art. 4º), é dever de todos os agentes públicos, de qualquer nível e esfera hierárquica, exercer as suas funções com observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, tendo em vista sempre o interesse público e o bem-estar social.

Prescreve a Lei nº 8.429/92 como atos de improbidade administrativa não somente aqueles que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º) e prejuízo ao erário (art. 10), como também aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11, estando previstas no referido artigo as penas cominadas a cada forma de improbidade.

A boa técnica recomenda analisar se o ato praticado pelo agente está em consonância com os princípios administrativos que devem nortear a atividade estatal e, em um segundo momento, a ocorrência de outros efeitos, como o dano ao patrimônio público e o enriquecimento ilícito, passando-se à aplicação das sanções previstas.

A propósito, lecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco (*Improbidade administrativa*. 2. ed., Editora Lumen Juris, 2004 p. 3 e 7):

> [...] os desvios comportamentais que infrinjam a normatividade estatal ou os valores morais de determinado setor em troca de uma vantagem correlata, manifestar-se-ão como formas de degradação dos padrões ético-jurídicos que devem reger o comportamento individual nas esferas pública e privada. [...]. Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.

Na hipótese vertente, a conduta do apelante sobressai claramente, através dos documentos de f. 26/32, nota fiscal de serviço, nota de empenho, título cambiariforme no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), e, no próprio *folder*, percebe-se que toda a publicidade veiculada era de inteira responsabilidade do Município de Mantena, ou seja, do interesse do Prefeito Municipal, que ordenou todas as despesas.

Por outro lado, verifica-se a promoção pessoal ao veicular o noticiário, restando, pois, nítida a ilegalidade das propagandas, porquanto a divulgação do nome e da imagem do ex-Prefeito, ora apelante, às obras, serviços e realizações políticas.

É de se ressaltar, ainda, parte da sentença proferida pelo douto Sentenciante de primeiro grau, que:

> A conduta do réu está estritamente relacionada à violação do princípio da impessoalidade, já que sob a pecha de realizar propagandas institucionais acabou realmente promovendo a sua imagem pessoal e vinculando o seu nome e foto às obras e serviços realizados. Os atos praticados subsumem-se à norma do inciso I do art. 11 da Lei nº 8.429/92. [...] tornou-se evidente que as publicidades tiveram finalidade vedada na Constituição Federal, pois visaram explicitamente ao enaltecimento da imagem do Prefeito Municipal, ora réu, não havendo como dissociar a intenção específica do dolo dessa conduta (f. 147/148).

Assim, tenho que as penalidades foram fixadas em seus patamares condizentes com a aplicação dos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

DES. ALMEIDA MELO - No caso concreto, estou de acordo com o voto do Relator, pois o elemento anímico, realmente, penso ser importante para a configuração da improbidade administrativa, mas a doutrina tem aceitado, e tenho reiterado a posição de que o elemento anímico se manifesta na finalidade do ato, quando se usa o meio da comunicação social. Quando o ato de publicidade contém em si finalidade objetivamente percebida, dispensa maior apuração do aspecto subjetivo. É preciso, também, que estejamos atentos à diferença da promoção pessoal entre os agentes políticos, porque, efetivamente, quando um juiz presta contas da sua administração, aquele ato dele de prestar contas não está com a finalidade de obter votos, de conseguir vantagem pessoal. No caso do agente político do Poder Executivo, é necessário que esteja mais atento à dupla finalidade que pode ter a publicidade e adotar o princípio da impessoalidade com mais rigor. Para o político, ele vive da publicidade, da promoção pessoal com a finalidade de obter votos. Por esse motivo é que, também, em relação aos agentes públicos eletivos, não se deve usar o nome na publicidade pública. Todos utilizam, isso é tranquilo, Governo da República, Governo do Estado de Minas Gerais, sem o enunciado do nome do titular.

Neste caso, o Relator mostrou que o uso do nome da pessoa, do agente político, foi reiterado, não foi ocasional, eventual, e, portanto, para mim, parece claro que com a finalidade inequívoca de fazer promoção pessoal à custa do dinheiro público.

Por essas razões, estou de acordo com o voto do Relator.

DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 134

Investigação de paternidade - Anulação de registro civil - Imprescritibilidade - Paternidade biológica - Filho adotivo - Busca da verdade real - Prova - Exame de DNA - Adoção à brasileira - Paternidade socioafetiva - Reconhecimento por terceiro - Arguição pelo réu - Impossibilidade - Paternidade real - Afastamento - Inadmissibilidade

Ementa: Investigatória de paternidade. Improcedência. Paternidade socioafetiva reconhecida. Apelo. Procedência do recurso. Imprescritibilidade do direito de propositura da ação investigatória de paternidade. Impossibilidade de arguição de paternidade socioafetiva de terceiro para eximir-se da paternidade aferida em exame de DNA realizado espontaneamente pelas partes.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.03.050644-4/002 - Comarca de Passos - Apelante: M.G.S.M. - Apelado: A.V.M. - 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, 2 de junho de 2009. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Tratam os autos de apelação interposta contra a r. sentença de f. 192/195 que, nos autos da ação de investigação de paternidade cumulada com nulidade de registro civil proposta pela apelante em face do apelado, julgou improcedente o pedido inicial, deixando de condenar a autora ao pagamento das custas processuais por deferir-lhe os benefícios da gratuidade judiciária.

Em suas razões recursais de f. 200/208, a apelante requer a reforma da sentença para que seja declarada filha do apelado.

Alega: a prova é robusta; o exame de DNA determinou o percentual de probabilidade de o apelado ser pai da apelante de 99,58%; o exame foi realizado por livre e espontânea vontade das partes; o apelado admitiu que manteve relação sexual com a mãe da apelante; os pais adotivos da apelante manifestaram sua concordância com o pedido inicial; nasceu no dia 02.07.53 e foi abandonada na Santa Casa de Misericórdia de Passos pelo apelante; foi adotada pelos pais adotivos que a registraram como sendo filha legítima, pois o apelado não assumiu a paternidade; aos sete anos, foi informada de que era adotiva e soube de toda a verdade sobre sua vida; aos 18 anos, resolveu conhecer o pai biológico e procurou o apelado, que a tratou friamente; com o progresso da ciência, propôs ao apelado a realização do exame de DNA, que foi realizado pela Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência do Hospital das Clínicas da F.M.R.P.U.S.P; constatou-se que é mesmo filha do apelado; mesmo diante do resultado do exame, o apelado não quis manter contato com a requerente; impõe-se a reforma da sentença e a retificação do registro civil da apelante.

Conheço do recurso por próprio, tempestivo e adequado.

Com razão a apelante.

A dita adoção à brasileira, provavelmente praticada sem consulta à sociedade e no interesse de uma criança, deve ser tratada também de acordo com a legislação brasileira e, uma vez admitida a adoção, ainda que à brasileira, deve ser considerada irretratável para o adotante tal como a adoção é tratada no Direito Brasileiro. Porém, nos presentes autos, não se trata de pedido de nulidade de registro civil proposto por quem prestou informação falsa, ou seja, pelo pai registral ou adotante, e sim de pedido de investigação de paternidade cumulada com retificação do registro civil proposta pela filha, sobre quem a informação falsa foi prestada por outrem, ou seja, por aqueles que declararam seus nomes como os dos pais da apelante, ali declarada como filha daqueles.

O interesse em ter esclarecida a paternidade é da apelante, que tem direito de propor ação de investigação de paternidade, a fim de esclarecer sua ascendência. Além disso, é natural que, descoberta a paternidade real da apelante, esta queira modificar seus registros para que deles passem a constar a verdade real. O direito de esclarecimento da herança biológica não impõe necessariamente uma alteração nos registros civis, mas a alteração do registro pode decorrer da investigação proposta, se assim a investigante solicitar.

Demais disso, o direito à perfilhação real é imprescritível. Nesse ponto, o Direito procura estar mais próximo da realidade dos fatos. Aliás, o STJ assim já se manifestou:

> Civil. Investigação de paternidade e alteração de registro. Ajuizamento após a maioridade. Prescrição. Inexistência. Decisão monocrática que reconhece a imprescritibilidade. Agravo regimental. Pretendida reforma. Improvimento. - É imprescritível a ação de investigação de paternidade e alteração de registro de nascimento, mesmo na hipótese de vencido o prazo de 4 (quatro) anos, após a maioridade. Merece realce o entendimento segundo o qual 'a ação de investigação de paternidade é imprescritível. O tempo não pode

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 135

> impedir nenhuma pessoa humana de buscar o seu verdadeiro pai. E o sistema de direito positivo que nasceu com a Constituição de 1988 consagrou, sem dúvida, esse postulado de ordem pública' (cf. REsp nº 158.086/MS - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - *DJ* de 28.08.00). Iterativos precedentes. Agravo improvido (AgRg no REsp 400103/RS - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - j. em 21.09.06 - pub. no *DJ* de 13.11.06, p. 263 - *RNDJ*, v. 87, p. 82).

Dessa forma, impõe-se a reforma da sentença para que o pedido da apelante seja analisado afastando-se a tese de paternidade socioafetiva.

A paternidade socioafetiva porventura existente entre a apelante e seu pai registral não serve para afastar a paternidade real do apelado. Serviria para manter a paternidade do pai registral, se a apelante assim o quisesse, preferindo ignorar sua paternidade biológica.

O exame pericial de DNA realizado na Clínica do Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto concluiu que a probabilidade de o apelado ser o pai biológico da apelante é de 99,58% (v. f. 13). O referido exame foi realizado espontaneamente entre as partes.

O apelado não se insurge contra o referido exame, apenas levanta suspeitas quanto a ele pelo fato de as amostras dele e da apelante terem sido colhidas em dias distintos. Ora, a colheita das amostras de sangue dos litigantes em dias distintos não serve para impugnar o resultado do exame.

Não há nos autos prova de que a genitora da apelante tenha andado com outros homens. Note-se, o próprio apelado reconhece a prática de ato sexual com a mesma, apenas alegando que ela continuou virgem após o mesmo. Saliente-se, depoimentos de testemunhas não são capazes de indicar com precisão de qual homem se originou o espermatozoide que fecundou o óvulo da genitora da investigante. Aliás, é incomum testemunha presenciar relação sexual de algum casal e, mesmo se presenciasse, não poderia afirmar que a fecundação se deu naquela relação por ela presenciada (*vide* ARRUDA, José Acácio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 20).

Nesse âmbito investigatório, José Maria Marlet afirma o seguinte:

> A prova da conjunção carnal não estabelece a vinculação obrigatória com a fecundação. É curial que nem sempre a relação sexual é seguida de gestação, não se podendo excluir a possibilidade de conjunção carnal com outros homens (Valorização das provas de investigação de paternidade. *RT* 569/248 - *apud* José Acácio Arruda, *op. cit.*, p. 20).

Por isso, diz-se que, para a prova da paternidade e da busca da verdade real, o exame pericial de comparação de perfis do ADN (ácido desoxirribonucleico) humano é mais confiável do que a prova oral. Sua elevada eficácia propicia mais segurança quanto à paternidade biológica do que a presunção decorrente das palavras de testemunhas, mormente quando a perícia é produzida de forma confiável, a exemplo do exame constante dos autos, que concluiu pela paternidade imputada ao apelado.

Demais disso, se, por um lado, é ínfima a possibilidade de erro do exame científico, por outro, a prova testemunhal é falível, sendo, em muitas circunstâncias, questionável, mormente quando as testemunhas têm estreita vinculação com as partes. Saliente-se, mesmo que houvesse testemunhas presenciais do ato sexual havido e confessado entre a genitora da apelante e o apelado, como já dito, tais testemunhas não seriam suficientes para ilidir a prova pericial já produzida.

A prova testemunhal somente seria admissível para comprovação de erros circunstanciais em relação à realização do exame pericial, como equívoco quanto às pessoas doadoras de material e outras circunstâncias laterais ou periféricas, relacionada com os procedimentos preparatórios do exame e não para confrontação direta com o resultado do exame, com o propósito de infirmar sua eficácia científica ou sua conclusão.

Enfim, não se tendo atacado o procedimento de produção da prova pericial e tendo sido aceita, ainda que implicitamente a validade científica do laudo pericial realizado espontaneamente pelas partes, o julgador não estará se transformando em simples homologador do resultado do exame pericial, mas exercendo a função de avaliador da correção da produção de uma prova e expressando a força de convencimento dela ao acolhê-la na formação de seu juízo. Apenas está-se dando efetividade ao inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, que garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Por último, não são alegados fatos que, provados por testemunhas, pudessem desmerecer a produção do exame técnico e infirmar sua conclusão.

Dessa forma, impõe-se a reforma da sentença para que seja declarada a paternidade do apelado sobre a apelante.

Pelas razões acima, dou provimento ao recurso.

Custas, pelo apelado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CAETANO LEVI LOPES e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 136

Embargos à execução fiscal - Mercadorias - Transferência - Estabelecimento da mesma empresa - Notas fiscais - Emissão - Ausência de redução do valor dos produtos com a redução do ICMS - Diferenças do imposto - Multa de revalidação - Pagamento indevido

Ementa: Tributário. Embargos à execução fiscal. Transferências de mercadorias. Estabelecimentos do mesmo contribuinte. Emissão de notas fiscais. Preço dos produtos. Falta de dedução do valor equivalente à redução da base de cálculo do ICMS. Diferenças do imposto e multa de revalidação. Inexistência de obrigação de pagamento.

- A remessa de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, por não tipificar ato econômico ou jurídico de circulação, não se caracteriza como fenômeno que autoriza a incidência do ICMS.

- A falta de atendimento à regra do item 5.2 do Anexo IV do RICMS/96 do Estado de Minas Gerais, consistente na emissão de notas fiscais com redução da base de cálculo do ICMS, sem o cumprimento da exigência de dedução do valor do imposto dispensado no preço das mercadorias, em operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, não enseja para este a obrigação de pagamento de diferenças do imposto acrescidas de multa de revalidação.

Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0342.06.072296-0/001 - Comarca de Ituiutaba - Apelante: Syngenta Seeds Ltda. - Apelada: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALMEIDA MELO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 4 de junho de 2009. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

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

A sentença de f. 324/336-TJ julgou improcedentes os embargos do devedor e condenou a embargante no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor corrigido da execução fiscal.

A apelante reitera a alegação preliminar de que a certidão de dívida ativa não preenche os requisitos legais, uma vez que há erro na indicação dos critérios de correção monetária e do acréscimo de juros aos créditos exigidos, bem como na descrição dos fatos e fundamentos da autuação. No mérito, aduz que o auto de infração que determinou a constituição dos créditos de ICMS está baseado em meras presunções, uma vez que não há prova de que tenha utilizado indevidamente a redução da base de cálculo do imposto, prevista no item 5.2 do Anexo IV do RICMS/96, sem a dedução no preço da mercadoria do valor dispensado na operação. Alega que emitiu as notas fiscais que serviram à autuação pelo valor unitário líquido dos produtos, ou seja, já considerou no valor dos produtos o desconto dos 60% (sessenta por cento) do ICMS dispensados na operação. Argumenta que o objeto da autuação reflete mero descumprimento de obrigação acessória, pois se refere à emissão de notas fiscais sem a indicação de que foi utilizada a redução da base de cálculo do imposto, que não acarretou prejuízos ao Fisco nem tampouco a compradores, conforme está no laudo pericial. Diz que a multa deve ser reduzida ou cancelada, sob pena de confisco, pois não houve falta nem atraso de pagamento do imposto. Destaca que os juros não podem ser aplicados pela taxa Selic.

Examino a preliminar.

De acordo com a certidão de dívida ativa que instrui a petição inicial da execução fiscal (apenso, f. 02/03-TJ), trata-se de exigência de créditos de ICMS e de multa de revalidação originários de autuação fiscal da apelante, por descumprimento do item 5.2 do Anexo IV do RICMS/96, consistente na redução da base de cálculo do imposto sem a dedução do valor dispensado no preço das mercadorias, em operações de transferência ocorridas no período de 08/2001 a 03/2002.

A mencionada certidão, além da discriminação dos créditos e dos seus respectivos valores, especifica, em campo próprio, a origem e a natureza da dívida, a forma de incidência dos juros e da multa, bem como os seus respectivos fundamentos legais.

Logo, contém os requisitos do art. 202 do Código Tributário Nacional e do art.2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80, necessários à sua validade.

A recorrente apresentou defesa ampla no processo tributário administrativo e, nestes autos, demonstrou integral conhecimento da origem e da natureza da dívida indicada na execução fiscal, bem como dos critérios para o lançamento e o cálculo dos juros de mora.

Rejeito a preliminar.

No mérito, conforme mencionado acima, trata-se de execução de créditos de ICMS e de multa de revali-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 137

dação fundada no descumprimento do item 5.2 do Anexo IV do RICMS/96 pela apelante, consistente na emissão de notas fiscais com redução da base de cálculo do imposto, mas sem a dedução do valor dispensado no preço das mercadorias (sementes), em operações de transferência ocorridas no período de 08/2001 a 03/2002.

O item 5 do Anexo IV do RICMS/96 estabeleceu como pressuposto da redução de 60% (sessenta por cento) da base de cálculo do ICMS incidente sobre a saída de sementes certificadas ou fiscalizadas a correspondente dedução do imposto dispensado no preço da mercadoria:

> 5.2 - A redução de base de cálculo prevista neste item somente será aplicável se o remetente deduzir do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação, com indicação expressa, no campo 'Informações Complementares', da respectiva nota fiscal.

O objetivo da referida norma foi o de, com a diminuição da carga tributária, reduzir o preço dos produtos e beneficiar o setor agrícola.

Como ficou demonstrado nos autos, especialmente no laudo pericial de f. 239/244-TJ, a recorrente destacou o ICMS com a redução da base de cálculo, mas não deduziu do preço da mercadoria o valor dispensado do imposto.

Nesse sentido, as respostas do perito oficial aos quesitos 1, 2 e 3 apresentados pela recorrente (f. 239/240-TJ).

Mas, na espécie, deve ser verificada a ocorrência de prejuízo para o Fisco, que é sustentado com os argumentos de que a apelante, em regra, deveria recolher o imposto sobre o valor real da operação e de que, prevalecendo-se da mencionada redução da base de cálculo, dela teria usufruído sem o cumprimento da condição do seu repasse ao preço das mercadorias.

A rigor, caso se tratasse de operações de vendas efetivas de sementes estaria configurada a situação de que a recorrente atribuiu a si própria, de forma ilegal, a condição de destinatária do benefício fiscal para obter o ganho equivalente à redução de 60% da base de cálculo do ICMS.

No entanto, conforme está no auto de infração de f. 44/50-TJ e na motivação da certidão de dívida ativa que instrui a execução fiscal em apenso (f. 03-TJ), as operações em que foi verificada a irregularidade no preenchimento das notas fiscais trasladadas às f. 169/202-TJ consubstanciaram transferências de mercadorias entre estabelecimentos da recorrente.

Tendo em vista a natureza das operações, concluiu-se na perícia que o equívoco na emissão das notas fiscais que geraram a autuação fiscal da apelante não causou prejuízo aos cofres do Estado.

A propósito, as respostas aos quesitos 3, 4 e 8 apresentados pela recorrente e ao quesito 6 apresentado pela apelada (f. 240, 241 e 244-TJ):

> 3 - Diante das constatações, pode-se afirmar com segurança que realmente houve equívoco na confecção das notas fiscais? Esses equívocos são de monte a causar prejuízos suportados pela Fazenda Pública do Estado?
> Resposta do perito: Sim. Podemos afirmar com segurança que houve equívoco na emissão das notas fiscais; primeiro, porque não constou o valor do imposto abatido no campo de informações adicionais; segundo, porque não houve qualquer menção de redução do preço unitário; e terceiro, porque o valor total dos produtos é o mesmo do valor total da nota. Porém, estes equívocos não causaram nenhum prejuízo aos cofres do Estado, uma vez que o imposto recolhido está perfeitamente correto (veja ficha de conferência à f. 62).
> 4 - Pode-se dizer que a insurgência do Fisco desponta como mera inobservância de obrigações acessórias e não pela falta de dedução do preço da mercadoria?
> Resposta do perito: Sim, este perito considera que a infração apontada se desponta como mera inobservância de obrigações acessórias e não pela falta de dedução do preço da mercadoria. Esta afirmação se fundamenta na análise do objetivo da redução do preço unitário do produto para os adquirentes ou consumidores, que é a redução do preço do mesmo, tornando-o mais barato para os consumidores. No presente caso, estamos analisando remessas por transferências (Nfs. de f. 169/202) para a própria empresa, que nada altera nos preços das notas fiscais de vendas para futuros adquirentes ou consumidores.
> [...]
> 8 - Esclareça, por fim, o Sr. *Expert* o que mais entender conveniente para o deslinde da questão.
> Resposta do perito: Convém frisar que, nas Notas Fiscais objetos da contenda, os valores totais dos produtos (base para redução da base de cálculo) são os mesmos valores totais da nota (isto significa que não houve redução do valor dos produtos com a redução do ICMS). Porém, como já mencionado anteriormente, trata-se de transferência de produtos para outro estabelecimento da mesma empresa, e esta redução de preço do produto em nada altera para os futuros consumidores ou adquirentes destes produtos.
>
> 6 - Por fim, solicita ao *Expert* que comente o que julgar necessário para a elucidação da questão.
> Resposta do perito: Há de se esclarecer que o espírito da lei era o de beneficiar o produtor rural ao adquirir o produto com o benefício da redução do ICMS deduzido do valor total da nota fiscal, e não beneficiar o processador (destinatário dos produtos das notas fiscais apensadas), que era o próprio emitente e destinatário, pois se trata de notas fiscais de transferência. Portanto, vejo aqui um erro no preenchimento das Notas Fiscais de Transferência de produtos, não havendo prejuízos para o Estado nem tampouco para os adquirentes produtores rurais, não existentes neste caso.

A remessa de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, por não tipificar ato econômico ou jurídico de circulação, não se caracteriza como fenômeno que autoriza a incidência do ICMS.

De acordo com o enunciado da Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça, não constitui fato gerador do referido imposto o simples deslocamento de mer-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 138

cadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Os precedentes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que embasaram a referida súmula, encontram-se na *RSTJ* nº 86, p. 425 e segs. No julgamento do REsp nº 9.933-0-SP, Relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, foi assimilado como razão de decidir o fundamento de que "em hipótese de mero deslocamento físico da mercadoria, como ocorre na transferência da filial para a matriz e vice-versa, indevida é a existência do imposto, visto inocorrer circulação econômica ou jurídica". No REsp nº 32.203-4, Relator o Ministro Milton Luiz Pereira, é mencionado que o simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro, do mesmo contribuinte, sem tipificar ato de mercancia, não legitima a incidência do ICMS. No julgamento do REsp nº 36.060-9-MS, Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, é afirmado que o deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro não configura circulação econômica, em ordem a ensejar imposição tributária relativa ao ICMS. Para que incida o ICM, é necessária a prática de negócio jurídico mercantil.

Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho (A hipótese de incidência do ICMS: Irrelevância dos contratos de compra e venda, sem tradição ou entrega das mercadorias (In: *Direito tributário aplicado* - Estudos e pareceres, Belo Horizonte, Del Rey, 1997) ensinam que a doutrina e a jurisprudência de nossos tribunais têm afastado, com vigor, a extensão da hipótese de incidência do ICMS a fatos estranhos, como locação, comodato, arrendamento mercantil, meras transferências de mercadorias ou matérias-primas de um para outro estabelecimento do mesmo titular, fora ou dentro de um mesmo Estado federado, etc., que não configuram real operação de circulação de mercadoria (p. 164). Afirmam ainda os tributaristas:

> No Direito brasileiro, tanto no Direito Civil, como no Direito Comercial, o contrato de compra e venda - embora perfeito - não transfere a propriedade. É necessário ainda que se dê a tradição, modo comum de se alterar o domínio das coisas móveis. Somente assim a mercadoria circula juridicamente, realizando-se o fato gerador do ICMS (*op. cit.*, p. 183).

Acrescentam que

> O Direito Tributário acompanha, coerentemente, a regulação da matéria no Direito Privado. Assim, o legislador tributário escolheu como momento da ocorrência do fato gerador do ICMS a saída da mercadoria do estabelecimento do comerciante, industrial ou produtor. Não se trata de saída meramente física, mas de saída como execução de um ato ou negócio (operação jurídica) translativo da titularidade da mercadoria (*op. cit.*, p. 184).

Destaco da doutrina de José Nabantino Ramos (*Comentários ao Código Tributário Nacional*. Direito Tributário 3. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, v. 1, p. 133 e seg., "Conceito de circulação de mercadorias") que:

> Se a Constituição quisesse tributar a simples movimentação física das mercadorias, evitaria a expressão 'circulação', que é mais ampla do que a compra e venda, porém menos ampla do que a simples 'saída' das mercadorias. Não usaria, enfim, palavra de conceituação definida na ciência econômica, como 'circulação', em que não cabem os atos meramente mecânicos do movimento das coisas.

Anoto que não tem relevância o fato de se ter destacado o imposto nas notas fiscais emitidas para as transferências.

Sobre o tema, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> ICM. Fato gerador. Saída física e jurídica. - Para caracterizar-se o fato gerador do ICM, é preciso, além da saída física, a saída jurídica, isto é, a venda da mercadoria. Nenhuma delas, isoladamente, configura o fato gerador do tributo. Irrelevante, no caso, tenha sido declarado o débito pela própria recorrente e se tratar de autolançamento. Recurso provido. (REsp nº 37.580/SP - Relator Ministro Garcia Vieira - *RSTJ* 53/329.)

Portanto, verificadas a natureza das operações fiscalizadas e determinantes da autuação da recorrente e as conclusões do laudo pericial de f. 239/244-TJ, não subsiste a exigência dos créditos de ICMS e de multa de revalidação indicados na certidão de dívida ativa que informa a execução fiscal em apenso.

Dou provimento ao recurso para julgar procedentes os embargos do devedor e extinguir a execução fiscal, invertidos os ônus da sucumbência.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ FRANCISCO BUENO e MOREIRA DINIZ.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.

...

Cumprimento de sentença - Embargos à execução - Alimentos provisórios eximidos em grau de apelação - Efeitos *ex tunc* - Art. 512 do Código de Processo Civil

Ementa: Apelação cível. Cumprimento de sentença. Embargos à execução. Alimentos provisórios eximidos em grau de apelação. Efeitos *ex tunc*. Interpretação do art. 512 do CPC. Recurso parcialmente provido.

- Segundo o art. 512 do Código de Processo Civil, "o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 139

ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso''.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.07.074609-2/002 - Comarca de Viçosa - Apelante: G.A.F.V. - Apelada: F.O.S., por si e representando os filhos - 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 PARCIAL.

Belo Horizonte, 7 de abril de 2009. - *Alvim Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIM SOARES - Recurso de que se conhece, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Perante a Segunda Vara Cível da Comarca de Viçosa, o ora apelante G.A.F.V. impugnou a execução de sentença movida por sua ex-esposa F.O.S., por si e representando seus filhos, em que busca receber a quantia de R$ 29.235,40 a título de alimentos não pagos ao seu oportuno tempo; alegou, preliminarmente, a inexigibilidade do título por iliquidez e incerteza, bem como a ilegitimidade *ad causam* dos dois últimos exequentes; no mérito, sustentou que não há falar em execução do débito alimentar em favor de sua ex-esposa, haja vista que este egrégio Tribunal de Justiça já o exonerou deste ônus; juntou documentos.

Os embargados impugnaram os embargos às f. 58/60-TJ, rebatendo item por item as alegações do executado.

O Ministério Público de primeiro grau exarou parecer às f. 65/72-TJ, opinando pela parcial procedência dos embargos à execução; o MM. Juiz de Direito *a quo* decidiu o feito, proferindo a sentença de f. 74/78-TJ, julgando improcedentes os embargos.

Discordando do *decisum*, o então embargante ofertou recurso de apelação, cujas irresignadas razões se encontram lastreadas às f. 84/95-TJ, repetindo a mesma argumentação lançada outrora; contrarrazões ofertadas às f. 97/100-TJ, batendo-se pela manutenção da decisão monocrática.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se nos autos às f. 133/135-TJ, opinando pelo não conhecimento do recurso.

Data maxima venia, analisando percucientemente os autos, tenho que a preliminar levantada pelo Ministério Público a respeito do não conhecimento do recurso de apelação há de ser acatada.

Pelo novo sistema processual civil, sentença não é somente aquela decisão do magistrado que contenha uma das matérias previstas nos arts. 267 e 269 do CPC, mas sim aquela que implique, também, extinção do procedimento no primeiro grau de jurisdição; *in casu*, a decisão de f. 74/78-TJ, que decidiu a impugnação à execução apresentada pelos executados, não se reveste de caráter de sentença, porquanto não extinguiu o procedimento executivo iniciado.

Com efeito, o art. 475-M, § 3º, do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.232/2005, assim dispõe: "A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação".

Dúvidas não restam de que, na nova sistemática processual civil, o ato judicial que julga improcedente a impugnação ao cumprimento de sentença, não pondo fim ao processo, constitui decisão interlocutória (art. 162, § 2º, do CPC), a qual desafia recurso de agravo de instrumento, nos termos do artigo acima citado, que teve vigência a partir de 24.06.06.

Segundo nos ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery acerca da decisão que decide o incidente de impugnação à execução:

> Acolhimento ou rejeição da impugnação. O ato do juiz que acolhe (total ou parcialmente) ou rejeita (total ou parcialmente) a impugnação ao cumprimento de sentença, é recorrível por agravo de instrumento. Aqui, mais uma demonstração de que a conceituação de sentença, pelo sistema instituído pela Lei 11.232/05, não prescinde do elemento extinção do processo, pois, se o pronunciamento do juiz no incidente de impugnação, embora possa conter a matéria do CPC, 267 ou 269 (*v.g.*, prescrição: CPC, 269, IV, e 475-L, VI), não extinguir a execução, será decisão interlocutória e, por consequência, agravável de instrumento. Daí por que sentença é ato do juiz que contém matéria do CPC, 267, ou 269, e, ao mesmo tempo, extingue o processo.

Nesse sentido, colaciono deste Tribunal:

> Ementa: Apelação cível. Cumprimento de sentença. Impugnação. Acolhimento parcial. Recurso inadequado. Inteligência do art. 475-M do Código de Processo Civil. Cabimento de agravo de instrumento. Recurso não conhecido. - Acolhida parcialmente a impugnação ao pedido de cumprimento de sentença, o recurso cabível é o agravo de instrumento, por força do disposto no § 3º do art. 475-M, com redação dada pela Lei 11.232/2005 (TJMG - Ap. nº 1.0024.03.134888-1/002 - Rel. Des. José Flávio de Almeida).

> Ementa: Impugnação à execução. Não extinção da execução. Recurso cabível. Agravo de instrumento. Fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Interposição fora do prazo legal.
> - A teor do disposto no § 3º do art. 475-M do CPC, a decisão da impugnação, que não extingue a execução, é recorrível mediante agravo de instrumento.
> - Ao recurso interposto somente pode ser aplicado o princí-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 140

pio da fungibilidade se a sua interposição tiver ocorrido no prazo previsto para o recurso adequado (TJMG - AI nº 1.0145.07.431686-3/001 - Rel. Des. Pedro Bernardes).

Compulsando os autos, repete-se, vê-se que não houve extinção da execução, uma vez que a r. decisão objurgada julgou improcedente o pedido de impugnação à execução, permanecendo, assim, plenamente em vigor a execução que terá normal prosseguimento, de modo que o recurso cabível, nesse caso, seria o agravo de instrumento.

Devemos observar que não é possível a aplicação do princípio da fungibilidade, pois, além de tratar-se de erro grosseiro, também não foi observado o requisito da tempestividade, uma vez que a apelação foi interposta além do prazo previsto para o recurso de agravo de instrumento.

Ante o exposto, não conheço do recurso de apelação.

Custas recursais, pelo apelante.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Peço redobradas vênias ao caro Des. Alvim Soares para dele divergir quanto à preliminar instalada.

É que, a meu juízo, não se revela impróprio o recurso de apelação em tela, pois, como se sabe, o novo regramento que instituiu o expediente de cumprimento de sentença em nosso ordenamento jurídico positivo (arts. 475 e segs., CPC) não teve o condão de abolir ou mesmo suprimir os ritos especiais constantes de maneira expressa nos arts. 732 e 733, CPC, relativos à execução das prestações alimentícias.

No caso, urge salientar, ainda, que a citação realizada ao ora apelante foi para que este efetue "o pagamento da quantia de R$ 29.235,40 (vinte e nove mil duzentos e trinta e cinco reais e quarenta centavos), referente ao principal e acessórios, a ser acrescida de honorários de advogado do autor e custas iniciais no prazo de 03 (três) dias", conforme mandado de f. 103 dos autos da execução em apenso, sob pena de penhora, o que reforça o entendimento de que, na espécie, não se trata de um procedimento de impugnação ao cumprimento de sentença, mas de autêntica ação de embargos de devedor, como, aliás, deixou claro o Magistrado no despacho que se tem de f. 106 dos autos da execução em apenso, juntado por cópia à f. 55 dos autos desta ação de embargos de devedor.

Diante do exposto, e renovando o meu pedido de vênia ao culto Des. Relator, penso não ser aplicável ao caso o disposto no art. 475-M, § 3º, CPC, mas sim o disposto no art. 513, CPC, já que a decisão ora combatida (f. 74/78) é autêntica sentença que pôs fim ao processo de embargos de devedor.

Com essas considerações, rejeito a preliminar articulada e, por entender presentes os pressupostos próprios exigidos, conheço do recurso.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Sr. Presidente. Rejeito a preliminar, nos exatos termos em que o fez o eminente Des. Revisor.

DES. ALVIM SOARES - Peço vista dos autos, para exame complementar.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Alexandre Tonico Brandão.

DES. ALVIM SOARES - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 15.01.2009, a meu pedido, para exame complementar, após conhecerem do recuso, ficando este Relator vencido.

Meu voto é o seguinte:

Recurso de que se conhece, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Perante a Segunda Vara Cível da Comarca de Viçosa, o ora apelante G.A.F.V. impugnou a execução de sentença movida por sua ex-esposa F.O.S., por si e representando seus filhos, em que busca receber a quantia de R$ 29.235,40 a título de alimentos não pagos ao seu oportuno tempo; alegou, preliminarmente, a inexigibilidade do título por iliquidez e incerteza, bem como, a ilegitimidade *ad causam* dos dois últimos exequentes; no mérito, sustentou que não há falar em execução do débito alimentar em favor de sua ex-esposa, haja vista que este egrégio Tribunal de Justiça já o exonerou deste ônus; juntou documentos.

Embargos impugnados às f. 58/60-TJ, em que se rebatem, item por item, as alegações do executado.

O Ministério Público de primeiro grau exarou parecer às f. 65/72-TJ, opinando pela parcial procedência dos embargos à execução; o MM. Juiz de Direito *a quo* decidiu o feito, proferindo a sentença de f. 74/78-TJ, julgando improcedentes os embargos.

Discordando do *decisum*, o então embargante ofertou recurso de apelação, cujas irresignadas razões se encontram lastreadas às f. 84/95-TJ, repetindo a mesma argumentação lançada outrora; contrarrazões ofertadas às f. 97/100-TJ, batendo-se pela manutenção da decisão monocrática.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se nos autos às f. 133/135-TJ, opinando pelo não conhecimento do recurso, e às f. 143/145-TJ, pelo não provimento.

Vencido na preliminar de não conhecimento do recurso, sobreleva-se enfatizar que a questão meritória gira em torno de se dirimir, aprioristicamente, se o apelante deve adimplir com os valores dos alimentos provisórios a que foi obrigado a favor de sua ex-esposa, não disponibilizados a tempo e modo; veja-se que o apelante foi eximido de prestar alimentos à sua ex-esposa, quando do julgamento realizado na Apelação

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 141

Cível nº 1.0713.05.054.339-4/003, buscando, por assim ser, que esta decisão retroaja ao momento da citação.

Data maxima venia, após muito analisar o presente processado, tenho que o recurso está por merecer o provimento buscado; é certo que a questão ainda é tormentosa neste egrégio Tribunal, mas creio que a legislação de regência alberga parcialmente a pretensão do apelante.

Ora, os alimentos provisórios, fixados inicialmente, sem esteio probatório sólido, não podem permanecer sobre a decisão final do processo que os resolve, julgando improcedente a pretensão aos alimentos; a sentença, no caso, opera efeitos *ex tunc*, dos alimentos definitivos sobre os provisórios.

Este egrégio Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido, *in verbis*:

> Alimentos provisórios. Execução. Redução do valor antes arbitrado através de agravo de instrumento. Efeitos *ex tunc*. Extinção da execução.
> - Os alimentos provisórios, arbitrados *in limine lites*, são fixados pelo juiz com base somente nas alegações e documentos trazidos com a inicial, pelo que é de se admitir sua modificação, uma vez constatada a inveracidade dos elementos que serviram para formar o convencimento do juiz.
> - Considerando a fragilidade das provas produzidas por ocasião da decisão que concedeu os alimentos provisórios e evidenciado que não se encontravam presentes os requisitos indispensáveis a dar supedâneo àquela liminar, os efeitos de sua redução devem retroagir à data da fixação, atingindo também as parcelas vencidas e não pagas (Apelação Cível nº 1.0024.05.893371-4/001 - Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto - *DJ* de 19.06.2008).

> Embargos do devedor. Alimentos provisórios. Valor fixado em primeira instância reduzido pelo Tribunal de Justiça. Efeito *ex tunc*. - Os alimentos provisoriamente fixados podem ser revistos a qualquer tempo e, em qualquer caso, retroagem à data da citação (Apelação Cível nº 1.0024.02.712939-4/001 - Rel. Des. Schalcher Ventura - *DJ* de 11.01.2006).

> Direito civil. Execução de alimentos provisórios. Superveniência de sentença que reduz os alimentos iniciais. Necessidade de adequação do valor executado ao valor definitivo. - Conforme interpretação que se fundamenta nos princípios inspiradores da concessão provisória de alimentos e da vedação ao enriquecimento sem causa, executam-se pelo valor definitivo, fixado a menor, os alimentos provisionais fixados, mas não pagos oportunamente (Apelação Cível nº 1.0194.02.019425-5/001 - Rel. Des. Nepomuceno Silva - *DJ* de 08.10.2004).

Não se desconhece o que determina o art. 13, § 3º, da Lei nº 5.478/1968; nada obstante, doutrina e jurisprudência, como visto acima, vêm autorizando que a sentença que reduz ou extingue os provisórios opere efeitos *ex tunc*, como é o caso dos autos, afastando apenas casos de repetição, caso ocorra o adimplemento.

Aliás, tal interpretação pode-se extrair do art. 512 do Código de Processo Civil, segundo o qual "o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso".

Como acentuado pelo ilustre Promotor de Justiça,

> Tendo em vista que, *in casu*, a decisão final não coincide com o disposto na decisão interlocutória que permitiu a execução dos alimentos provisórios em prol dos filhos e da ex-cônjuge do devedor, ressalvamos a eficácia retroativa da derradeira decisão que veio a exonerar o demandado em face de sua ex-cônjuge apenas.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para reformar a respeitável sentença hostilizada, julgando parcialmente procedentes os embargos para excluir da execução os valores devidos pelo embargante à sua ex-esposa; inverto os ônus da sucumbência, condenando a parte embargada em honorários no valor de R$ 2.000,00, suspendendo, contudo, a exigibilidade, por litigar sob o pálio da justiça gratuita, que ora defiro.

Custas recursais, na forma da lei.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Como salientado pelo próprio Relator, este TJMG, ao julgar a AC nº 1.0713.05.054339-4/003, entendeu de exonerar o ora apelante da obrigação de prestar alimentos à sua ex-esposa, e, no caso, a execução embargada se refere, exatamente, aos valores arbitrados a título de alimentos provisórios a que foi obrigado, os quais não foram pagos a tempo e modo.

A tese exposta pelo apelante é no sentido de que "não se configura plausível permitir o prosseguimento de uma execução provisória, quando foi reconhecida a inexistência do débito" (f. 88), salientando, ainda, que "o prosseguimento da execução provisória, mesmo tendo sido prolatada decisão definitiva transitada em julgado por este TJMG, viola frontalmente o princípio que veda o enriquecimento ilícito" (f. 89).

A meu ver, razão assiste ao apelante em seu inconformismo.

É que, a meu juízo, se a execução em tela se encontra lastreada e amparada em uma decisão interlocutória que, posteriormente, foi totalmente modificada por decisão deste TJMG, aquela anterior decisão já não mais tem qualquer valor jurídico.

Trata-se, no caso, do efeito substitutivo do acórdão, o qual está previsto no art. 512, CPC, segundo o qual "o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso".

Acerca do tema, é válida a citação da doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

> A par dos efeitos devolutivo e suspensivo, um outro efeito - o substitutivo - é atribuído pelo art. 512 a todos os recursos. Consiste ele na força do julgamento de qualquer recurso substituir, para todos os efeitos, a decisão recorrida [...]. Se ao órgão *ad quem* é dado reexaminar e redecidir a matéria

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 142

> cogitada no decisório impugnado, torna-se necessário que somente um julgamento a seu respeito prevaleça no processo. A última, portanto, isto é, a do recurso, é que prevalecerá. [...] Em qualquer caso (até mesmo quando de fato resulte 'confirmada' a decisão recorrida), o decidido na instância recursal é que prevalecerá e que irá fazer coisa julgada (*Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 624).

Nota-se, portanto, que a tese defendida pelo apelante merece ser agasalhada, porque, se a decisão interlocutória na qual se amparava a execução ruiu, sendo substituída pelas decisões posteriormente tomadas que a modificaram, naturalmente que o que nela se havia estipulado não tem mais valor algum.

Esse entendimento, aliás, foi o que prevaleceu, à unanimidade de votos, em recente precedente que relatei nesta 7ª Câmara Cível, por ocasião do julgamento do AI nº 1.0525.04.052731-5/001, da Comarca de Pouso Alegre, em 04.11.2008.

Ainda desta Casa, é válida a transcrição da ementa dos seguintes precedentes:

> Embargos à execução de alimentos provisórios. Superveniência de sentença que os reduz. Necessidade de adequação do valor executado ao valor definitivo. - A decisão que fixa os alimentos provisórios é válida e executável enquanto produzir efeitos. Cessados estes, pela superveniência de sentença de mérito, que reduz os alimentos antes fixados, o alimentante fica desobrigado do excesso, não se podendo dele exigir o que já não é mais devido, porquanto a sentença opera a substituição *ex tunc* dos alimentos provisórios pelos definitivos, ressalvada apenas a irrepetibilidade daquilo que já tiver sido pago pelo devedor, segundo os princípios gerais da obrigação alimentar (AC nº 1.0105.04.117396-1/001 - Comarca de Governador Valadares - 4ª Câmara Cível - Rel. Des. Antônio Hélio Silva - j. em 15.12.2005).

> Alimentos provisórios não pagos. Execução. Prolação da sentença fixando a pensão em valor menor. Prevalência dos valores fixados no final. - Ainda que os alimentos provisórios não tenham sido oportunamente pagos, deve a execução deles ser cumprida com base no valor arbitrado para a pensão alimentícia na sentença então proferida (AC nº 000.154.021-0/00 - Comarca de Belo Horizonte - 3ª Câmara Cível - Rel. Des. José Antonino Baia Borges - j. em 24.08.2000).

Quanto ao argumento de que o ora apelante acabou sendo beneficiado pelo não pagamento dos alimentos provisórios no tempo certo, mesmo porque, se os tivesse pago, não teria direito de restituí-los, devido à condição de irrepetibilidade dos alimentos, devo registrar que, pelo que pude inferir do simples dedilhar dos autos, o ora recorrente não agiu de modo a eternizar e prolongar indevidamente esta lide, tendo, apenas, exercitado o seu direito de se defender. Dessa forma, não estando caracterizado o propósito claro e evidente de obter vantagem ilícita com este processo por parte do apelante, não entendo plausível o acolhimento da tese da embargada.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso, ficando invertidos os ônus sucumbenciais.

Custas, *ex lege*.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Guarda de menor - Regulamentação de visitas - Alimentos - Cumulação de ações - Pais biológicos - Impossibilidade de criação do menor - Hábitos incompatíveis - Guarda de fato - Casal estranho à lide - Citação - Necessidade - Litisconsórcio passivo necessário

Ementa: Apelação cível. Ação de guarda do filho menor c/c regularização de visitas e alimentos. Pais biológicos. Impossibilidade de criação do menor. Hábitos incompatíveis. Guarda de fato com terceira pessoa que não integra a lide. Necessidade de citação deste casal. Litisconsórcio passivo necessário. Preliminar suscitada de ofício. Sentença cassada.

- Uma vez constatando o juiz não devam os filhos permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a custódia do menor ou adolescente à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e de afetividade (parágrafo único do art. 1.584 do CC).

- Deve o magistrado sobrelevar os interesses dos filhos acima de qualquer importância que pudesse sobressair dos objetivos paternos na disputa da custódia da sua descendência, sem descartar deferir a guarda para terceiros, se possível parentes; mas, acima dos vínculos de parentesco, estão os vínculos de afetividade. Assim sendo, deve integrar a lide em que se discute a guarda de filho menor o terceiro que detém a guarda de fato, tendo em vista que a sentença que vier a ser proferida sobre a questão repercutirá diretamente em sua esfera jurídica, tratando-se de hipótese de litisconsórcio necessário. Tal é o caso dos autos, pelo que deverá a sentença ser cassada para que o casal que detém a guarda de fato do menor seja citado a se manifestar sobre a discussão dos autos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0035.07.092744-3/002 - Comarca de Araguari - Apelante: J.B.M. - Apelado: D.R.L. - Relator: DES. MAURO SOARES DE FREITAS

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 143

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 SUSCITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE PARA CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 16 de abril de 2009. - *Mauro Soares de Freitas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Trata-se de apelação interposta por J.B.M. em face de D.R.L. contra a sentença que julgou procedente o pedido de guarda ao pai, regularizou a visita e fixou alimentos no importe de 25% do salário mínimo.

Inconformada, recorre a requerida pugnando pela reforma da sentença ao argumento de que o pai, ora apelado, não tem condições de cuidar do menor, já que foi preso com drogas. Afirma, ainda, que a apelante não é a mãe descuidada como tentou demonstrar o requerente, além de que, se mantida a sentença, o menor ficará com babá, já que aquele, assim como seus pais, trabalha o dia inteiro. Assim, requer que o menor seja mantido sob sua guarda.

Contrarrazões às f. 164/168, em óbvia infirmação.

Parecer ministerial opinando pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

O autor ajuizou a presente ação objetivando a transferência para si da guarda de seu filho, afirmando que a mãe, requerida, não tem a menor condição de criá-lo, uma vez que deixa a criança por conta de terceiros, enquanto frequenta bares, pensando somente em beber e fumar.

Ao contestar a ação, a requerida nega as afirmações do autor, afirmando que dá ao menor todo carinho e atenção, e que ele fica sob os cuidados de um casal enquanto trabalha.

Após estudo social realizado e regular andamento, julgou-se procedente o pedido, transferindo a guarda do menor para o pai, regularizando as visitas da mãe e condenando-a a pagar alimentos no valor de 25% do salário mínimo, o que ensejou o presente recurso.

Pois bem.

De ofício, suscito preliminar de nulidade da sentença, o que passo ao exame de meus Pares, uma vez que, tratando-se de litisconsórcio necessário, não houve citação. Explico.

Sobre a guarda dos menores, Fabrício Zamprogna Matiello, in *Código Civil comentado*, 2. ed., Editora LTR, p. 1.051, ao comentar o art. 1.612, esclarece:

> Como conseqüência do poder familiar a que se submetem os filhos menores, aquele que foi reconhecido ficará sob guarda de quem o reconheceu, seja o homem ou a mulher. Se os dois tiverem efetivado o reconhecimento, a decisão acerca da guarda caberá a ambos, por consenso. Inexistindo acordo de vontades, o menor fiará com o progenitor que puder melhor atender aos seus interesses, analisadas as condições morais e econômicas dos pais, a capacidade de propiciar ao filho boa educação, alimentação adequada, vestuário, ambiente salutar para completo desenvolvimento físico e psíquico e assim por diante.
> Ao decidir qual dos genitores receberá a guarda do menor, o juiz levará em conta fundamentalmente a possibilidade que tem cada um deles de zelar pelos interesses do reconhecido. A decisão não deve prestigiar a vontade ou os anseios dos genitores, mas sim as necessidades essenciais do filho. [...]

É certo que o instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse *munus*.

Dessa forma, visa-se preservar as relações familiares, procurando, sempre que possível, manter unidas pessoas que possuem laços sanguíneos entre si. Isso porque se pressupõe que entre elas exista maior afinidade, inclusive por questões hereditárias.

Todavia, a guarda de uma criança deve ser alterada quando exista motivo suficiente para tal medida, tendo em vista a relevância dos interesses envolvidos.

Em relação ao tema, elucida Rolf Madaleno:

> Uma vez constatando o juiz não devam os filhos permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a custódia do menor ou adolescente à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e de afetividade (parágrafo único, art. 1.584 do CC).
> Deve o magistrado sobrelevar os interesses dos filhos acima de qualquer importância que pudesse sobressair dos objetivos paternos na disputa da custódia da sua descendência, sem descartar de deferir a guarda para terceiros, se possível parentes; mas acima dos vínculos de parentesco estão os vínculos de afetividade, como sucedeu com a custódia do filho da cantora Cássia Eller, cuja guarda foi disputada entre o avô paterno e a companheira da artista, prevalecendo o critério da afinidade e da maior afetividade existente entre a criança e a guardiã eleita por decisão judicial (parágrafo único do art. 1.584 c/c art. 1.586, ambos do CC).
> A possibilidade de outorgar a guarda da prole a terceiros é repetida no art. 1.586 do Código Civil, quando, por motivos graves, o juiz considere inconveniente deferir a custódia aos pais e parentes, podendo optar pela internação do menor em algum estabelecimento de educação, ou encontrando pessoa capaz de cuidar do menor por afeição e amor (*Curso de direito de família*. 2. ed., Ed. Forense, p. 272).

Tal fato se torna nítido pela interpretação gramatical do princípio constitucional do melhor interresse da criança, que surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 144

valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar.

A meu ver, tal é o caso dos autos. Ao que tudo indicou, nem o pai, nem a mãe do menor L.D. têm condições de criá-lo, no momento. Vê-se que são pais ainda imaturos, que desconhecem a importância da criação e educação de um filho.

Como uma mãe que deixa o filho com terceiros para ir a bares, voltando tarde da noite após ter ingerido bebida alcoólica e cigarros, pode cuidar de uma criança de apenas dois anos? E um pai que, às vésperas do Natal, é preso com substâncias entorpecentes?

Enquanto esses jovens pais não amadurecerem e levarem em conta a real importância de um filho, não há como conduzir a educação de um menor. Quais os valores que serão passados a esta criança?

Ademais, estão os autos a demonstrar uma queda de forças para ver quem irá "ficar" com o filho, e não quem irá educá-lo, dar-lhe carinho, atenção e amor que merece toda criança.

Pelo estudo social realizado nos autos, afirma a mãe da apelante, Sr.ª G., que a filha teve um comportamento desajustado na adolescência consumindo bebida alcoólica e drogas, o que permaneceu durante a gravidez. Relata, ainda, que foi uma gravidez de risco e que, após o nascimento do menor, ela não assumia suas responsabilidades. Que, quando a criança tinha cinco meses, procurou o pai, autor, e que este também não quis assumir o filho. Dessa forma, como a avó precisava trabalhar, deixava a criança com uma colega de trabalho e seu marido (S. e J.M.), demonstrando muita atenção e carinho pela mesma, e que o consideram como filho. S. afirma que a criança é como membro da família e que o menor a chama de mãe, que todos da casa têm muito carinho e cuidado com L., se emocionando ao abordar a situação que estão vivendo. O estudo se encontra às f. 47/50 dos autos.

O art. 227 da Constituição Federal dispõe 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, 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.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente estatui, em seu art. 3º, que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais à pessoa humana, lhes assegurando "todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e igualdade".

É notório, nos dias atuais, o fato de que a paternidade/maternidade afetiva vem assumindo grande importância, já que a posse do estado de filho é que gera os efeitos jurídicos capazes de definir a filiação, havendo inclusive quem pense que a paternidade/maternidade socioafetiva deve prevalecer sobre a biológica.

Dessa forma, perante os documentos acostados aos autos, entendo que, no momento, a guarda do menor deverá ser direcionada ao casal S. e J.M., que cuidam da criança como se fosse filho, já que, a meu ver, nem o autor, nem a ré têm condições de criar o filho.

Ocorre que este casal não participou do processo e, a meu ver, trata-se de litisconsórcio passivo necessário, já que detêm a guarda de fato do menor, conforme relatado em estudo social. Em sendo assim, deverá o processo voltar à origem para citar o casal e determinar que este se manifeste acerca da guarda do menor L.D.

Ante o exposto, suscito preliminar para cassar a sentença, determinando o retorno dos autos à origem para que o casal acima seja citado e se manifeste quanto à possibilidade de assumir a responsabilidade da guarda do menor.

Custas, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BARROS LEVENHAGEN e MARIA ELZA.

Súmula - SUSCITARAM A PRELIMINAR DE NULIDADE PARA CASSAR A SENTENÇA.

...

Arrendamento rural - Rescisão contratual - Cobrança de aluguéis - Perdas e danos - Cumulação de ações - Locadores condôminos - Ajuizamento do feito - Legitimidade individual - Revelia - Documentos - Desentranhamento

Ementa: Ação de rescisão de contrato de arrendamento rural c/c cobrança de aluguéis e perdas e danos. Locadores condôminos. Legitimidade individual para ajuizamento do feito. Revelia. Documentos. Desentranhamento.

- O locador condômino tem legitimidade individual para ajuizar ação visando ao cumprimento do ajuste ou à rescisão contratual.

- Se o litígio não diz respeito a direito indisponível, a apresentação de contestação extemporânea conduz à decretação da revelia, com o consequente reconhecimento, como verdadeiros, dos fatos alegados na inicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0035.07.103261-5/001 - Comarca de Araguari - Apelante: Adalcino Martins Ferreira - Apelado: Horácio de Lima Júnior, em causa

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 145

própria - 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, 17 de abril de 2009. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - Trata-se de ação de rescisão contratual c/c despejo, cobrança de aluguéis e indenização por perdas e danos ajuizada por Horácio de Lima Júnior em face de Adalcino Martins Pereira.

Alega o autor que ele, como herdeiro testamentário, e outros herdeiros fideicomissários, firmaram com o réu contrato particular de arrendamento rural para fins de exploração pecuária, pelo período de 13.05.05 a 13.05.06, ficando ajustado o aluguel mensal no valor de R$2.000,00, para a colocação de no máximo 300 cabeças de gado no imóvel arrendado; que o réu, além de não estar pagando os aluguéis, apascenta mais de 600 animais no local; que o aluguel do período de 15/05 a 15/12 foi pago com cheque, posteriormente sustado, o que levou ao ajuizamento de uma ação de execução em tramitação perante a 2ª Vara da comarca.

Pretende a cobrança dos aluguéis posteriores a 15.12.05, a rescisão do contrato, a determinação para desocupação do imóvel arrendado, sob pena de despejo, e perdas e danos relativos causados pelo uso indevido das pastagens, em valor a ser arbitrado.

Pela decisão de f. 38, a contestação apresentada pelo réu foi considerada intempestiva, determinando-se o seu desentranhamento.

Logo em seguida, foi proferida a sentença de f. 39/42, julgando procedentes os pedidos iniciais.

Recurso de apelação do réu (f. 44/48), sustentando que o reconhecimento da revelia não leva ao desentranhamento dos documentos juntados, devendo permanecer nos autos para serem levados na consideração que mereçam; que o autor não tem poderes para ajuizar ação em nome dos demais proprietários do imóvel, devendo os fatos ser julgados somente em relação à cota parte do autor; que o autor agiu de má-fé ao não informar a existência da execução já em trâmite perante a 2ª vara da comarca.

Contrarrazões às f. 57/74, pela confirmação da sentença e reconhecimento de litigância de má-fé do apelante.

Concomitante à interposição das contrarrazões, o apelado interpôs impugnação à assistência judiciária requerida pelo apelante, a qual foi julgada procedente. Devidamente intimado, o apelado realizou o preparo recursal (f. 84).

Recurso próprio e tempestivo.

Dele conheço.

A ação foi ajuizada pelo autor exclusivamente em seu nome. Logo, não tem fundamento o argumento de que ele não tem legitimidade para ajuizá-la em nome dos demais condôminos.

Quando os locadores são condôminos, qualquer deles tem legitimidade e interesse, individualmente, para ajuizamento de ação visando ao cumprimento do ajuste.

Com a decretação da revelia, são tidos como verdadeiros os fatos alegados na inicial.

É o que diz o art. 319 do CPC:

"Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor".

Os efeitos da revelia só não seriam aplicados se o litígio versasse sobre direitos indisponíveis, o que não é o caso dos autos.

Ademais, o apelante, nem mesmo nas razões de apelação, impugna qualquer dos fatos alegados na inicial.

Já o inconformismo com a determinação de desentranhamento dos documentos que acompanharam a contestação, no caso, não é de ser acatado, pois o apelante, no recurso, não informa quais são e o que pretendia comprovar com eles.

Também não procede a alegação de que o autor agiu de má-fé, porque da inicial consta a informação da existência da execução em trâmite perante a 2ª vara da comarca.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante, já pagas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOTA E SILVA e ELPÍDIO DONIZETTI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Responsabilidade civil - Ofensa à honra - Indenização - Dano moral - Não caracterização - Agressões mútuas - Ônus da prova - Transação penal - Repercussão na esfera civil - Inexistência

Ementa: Responsabilidade civil. Indenização por ofensa à honra. Dano moral. Agressões mútuas. Ônus da prova. Dano moral não caracterizado. Transação penal. Inexistência de repercussão na esfera civil.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 146

- Em que pese se reconhecer a reprovabilidade da conduta daquele que causa lesões em outrem, se ocorreram durante o calor de uma discussão, não se podendo precisar quem deu início ao entrevero, não há se cogitar de pretensão indenizatória.

- A reparação por dano moral pressupõe que o fato desabonador tenha sido injusto, desmerecido e que a vítima do constrangimento em nada tenha concorrido com sua conduta pessoal.

- Segundo se infere do disposto no art. 76, § 6º, da Lei 9.099/95, embora se admita, na transação penal, a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, a imposição dessas sanções não implica reconhecimento ou comprovação de responsabilidade, não tendo qualquer repercussão na esfera civil.

- O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e se, a tal mister, ele não se desincumbiu suficientemente, a declaração de improcedência de seu pleito torna-se inarredável.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.06.114053-5/001 - Comarca de Passos - Apelante: V.Q.O., assistido pelo pai, J.B.O. - Apelado: Erick Machado Silva - 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 E, DE OFÍCIO, ALTERAR DISPOSITIVO DA SENTENÇA.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2009. - *Tarcísio Martins Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - Cuida-se de recurso de apelação interposto por V.Q.O., assistido por seu pai J.B.O., contra sentença proferida pelo digno Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Passos, que, nos autos da ação de indenização por danos morais, aviada em face de E.M.S., julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em R$1.000,00 (f. 162/167).

Consubstanciado seu inconformismo nas razões recursais de f. 171/176, tece o autor, ora apelante, inicialmente, considerações acerca da tempestividade do recurso.

No mérito, sustenta, em síntese, que as informações prestadas pela testemunha A.C.V., namorada do apelado, se revestem de parcialidade, devendo ser totalmente desconsideradas; que não restou comprovado nos autos ter havido "vias de fato" entre os litigantes, nem agressões mútuas, mas tão somente a conduta agressiva do réu, ora requerido, que, estando motorizado, premeditadamente, saiu à sua procura, agredindo-o e evadindo-se do local, conforme comprovam o auto de corpo de delito e o boletim de ocorrência (f. 75/76 e 74).

Argumenta que restaram sobejamente demonstrados os requisitos essenciais à reparação civil, a justificar a almejada indenização.

Contrarrazões em óbvia infirmação, pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 184/187).

Remetidos os autos à d. Procuradoria de Justiça (f. 193), esta deixou de emitir parecer, por entender ausente o interesse público (f. 196).

Presentes os requisitos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminares não foram trazidas, nem as vi de ofício para serem enfocadas.

Trata-se de ação de indenização proposta por V.Q.O., assistido por seu pai, J.B.O., visando à reparação dos danos morais suportados em decorrência de agressões físicas imputadas ao requerido, E.M.S., ocorridas em 09.06.2006, após sair do estabelecimento de ensino onde cursava o ensino médio.

Alega o autor, ora recorrente, que intentou processo criminal em face do requerido, ora apelado, porquanto este, por ciúmes da namorada, sua colega de turma, após sua saída do Colégio Tiradentes, onde estudava, o abordou na rua, passando a agredi-lo "com socos e chutes", causando-lhe as lesões descritas no ACD de f. 12/13. Registra-se ter havido transação penal no processo em evidência (nº 479.06.111137-9 - f. 14).

O pedido foi julgado improcedente, porquanto não demonstrada a iniciativa da agressão, não apontando o mosaico probatório a culpa exclusiva do apelado pelo entrevero.

Em exame, não vejo motivos que possam autorizar conclusão diversa daquela vertida na r. sentença atacada.

Como é de curial saber, para se caracterizar a obrigação de indenizar, necessária a presença do dano, da culpa e do nexo de causalidade entre ambos, incumbindo àquele que postula a pretensão ressarcitória o ônus da prova. Assim, ausente algum dos elementos essenciais à etiologia da responsabilidade civil, afasta-se o dever ressarcitório.

É a lição de Carlos Alberto Bittar, segundo a qual o dever indenizatório resulta da 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

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 147

> 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, imperícia), contrariando seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato) (*Responsabilidade civil* - doutrina e jurisprudência. 2. ed. Saraiva, p. 93-95).

Ainda, no tema, os ensinamentos do mestre Caio Mário da Silva Pereira:

> 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 (*Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 83).

No caso posto em julgamento, verifica-se que o ora apelante iniciou a lide e colocou os fatos, ficando, portanto, responsável pelo ônus da prova (*actori incumbit onus probandi*). Assim, cumpria-lhe demonstrar o fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, I).

Portanto, para a procedência do pedido de indenização por danos morais, resultante de agressão física, faz-se necessária a comprovação de que a iniciativa da contenda partiu do agressor, e não quando a vítima deliberadamente deu causa ao fato, de norte a provocar previsível reação, assumindo todo o risco, hipótese em que não fará jus à indenização.

Sabe-se, ademais, que a indenização por dano moral pressupõe que o fato desabonador tenha sido injusto e que o ofendido daquele constrangimento em nada tenha concorrido com sua conduta pessoal. Assim, se o ato considerado danoso e lesivo ao patrimônio imaterial da vítima adveio em conseqüência de um comportamento irregular, obviamente, este carece de legítimo interesse moral, ao pretender reparação. Em outras palavras, impõe-se que o ofendido em nada tenha contribuído com sua conduta para o desencadeamento do fato desabonador.

Não basta, pois, a existência de um dano, cabendo ao requerente demonstrar, de forma a convencer, a culpa do requerido pelo início do entrevero, além do nexo causal dela e o dano suportado. Sem tal comprovação, que se erige como fato constitutivo do direito perseguido, não há como acolher a pretensão ressarcitória postulada na peça de ingresso.

É que não se trata de responsabilidade objetiva, na qual não se discute a culpa, mas de responsabilidade subjetiva, em que o elemento subjetivo, contrariamente ao que pretende o apelante, não pode ser presumido, devendo ser claro e cabalmente demonstrado.

Acerca do ônus da prova Amaral Santos (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, v. IV, p. 33), assinala que:

> 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.

E continua:

> 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.

E como lembra Giulio Venzo:

> *Lobbligo della prova spetta a chi aduce il fato produtivo della conseguenza guiridica cui intende; quindi, all'attore incombe l'obbligo de provare il fatto che è fondamento dell'azione da lui promossa: actori incumbit onus probandi* (*apud* Jônatas Milhomens, *A prova no processo*, Forense, 1982, p. 117).

Verifica-se, *in casu*, que os atos reputados lesivos ao patrimônio imaterial do apelante resultaram, também, de sua conduta irregular, afastando-se a reparação civil.

Emerge claramente do mosaico probatório que, por inúmeras vezes, o requerente provocou sua colega de sala, A.C.V., namorada do réu, fato corroborado pelo depoimento da testemunha G.R.G. (f. 127/128), colega de ambos, *verbis*:

> [...] Foi da sala de V. e de A. e capaz de dizer que havia brincadeira entre eles. Afirma que às vezes A. achava graça das brincadeiras e outras dizia que ia falar com o namorado para acertar com o V.
> [...] Às vezes, por causa das brincadeiras existentes entre os dois, a direção do colégio teria sido alertada e falado com os dois para pararem as brincadeiras (f. 127).

O boletim de ocorrência (f. 10/11), esteado nas informações prestadas pelo próprio recorrente, ainda no calor dos acontecimentos, registra que houve atrito entre o autor e o réu, mas em nada elucida quanto a quem teria desencadeado a agressão, limitando-se a transcrever a versão trazida pelo autor, *litteris*:

> Segundo a vítima, estuda no colégio Tiradentes; ao deslocar do colégio para sua residência foi agredido com socos e

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 148

> chutes por um indivíduo conhecido por E., que namora uma adolescente Amanda que estuda no Colégio Tiradentes [...] (*sic*).

Em resumo, nada há nos autos a esclarecer quem teria iniciado a refrega, limitando-se a prova oral aos depoimentos pessoais das partes, cada uma sustentando a sua versão, além dos depoimentos de testemunhas que sequer presenciaram o ocorrido.

De mais a mais, as lesões foram produzidas no calor de uma discussão, para a qual também concorreu o requerente, ora apelante.

Assente, no tema, o entendimento desta eg. Corte de Justiça:

> Indenização. Agressões recíprocas. Dano moral não configurado. Restando demonstrado nos autos que as agressões foram recíprocas, inexistindo condições de se precisar quem iniciou o entrevero, mostra-se descabida a pretensão indenizatória (Apelação Cível n° 1.0625.06.056936-9/001 - Relatora Des.ª Cláudia Maia, 13ª Câmara Cível do TJMG, *DJ* de 29 de novembro de 2007).

> Ação de indenização. Ofensas mútuas. Dano moral. Inocorrência. O dano moral, como prática atentatória aos direitos da personalidade, traduz-se num sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, capaz de gerar-lhe alterações psíquicas ou prejuízos à parte social, afetiva, de seu patrimônio moral. Constatadas ofensas mútuas no calor de uma discussão, não há que se falar em indenização por danos morais (Apelação Cível nº 1.0596.07.039776-2/001 - Relator Des. Alvimar de Ávila, 12ª Câmara Cível do TJMG - *DJ* de 20 de fevereiro de 2008).

Esta mesma 9ª Câmara Cível, enquanto ainda 1ª Câmara do extinto TAMG, em acórdão, de minha relatoria, proferido no julgamento da Apelação 464.497-1, teve ensejo de proclamar:

> Responsabilidade civil. Indenização por ofensa à honra. Dano moral resultante de injúria. Ônus da prova. Excludente o dever de indenizar. - A indenização por dano moral pressupõe que o fato desabonador tenha sido injusto, desmerecido, e que a vítima do constrangimento em nada tenha concorrido com sua conduta pessoal; se o ato considerado danoso e lesivo ao patrimônio imaterial da vítima adveio em conseqüência de um comportamento irregular, ausente o legítimo interesse em pretender a reparação. - Sendo as expressões ofensivas recíprocas e proferidas no auge e no calor da discussão não se configura a injúria, por faltar-lhe o elemento subjetivo indispensável à sua caracterização, ficando, assim, excluído o dever de indenizar.

No caso posto em lide, além de não se poder precisar, com a certeza necessária, quem deu causa à discussão, *concessa venia*, o pleito do apelante mais aparenta a busca de reparação, motivada por sentimento menor, originário de desentendimentos e altercações, advindos de uma conturbada relação entre apelante e apelado e a namorada deste.

É de se ver que o incidente foi levado às últimas consequências pelo apelante, tendo o apelado, inclusive, respondido a processo criminal, que culminou em transação penal (f. 14).

E nem se diga que tal transação demonstra ou comprova o reconhecimento de culpa, implicando, em conseqüência, responsabilização civil e dever indenizatório.

Como se sabe, a jurisdição criminal repercute, de modo absoluto, na jurisdição cível, quando reconhece o fato ou a autoria, caso em que a sentença condenatória criminal constitui título executivo no cível, nos termos do art. 584, II, do CPC.

Na lição de Ernane Fidélis:

> Um dos efeitos da condenação criminal é 'tornar-se certa a obrigação de indenizar' (CP, art. 19, I). Todo aquele que pratica crime e por ele se vê condenado fica sujeito a reparar os danos que causou. Condenado que seja o réu no juízo criminal, no juízo cível não mais se discute sobre a sua responsabilidade (*Manual de direito processual civil*. 6. ed., Saraiva, v. 1, 1998).

Todavia, a transação penal, acolhida pela Lei nº 9.099/95, não tem a natureza jurídica de condenação criminal, pelo que não repercute na esfera civil.

Trata-se de um instituto de política criminal, adotado para infrações de escasso potencial ofensivo, que visa à suspensão do processo, guardando grande afinidade com a chamada *diversion* (desjudicialização), do direito norte-americano, preconizada pelas Regras das Nações Unidas para a administração da justiça criminal.

Portanto, a despeito de se admitir na transação penal a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, a imposição dessas sanções, mediante consentimento do réu, não implica reconhecimento ou comprovação de responsabilidade, motivo pelo qual não produz quaisquer efeitos no juízo cível.

A propósito, dispõe, expressamente, o § 6º do art. 76 da Lei 9.099/95:

> A imposição da sanção de que trata o parágrafo 4º não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Nesse sentido, essa mesma Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível nº 423.900-1, de minha relatoria, em votação unânime, teve ensejo de decidir que:

> Segundo se infere do disposto no art. 76, § 6º, da Lei 9.099/95, embora se admita, na transação penal, a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, a imposição dessas sanções não implica reconhecimento ou comprovação de responsabilidade, não tendo qualquer repercussão na esfera civil.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 149

Já o dano moral constitui o prejuízo resultante da dor infligida à pessoa da vítima, em razão de atos que, indevidamente, maculam seus sentimentos, provocando certas atribulações na esfera interna pertinente à sensibilidade moral.

Em conseqüência, por serem de natureza jurídica completamente distinta e inconfundível, a imposição da sanção prevista na Lei 9.099/95, ao ensejo da transação penal, como já exposto, não implica reconhecimento de culpa, com o consequente dever ressarcitório.

Por tais e bastantes motivos, tenho que outra não poderia ter sido a r. decisão monocrática.

Por fim, o r. *decisum* está a merecer correção, de ofício, na sua parte dispositiva, porquanto deixou de condenar o autor ao pagamento das custas processuais, limitando-se somente aos honorários advocatícios.

Com tais considerações, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se o respeitável trabalho decisório de 1º grau, por seus e por estes fundamentos, alterando-se, de ofício, o dispositivo sentencial, para condenar o autor ao pagamento das custas processuais.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTÔNIO BRAGA e OSMANDO ALMEIDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO E, DE OFÍCIO, ALTERARAM DISPOSITIVO DA SENTENÇA.

...

Mandado de segurança - Férias regulamentares - Direito - Garantia constitucional - Extensão ao servidor público - Gozo de licença-saúde - Impedimento - Inexistência

Ementa: Mandado de segurança. Direito de férias regulamentares. Garantia constitucional. Extensão ao servidor público. Gozo de licença-saúde. Inexistência de impedimento.

- A Constituição Federal garante ao servidor o gozo de férias anuais, com o objetivo de viabilizar o seu descanso, o lazer e a convivência familiar e social, subsistindo esse direito mesmo para o servidor que goza de licença médica de mais de dois meses durante o período aquisitivo.

Sentença confirmada em reexame necessário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.08.162479-6/001 - Comarca de Betim - Apelante: Município de Betim - Apeladas: Suely Aparecida de Faria e outras - Autoridade coatora: Superintendente de Recursos Humanos do Município de Betim - 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, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 7 de abril de 2009. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Conheço do recurso, presentes os seus pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Betim contra a r. sentença do MM. Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Betim, que concedeu a segurança impetrada por Suely Aparecida de Faria, Dulcinéia Alencar Rodrigues, Tânia Torres Barbosa, Alvanísia Pimenta Pereira e Rita de Cássia Almeida, declarando nulos os atos administrativos que cancelaram o direito das impetrantes a usufruírem de férias regulamentares, com o acréscimo de 1/3 da remuneração, em razão de terem ficado afastadas de suas atividades por mais de sessenta dias durante o período aquisitivo, com respaldo em licença-médica.

Apesar de não ter sido determinada a remessa oficial dos autos, vislumbro que a decisão está sujeita ao reexame necessário, por força do previsto no art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51.

Versa a lide a respeito da restrição imposta aos servidores do Município de Betim relativa à concessão de férias, por estar estatuído no art. 73 da Lei Municipal 884/69 que o servidor que, no período aquisitivo, houver gozado de mais de sessenta dias de licença para tratamento de saúde perderá o direito às férias.

As preliminares suscitadas nas informações prestadas pelas autoridades impetradas foram ambas acolhidas, sendo reconhecida a ilegitimidade passiva do Prefeito de Betim e a carência de interesse processual em relação à concessão de férias-prêmio.

Como assinalado pelos agentes municipais em suas informações e ratificado nas razões recursais, o estabelecimento da organização política e administrativa do Município e, consequentemente, dos direitos e obrigações dos servidores municipais se insere nas questões de interesse local sobre as quais compete ao Município legislar.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 150

Essa autonomia do Município para legislar sobre assuntos de interesse local, estabelecida no art. 30, I, da Constituição Federal, deve ser exercida de forma condizente com o disposto no art. 29, *caput*, da Carta Magna, observados os princípios estabelecidos na Norma Fundamental.

A questão dos direitos sociais de ordem fundamental não se insere entre as matérias afetas à autonomia municipal, sendo matéria de cunho eminentemente constitucional sob o qual se constroem os pilares do Estado Democrático, pelo estabelecimento de limites ao poder político.

Sob essa ótica, as garantias e direitos fundamentais, entre os quais se encontram os direitos sociais, não podem ser afrontados ou restringidos pela legislação ordinária, nem ser contrariados pelas Constituições Estaduais ou por Lei Orgânica Municipal.

Em relação ao exercício das férias, a Constituição Federal assegura que será um direito do trabalhador, estendido aos servidores estatutários, o gozo de férias anuais remuneradas com pelo menos um terço a mais do que o salário normal.

Os fundamentos do direito garantido no art. 7º, XVII, da CF/88 se encontram entre os direitos sociais previstos no art. 6º, *caput*, notadamente, em relação ao direito à saúde, ao trabalho e ao lazer.

O descanso proporcionado ao trabalhador pelo gozo de férias viabiliza que usufrua do lazer, da convivência com sua família e previne a sujeição a exigências excessivas passíveis de prejudicar a sua saúde.

As garantias mínimas asseguradas ao trabalhador são necessárias à preservação da dignidade da pessoa humana contra a exploração depreciativa e arbitrária pelo empregador.

Sendo esse o objetivo das férias, denota-se que sua concessão não pode ser prejudicada pelo gozo de licença-saúde, que pressupõe que o servidor já se encontre em estado médico frágil, que inviabiliza o desempenho normal de suas funções, tendo por objetivo possibilitar a sua recuperação.

O gozo de licença-saúde não representa para o servidor o benefício de um tempo de descanso e de lazer, normalmente significando, ao contrário, uma condição de maior fraqueza e a impossibilidade física ou mental de realização das atividades comuns, mesmo se prazerosas.

Portanto, a pessoa que se afastou de suas atividades por motivo de saúde continua fazendo jus às férias anuais, com a finalidade de que possa, já recuperada, exercer o seu direito ao lazer, ao convívio social e familiar e ao descanso.

Data venia, a licença concedida para tratamentos médicos não é um mero benefício, mas uma prerrogativa necessária para preservar o direito à saúde, de forma que a sua obtenção não pode ensejar penalidades ao servidor, como a restrição a direitos e garantias.

Considero que a prática de retirar do servidor o direito a férias em virtude de ter usufruído de licença-médica implica também lesão ao direito à saúde, pois, para não perder as férias, direito fundamental, o servidor se veria compelido a sacrificar sua integridade física e mental.

Na esteira do posicionamento adotado, cumpre conferir os seguintes julgados deste egrégio Tribunal de Justiça:

> Direito administrativo. Servidor público municipal. Férias e licença para tratamento de saúde (hérnia discal cervical). Licença que não interfere na concessão das primeiras. - A servidora da rede pública municipal, afastada de suas funções em decorrência de tratamento médico de 'hérnia discal cervical', tem garantido seu direito às férias regulamentares em outro período, bem como ao recebimento de 1/3 dos respectivos vencimentos, podendo, da mesma forma, computar o tempo de licença para a obtenção de férias-prêmio. (Apelação Cível nº 1.0027.04.036600-0/002 - 7ª Câmara Cível - Rel. Des. Wander Marotta - j. em 08.05.2007.)

> Administrativo. Ação ordinária. Férias. Licença para tratamento de saúde. Município de Betim. Art. 73 da Lei Municipal nº 884/69. Não recepção pela CR/88. Lei Orgânica do Município. Férias-prêmio. Efetivo exercício. Inocorrência. Reforma parcial.
> 1 - À luz da Constituição da República de 1988, o direito às férias não é perdido em razão de o servidor valer-se de licença para tratamento de saúde por período superior a 60 dias, pois o art. 73 da Lei nº 884/69 do Município de Betim foi revogado pelo art. 7º, inciso XVII, da CR e pela Lei Orgânica local.
> 2 - A exigência de efetivo exercício de serviço público para a aquisição de férias-prêmio prevista no art. 56 da Lei Orgânica do Município de Betim exclui daquela contagem o tempo de licença para tratamento de saúde, em razão de este interstício não se enquadrar no *caput* daquele artigo.
> 3 - Sentença parcialmente reformada, em reexame necessário, e recurso voluntário prejudicado. (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0027.03.013032-5/001 - 8ª Câmara Cível - Rel. Des. Edgard Penna Amorim - j. em 08.06.2006.)

Em vista dos fundamentos expostos, não merece reforma a r. sentença que declarou nulos os atos administrativos que haviam cancelado o direito de férias das impetrantes, reconhecendo a lesão a direito líquido e certo.

Assim sendo, no reexame necessário, confirmo a r. sentença, resultando prejudicado o recurso voluntário.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALVIM SOARES e EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.

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

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 151

Ação demolitória - Indenização - Cumulação de ações - Pavimentação e calçamento de via pública - Obras - Área pertencente a particulares - Tutela demolitória - Inviabilidade - Indenização por desapropriação indireta - Via própria - Cabimento

Ementa: Administrativo. Processual civil. Ação demolitória c/c indenizatória. Obras de pavimentação e de calçamento de via pública, em área pertencente aos autores. Inviabilidade da tutela demolitória. Cabimento da indenização por desapropriação indireta, em via própria.

- É de se manter a decisão que concluiu pela ausência de interesse processual dos autores de obterem a demolição de obras de calçamento e pavimentação de via executadas pelo Município, tendo em vista a destinação pública conferida à área invadida, restando aos particulares requererem indenização por desapropriação indireta em via própria (art. 35 do Decreto-lei nº 3.365/1941).

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0686.06.181261-2/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelantes: Jarbas Messias Ferreira da Luz e sua mulher e outro - Apelado: Município de Teófilo Otoni - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de maio de 2009. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se ação demolitória c/c indenização e perdas e danos ajuizada por Jarbas Messias Ferreira da Luz, Marlene Paranhos da Luz e Urbanizadora Thiago Luz Ltda. em face do Município de Teófilo Otoni, objetivando a demolição da obra de pavimentação e calçamento erigida pelo requerido em parte dos terrenos de propriedade dos requerentes, "consolidando a retomada de posse pelos Autores", bem como a condenação do ente público ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais sofridos.

Adoto o relatório da sentença (f. 105/108), por correto, e acrescento que o il. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Teófilo Otoni julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro na ausência de interesse processual dos demandantes, por inadequação da via eleita. Quanto à sucumbência, os autores foram condenados a arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios do patrono do réu, fixados em R$1.000,00 (mil reais).

No arrazoado de f. 110/112, alegam os apelantes que o il. Juiz da causa teria proferido sentença *ultra petita*, ao desconsiderar a acumulação do pedido demolitório com a pretensão de indenização e de perdas e danos, o que justificaria a designação de perícia com vistas à avaliação dos lotes afetados pela via pública. Batem-se, assim, pela reforma ou pela anulação da decisão de primeiro grau.

Contrarrazões às f. 116/119, pelo desprovimento do apelo.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Desde logo, tenho que o il. Juiz *a quo* decidiu com acerto ao acolher a ausência de interesse processual dos demandantes. De fato, é de ver-se que a presente ação demolitória c/c indenizatória foi ajuizada com amparo na "invasão" de cinco lotes de propriedade dos requerentes, em decorrência das obras de calçamento e de pavimentação da Rua Monsenhor Horta executadas a partir de julho de 2006 pelo ente requerido.

Ocorre que, segundo a prova produzida nos autos, especialmente o depoimento pessoal do primeiro autor (f. 96) e os testemunhos tomados às f. 98, 99, 100 e 101, a mencionada via pública já existe há mais de 10 (dez) anos, sendo certo que apenas as obras relacionadas à pavimentação remontam a período recente.

Diante disso, ainda que os lotes onde se aponta a ocorrência da invasão pertençam aos ora apelantes, a circunstância de ter sido conferida à área uma finalidade pública, consistente na construção de via pública para uso dos munícipes, afasta a possibilidade de os proprietários requererem a reintegração da área e a demolição das construções edificadas, restando-lhes somente o direito à indenização, em virtude do desapossamento administrativo, nos termos do art. 35 do Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.1941. A propósito, colhe-se da lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Desapropriação indireta é a que se processa sem observância do procedimento legal; costuma ser equiparada ao esbulho e, por isso mesmo, pode ser obstada por meio de ação possessória. No entanto, se o proprietário não o impedir no momento oportuno, deixando que a

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 152

> Administração lhe dê uma destinação pública, não mais poderá reivindicar o imóvel, pois os bens expropriados, uma vez incorporados ao patrimônio público, não podem ser objeto de reivindicação (art. 35 do Decreto-lei nº 3.365 e art. 21 da Lei Complementar nº 76/93). Imagine-se hipótese em que o Poder Público construa uma praça, uma escola, um cemitério, um aeroporto, em área pertencente a particular; terminada a construção e afetado o bem ao uso comum do povo ou ao uso especial da Administração, a solução que cabe ao particular é pleitear indenização por perdas e danos. (*Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 177.)

No mesmo diapasão, posiciona-se a jurisprudência:

> Desapropriação indireta. Ação de reintegração de posse. Improcedência do pedido. Consumado o apossamento dos bens e integrados estes no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração de posse. (TJMG, Ap. Cív. nº 1.0000.00.181779-0/000, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, j. em 05.10.2000, *DJ* de 20.10.2000.)

Assim, embora, em tese, os proprietários façam jus ao ressarcimento do prejuízo causado pelo desapossamento administrativo, o fato é que a pretensão indenizatória deduzida nestes autos não tem como causa de pedir a desapropriação indireta perpetrada pelo Município, senão a conduta do ente público de invadir e de construir indevidamente no terreno de terceiros. É o que elucida a transcrição do seguinte excerto da inicial:

> Enfim, por indigência de legalidade que o ato exigia, que resultou eivado e inquinado de vícios o comportamento da Ré em construir e pavimentar rua em imóvel de propriedade dos Autores, causando sérios prejuízos, reclamando ser demolido, com indenização e reparação de dano, pelo nexo de causalidade entre o mesmo e a conduta municipal (f. 09, *sic*).

Como se vê, a indenização postulada nestes autos seria consectária do acolhimento do pedido demolitório formulado pelos demandantes na peça de ingresso. Por conseguinte, não se afigura cabível nesta demanda o deferimento da indenização por desapropriação indireta, sobretudo diante da ausência de prova pericial, cabendo aos autores deduzirem tal pretensão na via própria.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO e ELIAS CAMILO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Reclamação trabalhista - Despesas com advogado - Indenização por dano material - Impossibilidade - Dano moral - Não comprovação

Ementa: Ação de indenização. Ação reclamatória trabalhista julgada procedente. Indenização por danos materiais relativos a despesas com advogado. Impossibilidade. Danos morais. Não comprovação. Sentença mantida.

- O fato de o autor ter interposto ação trabalhista contra a ré, sendo julgada procedente, não viabiliza o recebimento de indenização por danos materiais dos honorários advocatícios contratuais, relativos à causa trabalhista.

- Não restando comprovado o dano sofrido pelo apelante, não há que se falar em concessão de indenização por dano moral.

- V.v.: - Não realizando o pagamento voluntário dos créditos trabalhistas do autor apelante, agiu ilicitamente a empregadora, ensejando a necessidade de proposição de ação trabalhista e a contratação de advogado para tanto, o que trouxe um prejuízo efetivo à primeira, tal como comprovado nos autos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.185434-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Leonardo Afonso Costa - Apelada: Telemig Celular S.A. - Relator: DES. ANTÔNIO DE PÁDUA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDA A REVISORA.

Belo Horizonte, 21 de maio de 2009. - *Antônio de Pádua* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Leonardo Afonso Costa, em autos de ação de indenização movida contra a Telemig Celular, perante a 16ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, inconformada com os termos da r. sentença de f. 73/79, que julgou improcedente o pedido inicial de indenização por danos morais e condenou-a ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais), suspensa a exigibilidade, já que o autor se encontra sob o pálio da justiça gratuita.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 153

Em suas razões recursais de f. 80/85, o apelante alega que a necessidade de contratação de advogado para patrocinar a causa se deu por culpa exclusiva da apelada, que descumpriu o contrato de trabalho assinado entre as partes.

Afirma que a contratação do advogado foi necessária, tendo em vista que não possuía conhecimentos técnicos suficientes para ajuizar uma ação sozinho, sendo certo que o art. 791 da CLT não o obriga a ajuizar e movimentar a demanda trabalhista por conta própria.

Defende a aplicação do art. 389 do CC, que prevê o pagamento de indenização por perdas e danos, mais juros e atualização monetária e honorários advocatícios por aquele que descumprir a obrigação pactuada.

Por fim, aduz estar claramente demonstrado o ato ilícito e o nexo causal, requerendo, assim, a reforma da sentença para que seja julgada procedente a ação de indenização.

Contrarrazões às f. 88/94, pela óbvia confirmação da sentença.

Ausente o preparo, parte que litiga sob o pálio da assistência judiciária.

Conheço da apelação, presentes suas condições de admissibilidade.

Extrai-se da análise dos autos que o autor ajuizou reclamatória trabalhista contra a empresa ré.

Requer o autor, em sua inicial, o ressarcimento do *quantum* gasto com advogado e com as custas e despesas desse processo.

Em sua sentença, o d. Magistrado de primeira instância julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento de que não há de se falar em necessidade de contratação de advogado, tendo em vista a possibilidade de concessão da justiça gratuita, especialmente em se tratando de Justiça do Trabalho.

Nesse mesmo sentido, julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, ao argumento de que o fato narrado não passou, na verdade, de um mero aborrecimento.

Inconformado, o autor ingressou com o presente recurso.

Cinge-se o mérito do recurso acerca da imputação de responsabilidade civil.

Entendo, *data venia*, que a sentença não está a merecer reforma.

Primeiramente, deve ser ressaltado que, para a concessão de indenização por dano moral, faz-se necessária a presença de três requisitos: dano, ilicitude do ato e nexo causal. Na falta de qualquer deles, inviável se torna o acolhimento do pleito indenizatório.

Assim, somente surge para a parte o direito ao recebimento de indenização por danos morais se restarem comprovados os três mencionados requisitos.

A procedência de ação trabalhista interposta pelo apelante contra a apelada não dá direito ao autor de receber os valores por ele pagos referentes a honorários advocatícios e, muito menos, indenização por dano moral, já que não restaram demonstrados os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, principalmente o dano que alega ter sofrido.

O apelante não fez prova de que a apelada tivesse deixado de pagar-lhe parcelas de acerto trabalhista propositadamente.

A falta de acerto de alguma parcela, porque o empregador entendeu não ser devida, é fato comum na relação trabalhista, para isso existindo a Justiça especializada para regular a relação empregatícia e impedir prejuízos para as partes. E deve ainda ser salientado que nem todas as reclamações trabalhistas são julgadas procedentes, nem todas as parcelas discutidas são reconhecidas como direito do reclamante.

O Poder Judiciário existe num sistema democrático exatamente para dirimir as controvérsias, não se podendo estender ao campo da responsabilidade civil a discussão judicial procedente ou improcedente, porque tanto tem direito o reclamante de discutir as parcelas que não lhe foram pagas, como pode não lhe ser reconhecido o direito; daí ser o embate judicial um meio de aclarar a controvérsia, sendo, *ipso facto*, ônus que suporta quem empreende uma demanda judicial.

Ainda no que diz respeito ao fato de o apelante ter contratado advogado particular, deve ser ressaltado que o contrato foi celebrado por sua espontânea vontade já que, caso não pudesse arcar com as verbas honorárias, deveria ter procurado a Defensoria Pública para defesa de seus interesses.

Dessa forma, não há que se falar em danos materiais.

Sobre o tema, leciona Yussef Said Cahali:

> Não são reembolsáveis a título de honorários de advogado as despesas que a parte enfrenta em razão do ajuste com o profissional a título de honorários, para o patrocínio de sua causa *in misura superiore a quella poi ritenuta congrua dal giudice*. (*Honorários advocatícios*. Editora Revista dos Tribunais, p. 393.)

Deve ser lembrado que a apelada apenas se defendeu de uma ação que foi interposta contra ela, não havendo que se falar em qualquer ato ilícito no presente caso.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> Ementa: Apelação cível. Ação reclamatória trabalhista julgada procedente. Indenização por danos materiais provenientes da despesa com advogado. Impossibilidade. Danos morais. Não comprovação. Indevida a indenização.
> I - O fato de a ação reclamatória trabalhista ter sido julgada procedente não viabiliza que o empregado receba a título de indenização por danos materiais os honorários advocatícios contratuais, relativos à causa trabalhista, visto que o acolhimento de tal pretensão inviabilizaria o direito postulatório.
> II - Não comprovado o dano, não há que se falar em danos

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 154

morais. (Desembargador Luciano Pinto, quando do julgamento da AC 479.084-1, TJMG.)

No caso em tela, não restou comprovada nos autos a prática de qualquer ato ilícito por parte da apelada, razão pela qual o pedido de indenização não deve ser julgado procedente.

Ainda quanto aos danos morais, para a concessão de sua indenização, faz-se necessária a existência da dor, vexame, sofrimento ou a humilhação que, exorbitando a normalidade, afetem profundamente o comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, desequilíbrio e angústia, o que não se verifica no caso presente.

Por essas razões, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, suspensa a exigibilidade.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Peço vênia ao em. Des. Relator, para ousar divergir de seu judicioso voto, pelo que passo a discorrer.

Trata-se de apelação interposta por Leonardo Afonso Costa, contra a r. sentença de f. 73/79, que julgou improcedente seu pedido de restituição, a título de danos materiais, dos valores pagos com a contratação de advogado com vista ao recebimento de créditos trabalhistas.

O autor apelou (f. 80/85), reiterando os pedidos iniciais, tendo o apelado apresentado contrarrazões (f. 88/94), pugnando pela manutenção da sentença primeva.

Entendo que a r. sentença *a quo* deveria ter deferido o pedido de condenação pelos danos materiais decorrentes da contratação de advogado para propor a ação trabalhista pelo apelante.

Ora, o ato ilícito ocorreu, tendo em vista que o apelado descumpriu obrigações trabalhistas durante a vigência da relação estabelecida com o apelante. Ensejou, assim, a necessidade de proposição de ação trabalhista e a contratação de advogado para tanto, o que trouxe um prejuízo efetivo de R$ 3.756,57 (três mil setecentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e sete centavos) - f. 26, 40 e 41.

Restou, pois, evidenciado o ato ilícito do apelado, portanto sua culpa, e o nexo de causalidade entre o seu ato - inadimplência de obrigações trabalhistas - e o dano material sofrido pela apelante.

Não tem acolhida o argumento do apelado de que não é obrigatória a presença de advogado na Justiça do Trabalho e que, por isso, seria de inteira responsabilidade do apelante a contratação de profissionais para defendê-lo.

Em verdade, era direito do apelante contratar profissional habilitado para defendê-lo, e o que ocasionara tal contratação fora a conduta ilícita do réu/apelado, independentemente da exigência ou não pela Justiça do Trabalho, visto que o advogado, como profissional competente, pode ajudar, e muito, a defesa do interessado.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso, para determinar a restituição da quantia de R$ 3.756,57 (três mil setecentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e sete centavos), devidamente corrigida pela tabela da Corregedoria desde o desembolso, com juros de mora de 1% desde a citação.

Custas processuais e honorários advocatícios, pela apelada, que fixo em 15% do valor da condenação.

Custas recursais, pela apelada.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDA A REVISORA.

...

Indenização - Aparelho celular - Defeito - Código de Defesa do Consumidor - Estabelecimento comercial - Fabricante - Responsabilidade solidária - Dever de indenizar - Devolução do valor pago - Dano moral - Configuração - Fixação do valor

Ementa: Ação de indenização. Defeito no aparelho celular. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade solidária do estabelecimento comercial e fabricante. Dever de indenizar. Devolução do valor pago. Danos morais. Configuração. Critério de fixação.

- No sistema do Código de Defesa do Consumidor, respondem pelo vício de inadequação do produto todos aqueles que ajudaram a colocá-lo no mercado, desde o fabricante, que elaborou o produto, até o estabelecimento comercial, que contratou com o consumidor, responsáveis solidários pela garantia de qualidade-adequação do bem. A empresa deve responder pelo dano moral causado ao consumidor, quando o produto adquirido apresenta defeito e restam infrutíferas todas as tentativas de solucioná-lo perante aquela.

- Na fixação do valor da reparação por dano moral, devem-se levar em consideração as circunstâncias do fato, a condição do lesante e do lesado, a fim de que a quantia reparatória, sem perder seu caráter pedagógico, não se constitua em lucro fácil para o lesado nem se traduza em quantia irrisória.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.07.228386-1/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Arthur Ludgren Tecidos S.A. - Casas Pernambucanas - Apelante adesiva: Selma Diana da Silva - Apelados: Arthur Ludgren Tecidos S.A. - Casas Pernambucanas, Selma Diana da Silva -

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 155

Litisconsorte: Pantech Brasil - 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 AOS RECURSOS PRINCIPAL E ADESIVO.

Belo Horizonte, 1º de abril de 2009. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Arthur Ludgren Tecidos S.A. - Casas Pernambucanas nos autos da "ação de indenização por dano material e moral" proposta por Selma Diana da Silva, que apela adesivamente, contra decisão que julgou parcialmente procedente o pedido inicial (f. 72/78).

Em suas razões, sustenta o apelante principal que realizou a efetiva entrega do aparelho celular após teste de funcionamento realizado no interior de seu estabelecimento comercial. Alega que a relação entre as partes se aperfeiçoou mediante a tradição do produto em perfeitas condições. Salienta que não pode ser responsabilizado pelo vício apresentado no produto, já que tomou todas as cautelas que lhe poderiam ser exigidas, não podendo dizer que agiu com negligência, nem que deu causa a qualquer dano. Afirma que inexiste prova cabal nos autos acerca da existência dos vícios alegados pela autora. Informa que os supostos defeitos apresentados no aparelho celular se deram em razão do mau uso pela autora. Sustenta, ademais, que a fabricante do aparelho é a única responsável por colocar no mercado produto que apresenta vício de qualidade. Alega que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 12, define a responsabilidade somente ao fabricante quanto aos danos causados aos consumidores por defeitos dos produtos, sendo o comerciante responsável por tais danos somente nas hipóteses do art. 13 do mesmo diploma legal. Salienta que a autora não demonstrou nos autos o dano moral efetivamente suportado por ela. Por fim, pugna pela exclusão de sua condenação da quantia fixada a título de danos morais e, eventualmente, pela redução deste valor (f. 80/97).

A apelante adesiva, por sua vez, pugna pela reforma parcial da r. sentença monocrática, requerendo a majoração do valor fixado a título de indenização por danos morais (f. 104/108).

Contrarrazões apresentadas às f. 100/103 e 110/117, pugnando pelo desprovimento do recurso principal e adesivo, respectivamente.

Conhece-se dos recursos por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Passa-se ao exame conjunto dos recursos, já que as matérias debatidas se entrelaçam.

Inicialmente, cumpre salientar que a relação jurídica descrita nos autos se submete às regras dos arts. 12 e 14 da Lei 8.078/90, pois as partes se enquadram nos conceitos de fabricante, consumidor e fornecedor, devendo, pois, a presente demanda ser analisada sob o enfoque da responsabilidade objetiva.

Mostra-se incontroverso nos autos que a autora adquiriu, junto à requerida Casas Pernambucanas, um aparelho celular marca Pandech.

Ocorre que o referido aparelho apresentou defeitos que o tornaram indevido para o uso a que se prestava, o que resultou em várias tentativas de solução do problema junto às requeridas e à empresa autorizada para o conserto, sem, contudo, lograr êxito (f. 14/17).

Registre-se, inclusive, que a autora e a fabricante do produto celebraram acordo junto ao Procon (f. 15/16), em que restou ajustada a devida restituição do valor pago pela autora, devidamente corrigido, não tendo a fabricante, contudo, cumprido com o prometido.

Assim, constatados os defeitos no aparelho adquirido pela consumidora, bem como sendo descumprido o acordo ajustado junto ao Procon, alternativa não restou à autora senão a de ajuizar a presente demanda, pleiteando a restituição do valor pago pelo aparelho, bem como indenização por danos morais.

A r. sentença monocrática julgou parcialmente procedente o pedido inicial reconhecendo a responsabilidade solidária do estabelecimento comercial que vendeu o produto e da empresa fabricante do celular, determinando a restituição do valor do aparelho adquirido, bem como o pagamento da indenização a título de danos morais, fixada no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais) (f. 72/78).

Irresignada, a empresa requerida Arthur Ludgren Tecidos S.A. - Casas Pernambucanas interpôs recurso de apelação, alegando, em síntese, que não pode ser responsabilizada pelo vício apresentado no aparelho celular, haja vista a regularidade de sua conduta. Sustentou, ainda, que a empresa fabricante do produto é única responsável por colocar no mercado produto que apresenta vício de qualidade.

Em que pese a inteligência das alegações das Casas Pernambucanas, entende-se que, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, respondem pelo defeito do produto todos aqueles que ajudaram a colocá-lo no mercado, desde o fabricante que elaborou o produto até o estabelecimento comercial que contratou com o consumidor, responsáveis solidários pela garantia de qualidade-adequação do bem.

Nesse sentido, são as observações de Cláudia Lima Marques, em *Comentários ao Código de Defesa do*

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 156

Consumidor - arts. 1º a 74 - Aspectos materiais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 288:

> No sistema do CDC, respondem pelo vício do produto todos aqueles que ajudaram a colocá-lo no mercado, desde o fabricante (que elaborou o produto e o rótulo), o distribuidor, ao comerciante (que contratou com o consumidor). A cada um deles é imputada a responsabilidade pela garantia de qualidade-adequação do produto. Parece-nos, em um primeiro estudo, uma solidariedade imperfeita, porque tem como fundamento a atividade de produção típica de cada um deles. É como se a cada um deles a lei impusesse um dever específico, respectivamente, de fabricação adequada, de distribuição somente de produtos adequados, de comercialização somente de produtos adequados e com as informações devidas. O CDC adota, assim, uma imputação, ou atribuição objetiva, pois todos são responsáveis solidários, responsáveis, porém, em última análise, por seu descumprimento do dever de qualidade, ao ajudar na introdução do bem viciado ao mercado. A legitimação passiva se amplia com a responsabilidade solidária e com um dever de qualidade que ultrapassa os limites do vínculo contratual consumidor/fornecedor direto.

Ainda:

> No sistema do CDC, a escolha de qual dos fornecedores solidários será sujeito passivo da reclamação do consumidor cabe a este último. Normalmente, o consumidor preferirá reclamar do comerciante mais próximo a ele, mais conhecido, parceiro contratual identificado, mas o fabricante, muitas vezes, será eventualmente demandado a sanar o vício.

Sendo assim, não há como se afastar a responsabilidade do estabelecimento comercial que colocou o produto à venda pelo vício apresentado no aparelho celular.

In casu, não tendo nenhuma das empresas requeridas apresentado prova contrária à alegação da autora de que o vício do produto não foi sanado, mesmo depois de as intervenções técnicas terem sido realizadas pela empresa autorizada para o conserto (f. 14), entende-se que o valor do celular, pago pela autora, deve ser restituído, uma vez que os danos apresentados inviabilizam a sua utilização.

O art. 18 do CDC deixa claro que cabe ao consumidor optar por ter a restituição do dinheiro pago pelo produto, ou ter a sua substituição por outro da mesma espécie, em caso de o vício não ser sanado no prazo máximo de trinta dias.

Portanto, conforme requerido na inicial, tem-se como devida a restituição do dinheiro que a autora efetivamente pagou pelo aparelho celular defeituoso, não merecendo reforma a r. sentença debatida.

Passa-se, doravante, ao exame das insurgências apresentadas referentes ao dano moral.

Resta cristalino, nos autos, que a autora buscou, por todos os meios que lhe cabiam, o atendimento eficaz por parte das empresas requeridas, não tendo obtido sucesso.

Ao que consta dos autos, nenhuma das empresas requeridas apresentou interesse em solucionar o problema; ao contrário, houve descaso tanto da parte da fabricante, que, tendo firmado acordo perante o Procon no sentido de restituir o valor pago pela autora, simplesmente não o cumpriu, quanto da parte do estabelecimento comercial que se quedou inerte, não tomando qualquer providência no sentido de proceder à troca do celular ou à restituição do valor pago, ou até mesmo providenciar o conserto do aparelho.

Mostra-se evidente, portanto, o dano suportado pela autora, que sofreu com a desídia e a negligência das empresas requeridas, quando buscou, de forma infrutífera, alcançar o seu intento, fazendo jus, portanto, à indenização por danos morais.

A propósito, é de se observar que a responsabilidade do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação.

Assim, verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação.

Relativamente ao *quantum* fixado, necessária se faz a ponderação de cada caso, porquanto se trata de questão subjetiva, na qual a reparação deve corresponder à lesão, e não ser equivalente a ela, sendo certo que, na fixação do valor da reparação por dano moral, deve-se levar em consideração as circunstâncias do fato, a condição do lesante e do lesado, a fim de que a quantia reparatória, sem perder seu caráter pedagógico, não se constitua em lucro fácil para o lesado nem se traduza em quantia irrisória.

Na espécie, sopesados os critérios sugeridos e levando-se em conta as consequências para a autora, tem-se que a importância de R$ 6.000,00 (seis mil reais), fixada em primeiro grau, pode propiciar-lhe satisfação compensadora pelos dissabores que passou, não merecendo reforma a r. sentença debatida.

Pelo exposto, nega-se provimento aos recursos principal e adesivo, mantendo-se a r. sentença vergastada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Cada parte arcará com as custas do seu respectivo recurso, suspensa a exigibilidade quanto à apelante adesiva, por estar amparada pelos benefícios da assistência judiciária (f. 19).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SALDANHA DA FONSECA e JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS PRINCIPAL E ADESIVO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 157

Obrigação de fazer - Plano de saúde - Negativa de cobertura - Ilicitude - Internação em caráter de urgência/emergência - Dano moral *in re ipsa* - Dever de indenizar - Valor da indenização - Assistência judiciária - Insuficiência de recursos

Ementa: Obrigação de fazer. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Ilicitude. Internação em caráter de urgência/emergência. Devida assistência judiciária. Necessidade de comprovação. Indenização por danos morais. Dano moral *in re ipsa*. Dever de indenizar. Valor da indenização. Manutenção

- Em se tratando de casos de urgência ou emergência que ensejem necessidade de internação, o prazo de carência para a autorização do plano de saúde é de apenas 24 horas, nos termos do art. 12,V, *c*, da Lei 9.656/98.

- A comprovação de insuficiência de recursos não pode ser entendida como ''simples afirmação'' preceituada pelo art. 4º da Lei 1.060/50, pelo que é indispensável que o requerente comprove a insuficiência de recursos.

- Presente o dano moral (*in re ipsa*) e vislumbrado o ato ilícito do qual decorreram os prejuízos morais, devida é a indenização pleiteada, a fim de compensar o dano suportado pela vítima e, ao mesmo tempo, coibir a repetição da conduta danosa pelo ofensor.

- O valor da indenização deve atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como impedir a prática de futuros ilícitos por parte do ofensor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.05.239304-2/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Fundação Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte - Santa Casa Saúde - Apeladas: Suely Ferreira de Souza e outra - Relator: DES. ELPÍDIO DONIZETTI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2009. - *Elpídio Donizetti* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - Trata-se de apelação interposta à sentença que, nos autos da ação ordinária de obrigação de fazer combinada com pedido de indenização por danos morais ajuizada por Suely Ferreira de Souza e outra em face de Santa Casa Saúde - Fundação Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial.

Na sentença (f. 141/146), o Juiz de primeiro grau asseverou que se trata de relação de consumo, o que implica nulidade de cláusulas abusivas eventualmente vislumbradas. Ainda, que restou comprovada a situação de emergência da segunda autora.

Nesse sentido, afirmou que a ressalva da alínea *h* da cláusula 11ª é nula, uma vez que determina carência para internação em caso de urgência e emergência.

Assim, ressaltou que, mesmo que fosse aplicada a carência de 24 horas a partir da contratação do plano de saúde, deveria a ré ter internado a autora e, após decorrido o prazo de doze horas, facultado aos responsáveis escolher entre manter a segurada internada em seu estabelecimento, com ônus exclusivo pela internação para os familiares, ou encaminhá-la para atendimento pelo SUS.

Quanto aos danos morais, entendeu que a negativa de cobertura pelo plano de saúde provocou nas autoras angústia, desespero e temor pela vida.

Dessa forma, ratificou a liminar que deferiu antecipação de tutela e condenou a ré a pagar a cada uma das autoras o valor de R$2.000,00 a título de indenização por danos morais. Em face do indeferimento do pedido da ré pela concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, condenou-a, também, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, esses arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Irresignada, a ré interpôs apelação (f. 150/162), aduzindo, em síntese, que:

a) a cláusula que prevê carência de 180 dias para internação é válida;

b) as disposições da Lei 9.656/98 devem ser respeitadas;

c) não possui condições de arcar com despesas processuais e honorários advocatícios sem comprometer o funcionamento do hospital, sendo tal alegação fato notório, dispensando produção de provas;

d) a condenação ao pagamento dos ônus de sucumbência deve ser decotada da sentença;

e) não restou comprovada a configuração de dano moral que enseje a condenação ao pagamento das indenizações.

Arremata requerendo seja dado provimento à apelação a fim de que os pedidos das autoras sejam julgados improcedentes ou, alternativamente, sejam julgados procedentes os pedidos contidos na reconvenção e reduzidos os valores das indenizações por danos morais.

As autoras, por sua vez, apresentaram contrarrazões (f. 164/174), pugnando pela manutenção da sentença, segundo seus próprios fundamentos.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 158

Em face do tratamento jurídico dispensado às fundações, o Ministério Público interveio (f. 175/180; 188/192), opinando seja a apelação conhecida e julgada improcedente.

1. Da carência contratual.

Na sentença, o Juiz de primeiro grau asseverou que, em se tratando de urgência ou emergência, o prazo de carência contratual é de 24 horas, a contar da celebração.

Irresignada, a apelante aduz que a cláusula que prevê carência de 180 dias para internação é válida, uma vez que as disposições da Lei 9.656/98 devem ser respeitadas.

Inicialmente, cumpre destacar que os planos de seguros privados de assistência à saúde são disciplinados pela Lei 9.656, de 3 de junho de 1998.

O contrato de seguro entre apelante e apeladas foi celebrado em 16.09.05 (f. 28) e, nos termos do arts. 1°, 35 e 36, a ele aplica-se a referida lei.

> Art. 1° Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas [...]
> Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1° de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.
> Art. 36. Esta Lei entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.

O art. 12 estabelece critérios mínimos a serem respeitados quando da elaboração do contrato de prestação de serviços. A Medida Provisória 2.177-44, de 2001, acrescentou a alínea c ao inciso V desse artigo, a qual determina que, para a cobertura de casos de urgência e emergência, deve-se respeitar o prazo máximo de vinte e quatro horas de carência.

> V - quando fixar períodos de carência:
> a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;
> b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;
> c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência.

Nesse sentido, o art. 35-C dispõe:

> Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:
> I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizada em declaração do médico assistente; e
> II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.
> Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35.

A Agência Nacional de Saúde regulamentou tal norma, determinando que casos de emergência e urgência sejam atendidos conforme tratamento dispensado aos cobertos pelo plano ambulatorial.

Resolução Normativa - RN n° 167, de 9 de janeiro de 2008:

> Art. 1° Esta Resolução atualiza o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1° de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme a Lei n° 9.656, de 3 de junho de 1998, passando a se constituir em um rol de ações em saúde, na forma dos Anexos I e II desta Resolução Normativa.
> [...]
> Do Plano Ambulatorial
> Art. 14. O Plano Ambulatorial compreende os atendimentos realizados em consultório ou em ambulatório, definidos e listados no rol de procedimentos e eventos em saúde, não incluindo internação hospitalar ou procedimentos para fins de diagnóstico ou terapia que, embora prescindam de internação, demandem o apoio de estrutura hospitalar por período superior a 12 (doze) horas, ou serviços como unidade de terapia intensiva e unidades similares, observadas as seguintes exigências:
> [...]
> VI - cobertura de atendimentos caracterizados como de urgência e emergência conforme Resolução específica vigente sobre o tema;
> [...].

Nesse sentido:

> Ementa: Plano de saúde. *Golden Cross*. Ação cautelar inominada e ação declaratória. Internação para cirurgia e tratamento quimioterápico. Prazo de carência. - Apesar do prazo de carência de 180 dias, previsto nas condições gerais do plano de saúde, o qual não havia decorrido, tratando-se de caso de emergência, como atestado pelo médico assistente do autor, esse prazo de carência é contratualmente reduzido para 24 horas, já ultrapassado. Aplicação dos arts. 12, V, c, e 35-C, I, da Lei n° 9.656/98. Apelação desprovida. (Apelação Cível n° 70023613300, 5ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Leo Lima, j. em 30.07.08.)

No caso dos autos, resta comprovado que o atendimento deveria ter sido realizado, porquanto o caso da apelada era de urgência, conforme solicitação de procedimentos de f. 29, na qual pode-se ler " internação urgente" no campo " descrição de procedimentos solicitados".

Dessarte, deve-se rejeitar o pedido de aplicação do prazo de carência de 180 dias, mantendo-se a sentença de primeiro grau quanto a esse ponto.

2. Do dano moral.

Na sentença, o Juiz de primeiro grau fixou o valor da indenização por danos morais em R$ 2.000,00, para cada autora, ao fundamento de que

> a segunda autora, como se não bastasse a grave enfermidade sofrida, ainda teve de enfrentar o sofrimento da nega-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 159

> tiva de cobertura pelo seu Plano de Saúde, gerando-lhe angústia, desespero, temor pela vida. E, certamente, a primeira autora, titular do plano, acompanhando a paciente, sua própria mãe, passou também por esses sofrimentos (f. 145).

Irresignada, a apelante alega que não restou comprovada a configuração de dano moral que enseje a condenação ao pagamento das indenizações, devendo-se reformar a sentença. Alternativamente, pugna pela redução do valor da condenação.

Inicialmente, cumpre ressaltar que os pressupostos do dever de indenizar são: ato ilícito, dano, culpa do agente, conduta (ação ou omissão) e nexo de causalidade entre o dano suportado pela vítima e a conduta.

No caso sob julgamento, verifica-se que, na madrugada do dia 16 de setembro de 2005, a primeira apelada procurou atendimento para sua mãe (segunda apelada), que sentia fortes dores no peito, nas dependências do Hospital Santa Rita. Aguardaram pela autorização do Plano de Saúde para que a internação fosse realizada. Tal autorização foi negada, ao argumento de que o prazo de carência não havia transcorrido.

Argumenta a apelante adesiva que tais fatos geraram danos morais, que merecem reparo, uma vez que, por se tratar de urgência, o prazo de carência para internações é de apenas 24 horas, nos termos do art. 12, V, *c*, da Lei 9.656/98.

A apelante alega que o prazo de carência para internações é de 180 dias, conforme contrato celebrado entre as partes.

Cumpre destacar que, conforme restou demonstrado, o atendimento deveria ter sido realizado, porquanto o caso da apelada era de urgência, conforme solicitação de procedimentos de f. 29, na qual pode-se ler "internação urgente" no campo "descrição de procedimentos solicitados", e que o prazo de carência para internações, em se tratando de urgência ou emergências, é de apenas 24 horas, nos termos do art. 12, V, *c*, da Lei 9.656/98.

Desse modo, a negação de autorização para a internação da segunda apelada é ilegítima e constitui ato ilícito.

Caracterizada a conduta ilícita praticada pela apelante, cumpre verificar se os demais pressupostos do dever de indenizar estão presentes, quais sejam: o dano e o nexo de causalidade entre o dano suportado pela vítima e a conduta ilícita da apelante principal.

Asseveram as apeladas que, na condição de paciente e filha, a atitude leviana da apelante causou transtornos indescritíveis, na medida em que deixou indevidamente a segunda apelada sem internação hospitalar.

Dúvida não há de que a privação injustificada do exercício de direito gera transtorno de ordem moral que deve ser reparado.

O fato é que a primeira apelada, ao ver o sofrimento de sua mãe e a negativa indevida da autorização para internação, passou por inevitável sofrimento e angústia. Vale salientar que o simples fato de a apelante impedir a internação da mãe da apelada, por si só, gera dano moral.

Além disso, conforme atual jurisprudência do STJ, o dano moral decorre da própria situação vexatória (*in re ipsa*), pelo que, tendo a apelante se recusado a autorizar a internação da paciente sem motivo plausível para tanto, não há dúvida de que é cabível indenização pelo sofrimento e pela angústia causados.

Nesse sentido, vale colacionar a seguinte ementa:

> Civil. Indenização. Danos morais. Plano de saúde. Cirurgia. Autorização. Ausência. *Quantum*. Alteração. Razoabilidade.
> 1 - Não há falar em incidência do art. 1.061 do Código Civil e muito menos na sua violação se, como no caso presente, os danos morais não decorrem de simples inadimplemento contratual, mas da própria situação vexatória (*in re ipsa*), criada pela conduta da empresa ré, marcada pelo descaso e pelo desprezo de, no momento em que a segurada mais precisava, omitir-se em providenciar o competente médico de seus quadros e autorizar a necessária cirurgia, preferindo, contudo, ao invés disso, deixar a doente por mais de seis horas, sofrendo dores insuportáveis em uma emergência de hospital e, ao final de tudo, ainda dizer que a liberação do procedimento médico poderia demorar até 72 (setenta e duas) horas.
> 2 - Considerando as peculiaridades do caso e os julgados desta Corte em hipóteses semelhantes, a estipulação do *quantum* indenizatório em aproximadamente R$23.000,00 não é desarrazoada, não merecendo, por isso mesmo, alteração em sede especial.
> 3 - Recurso especial não conhecido, inclusive porque incidente a Súmula 83/STJ. (REsp 357404/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. em 04.10.05, *DJ* de 24.10.05, p. 327.)

Assim, presente o dano moral e vislumbrado o nexo causal entre a conduta omissiva e o prejuízo, resta caracterizado o dever de indenizar, motivo pelo qual se deve, nesse ponto, negar provimento à apelação principal.

3 - Do valor da indenização.

Na sentença, o Juiz de primeiro grau fixou o valor da indenização pelos danos morais no valor de R$2.000,00 (dois mil reais) para cada uma das apeladas.

Alega a apelante que o valor da condenação é excessivo, razão pela qual deve ser razoavelmente reduzido.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a fixação do valor da indenização por danos morais pauta-se pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Com base em tais princípios, buscar-se-á a determinação de um valor adequado a, de um lado, compensar a violação do direito do ofendido e, de outro, desestimular o ofensor a, no futuro, praticar atos semelhantes. Além disso, deve-se ter em mente que a in-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 160

denização deve levar em conta a capacidade econômica das partes.

No caso dos autos, vislumbra-se, de um lado, que o ofensor é de instituição filantrópica que não passa por dificuldades financeiras, como ela mesma afirma em seu sítio na internet: http://www.santacasabh.org.br/balanco2007.

Nesse sentido, considerando-se que a indenização por danos morais deve ser fixada levando em consideração, sobretudo, a extensão do dano e a finalidade de compensar o ofendido pelo constrangimento sofrido, reputa-se adequado o *quantum* arbitrado em primeiro grau.

Assim, por esses fundamentos, e, em respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, entendo que deve ser mantida a indenização fixada no primeiro grau, por se tratar de importância suficiente para compensar os danos morais sofridos pelo apelante adesivo e desestimular a apelante principal a, no futuro, praticar atos semelhantes.

Dessarte, impende negar provimento à apelação quanto a esse ponto.

4 - Da justiça gratuita.

Na sentença, o Juiz de primeiro indeferiu o pedido da ré, ora apelante, de gratuidade de justiça, ao fundamento de que

> irrelevante que se trate de fundação, de uma entidade filantrópica, posto que não se trata de fundação pública, embora tenha sido declarada como entidade de 'utilidade pública' seja no âmbito estadual, seja no federal.

Irresignada, a apelante aduz que não possui condições de arcar com despesas processuais e honorários advocatícios sem comprometer o funcionamento do hospital, sendo tal alegação fato notório, dispensando produção de provas.

Dessa forma, pugna pelo decote da condenação ao pagamento dos ônus de sucumbência.

De início, cumpre esclarecer que a taxa judiciária, bem como as próprias custas, inserem-se no gênero tributo, na modalidade taxa, que é paga pela utilização de um serviço público específico e individual posto à disposição dos jurisdicionados.

No caso da atividade jurisdicional, em nome do acesso à Justiça, a lei instituiu uma hipótese de isenção aos que necessitavam recorrer ao monopólio do Estado, mas não tinham condições de arcar com as despesas processuais. É o que impõe o art. 5º, LXXIV, da CF/88:

"o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;"

Assim, em sendo o jurisdicionado carente de recursos financeiros para suportar os custos de um processo, a norma processual-tributária não só estabelece a isenção das custas processuais, em um sentido lato, como prescreve a suspensão da exigibilidade do crédito referente aos valores adiantados pela parte vencedora, bem como os honorários do advogado desta, caso vencido o beneficiário da justiça gratuita.

Vê-se do instituto que, a par de ampliar o acesso à Justiça, o que é louvável, a hipótese de isenção instituída pela CF/88 e regulamentada pela Lei 1.060/50, na parte não derrogada pelo texto constitucional, implica não só renúncia a recursos destinados à manutenção da máquina judiciária, mas gravame a legítimo direito do advogado da parte vencedora.

Em face de tais contornos, redobrada deve ser a prudência dos juízes ao deferir os benefícios da assistência judiciária. Como a lei não estabelece parâmetros para definir a necessidade do benefício, adoto o entendimento segundo o qual o art. 4º da Lei 1.060/50 foi derrogado pela Constituição Federal.

A comprovação de insuficiência de recursos não pode ser entendida como "simples afirmação" preceituada pelo art. 4º da Lei 1.060/50. Dessarte, indispensável é que o requerente comprove a insuficiência de recursos. Por outro lado, pode o juiz, à vista do requerimento de assistência judiciária, instruído com provas de insuficiência de recursos, deferir 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, devendo-se levar em consideração as particularidades do caso concreto.

No caso sob julgamento, verifica-se que a apelante constitui instituição filantrópica cuja atual situação financeira é saudável, conforme ela mesma veicula em seu sítio na internet, domínio http://www.santacasabh.org.br/balanco2007.

No referido sítio, pode-se ler:

> O Santa Casa Saúde obteve faturamento superior a R$ 121 milhões e é o plano que mais opções oferece aos seus usuários. Em 2007, comercializamos 11 modalidades de plano e, para 2008, continuaremos investindo em produtos customizáveis, adequados às características das mais diversas organizações e segmentos sociais.
> Para dar suporte a essa gama de opções em cuidados com a saúde, o Santa Casa Saúde investe na consolidação da sua rede assistencial. Concluímos parte da reforma na Clínica São Lucas, oferecendo aos nossos usuários atendimento de elevado padrão de qualidade; credenciamos unidades do Santa Casa Saúde em Itaúna, Vespasiano e Lagoa Santa ; concluímos as obras do novo CTI do Hospital São Lucas; iniciamos as obras de construção da Unidade de Cuidados Intermediários (UCI) no Hospital São Lucas , com 8 leitos, possibilitando aos nossos beneficiários mais um tipo de serviço especializado; e estamos criando uma Unidade de Urgência Coronariana , com funcionamento 24 horas e plantão de Hemodinâmica na Santa Casa de Belo Horizonte.
> Por tudo isso e pela melhoria das nossas condições de competitividade, afirmamos que as perspectivas para 2008 são positivas. O Plano deverá ultrapassar a marca de 100 mil

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 161

vidas em sua carteira, transformando-se em uma prestadora de serviços de saúde de grande porte, passando a fazer parte das 29 maiores operadoras de medicina de grupo e filantrópicas do País.

Assim, afigura-se que a apelante, a toda evidência, tem condições de arcar com as despesas processuais, sem prejuízo da prestação de serviços médico-hospitalares às pessoas carentes.

Dessarte, impende negar provimento à apelação também quanto a esse ponto e, por via de consequência, restam prejudicados pedidos contidos na reconvenção.

5. Conclusão

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo, por via de consequência, a sentença de primeiro grau.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FÁBIO MAIA VIANI e ARNALDO MACIEL.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Registro de imóveis - Imóvel rural - Estatuto da Terra - Averbação - Reserva legal - Norma cogente

Ementa: Registro de imóvel. Imóvel rural. Estatuto da Terra. Averbação. Reserva legal. Legalidade. Norma cogente.

- O registro de imóvel rural em condomínio não encontra óbice no Estatuto da Terra.

- A averbação da área da reserva legal à margem da matrícula do imóvel no registro de imóveis é norma cogente, que, embora restrinja o direito de propriedade, tem por objetivo, não só dar proteção a determinadas percentagens de áreas existentes em florestas ou qualquer outra forma de vegetação existente, como também naquelas que já se encontram desprovidas de vegetação, possibilitando, contudo, restaurá-las, recuperá-las ou, até mesmo, implantá-las, consagrando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações, conforme estabelecido no art. 225 da Carta Magna.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.07.263725-5/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Cláudia Muzzi Brunhara e outros - Autoridade coatora: Oficial do Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Sete Lagoas - Relator: DES. MANUEL SARAMAGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONHECER DO REEXAME NECESSÁRIO, DE OFÍCIO, REJEITAR PRELIMINAR E REFORMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 21 de maio de 2009. - *Manuel Saramago* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MANUEL SARAMAGO - Do reexame necessário.

Muito embora o Julgador da causa não tenha submetido a sentença ao duplo grau obrigatório de jurisdição, dele conheço, uma vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade, nos termos do art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51.

Preliminares.

Primeira preliminar.

Muito embora não tenha sido apreciada e decidida na instância primeira, não merece conhecimento a preliminar arguida pelo representante do *Parquet* de inadequação da via eleita pelos apelados.

Ora, a ausência de direito líquido e certo dos apelados, por certo, constitui fundamento para o indeferimento da segurança suplicada na inicial.

Não conheço, pois, a preliminar.

Segunda preliminar.

Correta a sentença ao rejeitar a preliminar de falta de interesse processual dos apelados.

Ora, o esgotamento da instância administrativa, por óbvio, não constitui óbice para a impetração do presente *mandamus*, sob pena de flagrante violação ao preceito emergente do art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

Mérito.

No Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas, os apelados impetraram mandado de segurança contra ato de autoria da Oficiala do 2º Ofício do Registro de Imóveis, autoridade apontada como coatora, que, no uso de suas atribuições, recusou-se a proceder ao registro da escritura de compra e venda de f. 17-TJ.

A segurança foi deferida, conforme se vê da sentença de f. 66/69-TJ.

O ato apontado como coator encontra-se consubstanciado à f. 18-TJ, prenotação realizada pela autoridade coatora, recusando o registro do título translativo.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 162

A questão posta para julgamento cinge-se a aferir o seguinte: padece de legalidade a recusa da autoridade coatora em promover o registro da escritura de compra e venda de f. 18-TJ?

A escritura pública de f. 17/18-TJ está a demonstrar que os apelados adquiriram o imóvel rural constituído por "uma chácara de número 32 (trinta e dois), medindo 21.400,00 m^2, situada no Município de Funilândia/MG".

In casu, os condôminos apelados não demonstraram pretensão de desmembrar a área, tanto é que não especificaram a fração ideal de cada um.

Some-se, ainda, que, na escritura de f. 17/18-TJ, os recorridos afirmaram, *verbis*:

> Condição. Os compradores declaram conhecer o Estatuto da Terra (art. 65), razão pela qual se comprometem por este instrumento a não dividir e fracionar o imóvel, objeto desta escritura, devendo esta condição constar no respectivo registro de imóveis competente.

Com efeito, além de inexistir limitação legal do número de adquirentes de um imóvel, a existência de condomínio em imóvel rural não encontra óbice no Estatuto da Terra, já que aos condôminos será assegurada uma quota ou fração ideal da coisa, e não uma parcela material dela com a imposição de desmembramento em relação ao todo.

Como bem asseverado na sentença, "ao receber a escritura, cabe ao Registrador, tão-somente, verificar a parte formal do documento, não podendo conjecturar as intenções futuras, na utilização da propriedade".

Ora, em que pese a função institucional outorgada ao Ministério Público, a teor do art. 129 da Carta Magna, a atividade administrativa de orientar a prestação dos serviços notariais compete à Corregedoria-Geral de Justiça, conforme disposto no art. 23 da LC 59/01, que, no uso de tal mister, baixou a Instrução nº 213, vazada nos seguintes termos:

> Não podem os titulares dos Cartórios Imobiliários proceder a registro de frações ideais de terreno com localização, numeração e metragem certas, ou de qualquer outra forma de instituição de condomínio que caracterize Loteamento ou Desmembramento do Solo Urbano de modo oblíquo e irregular, desatendendo aos princípios da Lei 6.766/79, notadamente a prévia aprovação do projeto respectivo pelo Poder Público Municipal, respondendo o infrator pelas penalidades cabíveis.

Força concluir, pois, que, na espécie, o registro da escritura de f. 17/18-TJ não encontra óbice no art. 65 do Estatuto da Terra.

Por outro lado, a reserva legal é o instituto, estabelecido no Código Florestal - Lei 4.771/65 - através do qual certo percentual de área de domínio privado é destacado da propriedade, retirando do seu titular a disponibilidade da exploração, bem como cominando-lhe a obrigação de averbá-la à margem da matrícula do registro de imóveis competente. É o que se extrai do preceito emergente do art. 16 do referido diploma legal, *verbis*:

> Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:
> [...]
> III - vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País;
> IV - vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.
> [...]
> § 8º A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.
> § 9º A averbação da reserva legal da pequena propriedade ou posse rural familiar é gratuita, devendo o Poder Público prestar apoio técnico e jurídico, quando necessário.

Realmente, num primeiro momento, refletindo sobre a matéria em julgamento, cogitei que só poderiam ser objeto da reserva legal áreas em que, de fato, existem florestas ou vegetação nativa a ser preservada, prestigiando, pois, a utilidade da medida, já que só se pode preservar aquilo que tem existência, até mesmo porque, a princípio, caracterizada violação ao direito à propriedade.

Após acurado exame da matéria, constatei que o meu entendimento era imediatista e desprovido de uma análise sistemática dos princípios e garantias estabelecidos na CF/88, redobrada vênia àqueles que têm entendimento diverso.

Com efeito, a averbação da área da reserva legal à margem da matrícula do imóvel no registro de imóveis é norma cogente, que, realmente, restringe o direito da propriedade e tem como objetivo não só dar proteção a determinadas percentagens de áreas existentes em florestas ou qualquer outra forma de vegetação existente, como também naquelas que já se encontram desprovidas de vegetação, possibilitando, contudo, restaurá-las, recuperá-las ou, até mesmo, implantá-las, consagrando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações, conforme estabelecido no art. 225 da Carta Magna.

Referentemente, eis excerto do voto proferido pelo Min. João Otávio de Noronha, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.301/MG, *DJ* de 31.05.07, p. 410, *verbis*:

> Essa legislação, ao determinar a separação de parte das propriedades rurais para constituição da reserva florestal

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 163

> legal, resultou de uma feliz e necessária consciência ecológica que vem tomando corpo na sociedade em razão dos efeitos dos desastres naturais ocorridos ao longo do tempo, resultado da degradação do meio ambiente efetuada sem limites pelo homem. Tais consequências nefastas, paulatinamente, levam à conscientização de que os recursos naturais devem ser utilizados com equilíbrio e preservados em intenção da boa qualidade de vida das gerações vindouras. O que se tem presente é o interesse público prevalecendo sobre o privado, interesse coletivo este que inclusive afeta o proprietário da terra reservada, no sentido de que também será beneficiado com um meio ambiente estável e equilibrado. Assim, a reserva legal compõe parte de terras de domínio privado e constitui verdadeira restrição do direito de propriedade Observa-se, inclusive, que o legislador responsabilizou o proprietário das terras quanto à recomposição da reserva, que deverá ser feita ao longo dos anos, na forma estabelecida no art. 99 da Lei nº 8.171/99. Trata-se, portanto, indubitavelmente, de legislação impositiva de restrição ao uso da propriedade particular, considerando que, assim não fosse, jamais as reservas legais, no domínio privado, seriam recompostas, o que abalaria o objetivo da legislação de assegurar a preservação e equilíbrio ambientais.
> [...]
> O meio ambiente ecologicamente equilibrado foi elevado à categoria de dogma constitucional como um direito de todos (art. 225 da CF), visando às presentes e futuras gerações. Todavia, ainda há uma parcela considerável de pessoas que resistem ao pensamento coletivo, mirando-se apenas em seus interesses imediatos. Nesse sentido, desobrigar os proprietários da averbação é o mesmo que esvaziar a lei de seu conteúdo. 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. Nesse sentido, ressalto que a mencionada restrição completará 40 anos em setembro próximo, tempo suficiente à incorporação cultural, não se justificando que, atualmente, haja proprietários resistentes à mencionada reserva.

Outro não é o magistério de José Afonso da Silva, in *Direito ambiental constitucional*, 4. ed., Ed. Malheiros, p. 182:

> Reserva legal: por reserva legal entende-se a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade (art. l°, § 2°, III). Quer dizer que as áreas de preservação permanente não entram no cômputo do percentual de reserva legal discriminado nos incisos do art. 16. A reserva legal que incide apenas sobre floresta de domínio privado, é um espaço territorial especialmente protegido, nos termos do art. 225, § l°, III, da Constituição Federal, que não se confunde com unidades de conservação. Trata-se apenas de reserva florestal, não de reserva de fauna, que é também um espaço (uma área) especialmente protegido não por si, mas em função das populações animais que nela existem, e é de domínio público, que tem seu regime jurídico estabelecido no art. 19 da Lei 9.985, de 2000, Unira), ao contrário da reserva florestal legal, que é protegida por si e é de domínio privado. A reserva legal de florestas não é servidão, mas simples restrição ao direito de propriedade, pelo que não é indenizável.

Brilhante, ainda, a doutrina de Nicolau Dino de Castro e Costa Neto, in *Proteção jurídica do meio ambiente*, Ed. Del Rey, p. 216, *in verbis:*

> Trata-se, como dito, de uma limitação administrativa de caráter compulsório em relação a todas as florestas de domínio privado existentes nas regiões apontadas pelo Código Florestal.

Com efeito, *in casu*, o registro da escritura deverá ser precedido da apresentação de Termo de Responsabilidade de Preservação da Floresta, porquanto legítima a averbação da reserva legal.

Isso posto, no reexame necessário, hei por reformar a sentença para denegar a segurança suplicada na inicial. Julgo prejudicada a apelação.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Cláudia Muzzi Brunhara e outros contra ato supostamente ilegal cometido pela Oficiala de Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Sete Lagoas, com o qual almejam os impetrantes o registro de imóvel rural de sua propriedade independentemente da existência de condomínio e da exigência de averbação da reserva legal prevista no art. 16, § 8º, do Código Florestal.

Comungo da opinião do douto Relator no que tange não só às preliminares de inadequação da via eleita e falta de interesse processual, que também estou a rejeitar, mas também em relação à viabilidade do registro da escritura de compra e venda independentemente de formarem os adquirentes um condomínio.

Com efeito, o que o Estatuto da Terra veda é a divisão do bem em área menor que o módulo rural, o que não ocorre apenas em face da mera existência de condomínio, pois este presume, ao revés, que os co-proprietários exerçam propriedade e posse sobre todo o bem de maneira indivisível, não havendo estipulação de frações ideais.

Não obstante, não vejo como dispensar, por via do presente mandado, a averbação de reserva legal no caso em comento, fazendo-o, porém, por fundamentos diversos daqueles invocados pelo Relator.

Como é sabido, a definição de "reserva legal" encontra-se insculpida no art. 1º, § 2º, III, da Lei 4.771/1965, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001, cujo teor passo a transcrever:

> Reserva legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 164

Já a averbação dessas áreas encontra-se disciplinada no art. 16 do Código Florestal, que contém a seguinte dicção:

> Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:
> [...]
> III - vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País;
> IV - vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.
> [...]
> § 8º A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

Como é cediço, tal dispositivo legal despertou acirradas controvérsias em nossos tribunais, levando a jurisprudência a cindir-se em duas correntes antagônicas: a primeira defendendo que a reserva legal prevista no art. 16 do Código Florestal deveria ser observada em toda e qualquer propriedade rural; e a segunda, ao revés, sustentando que somente as áreas rurais que albergassem áreas de florestas, formas de vegetação nativa e campos gerais é que deveriam observar a imposição contida no art. 16, § 8º, da Lei 4.771/1965.

Enfrentando a aludida celeuma, a Corte Superior deste Tribunal decidiu, por maioria de votos, e com arrimo no entendimento externado pelo Des. Antônio Hélio Silva, que

> a reserva legal não deve atingir toda e qualquer propriedade rural, mas apenas aquelas que contêm área de florestas, característica essencialmente técnica a ser apurada pelos órgãos competentes previstos em lei (TJMG - Corte Superior - MS nº 1.0000.00.279477-4/000, Rel. Des. Orlando Carvalho, *DJ* de 12.08.03).

Por óbvio, só há falar em averbação de reserva legal quando a propriedade rural albergar florestas, formas de vegetação nativa ou campos gerais. Ora, se o *caput* do art. 16 do Código Florestal permite a supressão de florestas desde que observada a reserva legal, é certo que, no caso de propriedades rurais desprovidas de matas nativas, a averbação a que alude o § 8º do art. 16 não possui razão de ser, porquanto inócua, já que o escopo da norma não foi outro que não preservar o meio ambiente.

Ressalte-se, inclusive, que o Aviso 030/GACOR/2003 da CJMG suspendeu os antigos Provimentos 050/200 e 092/2003, que tratavam da reserva legal, tendo em vista o resultado do julgamento proferido pela Corte Superior no Mandado de Segurança 1.0000.00.279477-4/000, o que vem a reforçar ainda mais a tese de que a averbação de reserva legal só deve ser exigida quando existentes áreas de florestas e matas nativas na propriedade rural a ser explorada pelo particular.

Aliás, este foi o posicionamento por mim assumido quando do julgamento da Apelação Cível nº 1.0647.05.055893-9/001, no qual atuei como Revisor.

Todavia, e em que pesem as explanações acima alinhavadas, não pude vislumbrar, de plano, a prova do direito líquido e certo dos impetrantes, já que não há qualquer documento que demonstre que sua propriedade não possui florestas ou matas nativas.

Ora, não podemos nos deslembrar de que, em sede de mandado de segurança, a prova do direito líquido e certo deve ser pré-constituída e trazida juntamente com a peça pórtica, uma vez que não há previsão de instrução probatória no *iter* procedimental do *mandamus*.

A propósito, vale conferir a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

> Constitui objeto da tutela de ambas as espécies de mandado de segurança o direito líquido e certo. Trata-se de noção bastante controvertida, havendo alguns autores que entendem que o fato sobre que se funda o direito é que pode ser líquido e certo, e não o direito em si, este sempre líquido e certo quando existente. Domina, porém, o entendimento de que o direito líquido e certo é aquele que pode ser comprovado de plano, ou seja, aquela situação que permite ao autor da ação exibir desde logo os elementos de prova que conduzam à certeza e à liquidez dos fatos que amparam o direito. Se o impetrante não tem esses elementos logo no início do mandado de segurança, não pode se valer desse instrumento, mas sim das ações comuns. Não obstante, a controvérsia sobre matéria de direito não constitui óbice à concessão da segurança.

Nesse diapasão, tenho que a inexistência de área de florestas no imóvel cujo registro se pretende deveria ter sido comprovada por prova documental, o que indubitavelmente não ocorreu no caso concreto.

Em caso similar ao presente, já se posicionou esta 3ª Câmara Cível, quando do Mandado de Segurança nº 1.0000.03.403441-3/000, cuja relatoria incumbiu ao ilustre Des. Schalcher Ventura:

> Reserva legal - Averbação obrigatória relativamente às áreas onde haja floresta, campos gerais ou outra forma de vegetação nativa, nos termos do art. 16 da Lei 4.771/65, que instituiu o Código Florestal - Ausência de prova pré-constituída de que os imóveis rurais não possuem as características que tornem obrigatória a reserva ambiental - Segurança concedida em parte, para desobrigar a averbação da reserva legal em relação às áreas onde comprovadamente não haja florestas, campos ou outra forma de vegetação, cuja preservação é imposta por lei.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 165

Do voto do eminente Relator daquele processo extrai-se o seguinte trecho:

> A prova no mandado de segurança é pré-constituída e deve ser oferecida juntamente com a inicial, e esta, conforme se infere de todo o processado, não veio aos autos para comprovar que os imóveis de todos os associados-substituídos não possuem tais áreas de preservação obrigatória. Não basta a simples afirmação de que as áreas não existem, sendo indispensável que haja prova efetiva do alegado, não desconhecendo o impetrante os meios capazes de comprovar tal realidade fática se a eles faz referência na peça inicial. Argumenta, inclusive, sobre a necessidade de avaliações e laudos técnicos da autoridade ambiental e que 'as exigências para efetivação da identificação e aprovação da reserva legal nos órgãos ambientais, como é cediço, constituem um procedimento complexo, difícil e oneroso, porque revestido de muita burocracia', reclamando da difícil disponibilidade de técnicos para demarcar as áreas apropriadas, de funcionários do órgão florestal e ambiental para vistoriar e aprovar a documentação exigida.
> Para que a pretensão do impetrante fosse atendida, seria necessária a comprovação de que, nos imóveis objeto do registro, não existe área de florestas, o que não restou demonstrado nos autos e nem poderia ser, ante a inexistência da fase probatória na via eleita.

Na mesma esteira:

> Mandado de segurança - Registro público - Área rural - Exigência de averbação de reserva florestal - Prova da inexistência de florestas, vegetação nativa ou área de preservação permanente no local - Ausência - Inadmissibilidade de dilação probatória - Violação a direito líquido e certo que deve ser comprovada de plano - Denegação da segurança (TJMG - Mandado de Segurança nº 1.0000.04.412846-0/000, Rel. Des. Nilson Reis, *DJ* de 20.05.05).

Dessarte, inexistindo prova do direito líquido e certo dos impetrantes, qual seja, de que a sua propriedade rural não possui área de florestas, vegetação nativa e campos gerais, a denegação da segurança é medida que se impõe.

Com tais razões, de ofício, conheço do reexame necessário para reformar integralmente a sentença, denegando a segurança rogada. Julgo prejudicado o apelo voluntário.

Ficam os impetrantes condenados ao pagamento das custas processuais.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Igualmente conheço do reexame necessário, nos termos do quanto disposto no art.12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51.

Questões preliminares.

Acompanho os eminentes Pares para rejeitar a preliminar de ausência de interesse.

Questões de mérito.

Peço vênia ao eminente Relator para aderir ao voto do eminente Revisor, pois igualmente entendo que a averbação da reserva legal pressupõe a existência de florestas ou alguma vegetação nativa que se pretende explorar ou suprimir.

Ressalvo, contudo, meu entendimento de que a insuficiência de prova documental acerca da inexistência de vegetação nativa ou florestas no imóvel rural que se pretendeu registrar induz à ausência de direito líquido e certo, condição específica da ação mandamental.

Isso posto, em reexame necessário, reformo a sentença de primeiro grau e denego a ordem de segurança. Fica prejudicado o recurso de apelação. É como voto.

Súmula - CONHECERAM DO REEXAME NECESSÁRIO, DE OFÍCIO, REJEITARAM PRELIMINAR E REFORMARAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Permissão de serviço público - Transporte urbano - Venda da permissão - Impossibilidade - Caráter personalíssimo - Contrato de compra e venda dos direitos - Nulidade - Desfazimento do negócio

Ementa: Direito administrativo. Venda de permissão de prestação de serviço de transporte público urbano. Impossibilidade. Desfazimento do negócio.

- O caráter personalíssimo da permissão de uso de bem público impede a possibilidade de qualquer alteração na pessoa do permissionário, devendo ser declarado nulo de pleno direito, com a imposição de todos os seus efeitos, o contrato de compra e venda dos direitos objeto da permissão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.07.263864-2/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Diones José Soares - Apelado: Floriano Jorge de Oliveira - 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, 20 de maio de 2009. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral pelo apelado a Drª Adriana Aparecida Rocha Oliveira.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 166

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de f. 56/61, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Sete Lagoas, nos autos da ação de ressarcimento de valor pecuniário c/c indenização por danos materiais proposta por Floriano Jorge Oliveira em face de Diones José Soares.

A referida sentença julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o requerido à devolução da quantia de R$20.000,00, devidamente atualizada pela tabela da CGJ, incidindo juros legais de 1% ao mês, a partir da data do efetivo desembolso. Condenou ainda o requerido ao pagamento das custas e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

No recurso de apelação interposto, com razões às f. 63/71, o réu insurge-se contra a sentença proferida em primeiro grau, alegando que o rompimento do negócio jurídico se deu por culpa exclusiva do autor, que não adimpliu com a obrigação que assumiu com o réu, razão pela qual não faz jus ao levantamento das arras. Argumenta que o contrato de compra e venda celebrado entre as partes é válido, mesmo sem anuência do agente financeiro ou outorgante da permissão pública, contrariamente ao que entendeu o Juízo *a quo*. Colaciona jurisprudências. Ao final, pede a reforma da sentença nos termos supra.

Preparo à f. 72. O recurso foi recebido à f. 73.

Contrarrazões às f. 75/81, requerendo a manutenção da sentença.

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

Sem preliminares arguidas, passo de pronto ao exame do mérito.

Depreende-se dos autos que o autor adquiriu do réu, mediante contrato de compra e venda, a permissão de uso da linha de Transporte Público Urbano de nº 04 - Belo Valle II/Centro, além de um veículo microônibus, marca Iveco Tboy, ano 2002, modelo 2003, o qual é utilizado para cobrir a rota da citada linha.

Alega o autor que no dia 22.05.06 pagou ao réu, a título de arras, a quantia de R$20.000,00, vindo o recibo à f. 24 dos autos.

Contudo o negócio jurídico acabou não se concretizando, pois, ao ler atenciosamente o contrato de permissão de prestação de serviço de transporte alternativo público urbano, o autor verificou que a cláusula quarta do aludido instrumento impedia o réu de passar a terceiro a permissão de uso da linha que lhe foi outorgada, haja vista ser ela pessoal e intransferível.

Em face da recusa do réu em devolver a quantia paga pelo autor, este se viu obrigado a ajuizar a presente demanda.

Tendo o Juízo *a quo* julgado parcialmente procedentes os pedidos iniciais, contra essa decisão se insurge o requerido pleiteando o reexame da questão por este Tribunal.

Alega o apelante que o rompimento do negócio jurídico se deu por culpa exclusiva do autor, que não adimpliu com a obrigação que assumira, razão pela qual não faz jus ao levantamento das arras.

Afirma que tal retenção não é abusiva, tendo seu direito amparado nos arts. 417 e 418 do CC/2002.

Entrementes, tenho que falece razão ao apelante.

Não há que se falar que o negócio jurídico não se concretizou por culpa exclusiva do autor, que não adimpliu com suas obrigações, pois, ainda que pagasse integralmente o valor devido, o contrato de compra e venda celebrado entre as partes seria nulo de pleno direito.

Assevere-se que a permissão de uso foi concedida pelo Poder Público em favor de Diones José Soares, não podendo este jamais transferi-la, devido às características do ato.

A permissão de uso, instituto de Direito Administrativo, é conceituada como

> ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização de bem público, para fins de interesse público (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed., p. 565).

E justamente pela finalidade do instituto é concedida *intuitu personae*, exclusivamente para o interessado que preencher os requisitos legais exigidos, sob pena de desvirtuação do interesse público salvaguardado pela própria permissão e, como tal,

> não admite a substituição do permissionário, nem possibilita o traspasse do serviço ou do uso permitido a terceiros sem prévio assentimento do permitente (MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 19.ed., p. 352).

A permissão se caracteriza, portanto, por ser unilateral, discricionária e precária, razão pela qual pode, a qualquer tempo e independentemente da vontade do permissionário, ser revogada ou modificada pelo órgão competente, ficando sua existência sempre subordinada à conveniência e aos interesses da Administração Pública.

Vejamos o que diz a jurisprudência de nosso Tribunal:

> Ementa: Rescisão de contrato de locação c/c cobrança de aluguéis. Permissão de uso. Ponto de táxi. Proibição da transmudação da pessoa do permissionário. Impossibilidade jurídica do pedido. - A permissão de uso afigura-se como instituto de Direito Administrativo, conceituada como 'ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização de bem público, para fins de interesse público' (DI

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 167

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed., p. 565). - E justamente pela finalidade do instituto, a permissão é concedida *intuitu personae*, exclusivamente para o interessado que preencher os requisitos legais exigidos, sob pena de desvirtuação do interesse público salvaguardado pela própria permissão e, como tal, 'não admite a substituição do permissionário, nem possibilita o traspasse do serviço ou do uso permitido a terceiros sem prévio assentimento do permitente' (MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 19. ed, p. 352). - O caráter personalíssimo da permissão de uso de bem público impede a possibilidade de qualquer alteração na pessoa do permissionário, estendendo-se a proibição inclusive em relação aos contratos de locação do bem, objeto da permissão, em virtude de que também da locação adviriam os efeitos indesejados da permuta, transferência ou cessão, como, por exemplo, a desvirtuação da finalidade da permissão ou a prestação de serviços públicos inadequados por parte de quem recebera o direito à utilização do bem, pessoa sobre a qual não teriam incidido as qualificações exigidas pela Administração ao permissionário primitivo. Súmula: Negaram provimento. (Apelação Cível nº 430.015-8 - Relator Sebastião Pereira de Souza - Uberlândia - j. em 7.5.04, p. em 20.05.04).

No mesmo sentido:

Ementa: Agravo de instrumento. Serviço público autorizado. Delegação *intuitu personae*. Transferência. Impossibilidade. - A autorização para exploração de serviço público de transporte de passageiros constitui ato administrativo unilateral, discricionário, precário e personalíssimo, haja vista que o autorizado tem de demonstrar condições especiais para o desempenho do serviço autorizado. Súmula: Deram provimento, vencido o Juiz Relator. Número do processo: 2.0000.00.352358-0/000(1), Relator: Belizário de Lacerda, j. em 25.10.01, p. em 27.11.01.

Assim, o caráter personalíssimo da permissão de uso de bem público impede a possibilidade de qualquer alteração na pessoa do permissionário, estendendo-se a proibição inclusive em relação aos contratos de locação, objeto da permissão, tendo em vista que haveria uma desvirtuação de finalidade pelo permissionário primitivo.

Dessarte, incensurável a decisão guerreada.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, para manter incólume a bem-lançada decisão de primeiro grau.

Custas processuais, inclusive recursais, pelo apelante.

DES. MARCELO RODRIGUES - De acordo.

DES. MARCOS LINCOLN - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Busca e apreensão - Mora - Comprovação - Princípio da fungibilidade - Recurso - Efeito devolutivo - Cognição vertical

Ementa: Busca e apreensão. Comprovação da mora. Fungibilidade recursal. Efeito devolutivo. Cognição vertical.

- O efeito devolutivo nos recursos ordinários proporciona ao magistrado uma ampla cognição vertical (exauriente); por isso, o tribunal pode conhecer de todas as questões que foram ou mesmo poderiam ser utilizadas pelo prolator da decisão recorrida.

- A busca e apreensão têm como pressuposto processual a comprovação da mora, logo; diante da prova colhida, a partir da estabilidade do processo, que revela não comprovada a mora, a retomada do bem não pode acontecer, o que enseja a rejeição do pedido inicial, bem como a cassação da liminar deferida.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0672.07.264488-9/002 - Comarca de Sete Lagoas - Agravante: Cesar Junio Luciano - Agravada: BV Financeira S.A. Crédito, Financiamento e Investimento - 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 DAR PROVIMENTO E DETERMINAR A PUBLICAÇÃO NA REVISTA DOS TRIBUNAIS.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2009. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SALDANHA DA FONSECA - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade. Aplico, contudo, a fungibilidade recursal, porque caracterizada a causa madura (CPC 515, § 3º).

A análise dos autos revela que o agravante integra o polo passivo da ação de busca e apreensão ajuizada pelo agravado (f. 11/24-TJ).

O agravado, chamado para comprovar a mora, sustentou tê-lo feito com a juntada de documento do Cartório de Títulos e Documentos que certifica a entrega da correspondência no endereço do agravante (f. 26/28-TJ).

Por conta da informação, o processo foi extinto, sem resolução de mérito, pela não comprovação da mora, nos termos do art. 267, VI, do CPC (f. 32/34-TJ).

O recurso de apelação (f. 35/41-TJ), provido por decisão singular (f. 42/44-TJ), ensejou o processamento da ação de busca e apreensão e deferimento de liminar.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 168

Processo em curso, para os autos veio contestação (f. 47/56-TJ), sustentando a não comprovação da mora, pois o agravado não teria juntado documento dos Correios que certifica a devolução da notificação pela ausência do destinatário (58/61-TJ).

Mantida a decisão singular de f. 42/44-TJ (f. 69/70-TJ), o apelante sustenta possível o reexame da matéria, comprovação da mora, a partir de documento novo trazido para os autos, porquanto pressuposto processual da ação de busca e apreensão, de ordem pública, não sujeita a preclusão.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, na obra *Código de Processo Civil comentado*, 10. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 505, anotam:

> Exame de ofício. Como são matérias de ordem pública, as causas dos incisos IV (pressupostos processuais), V (coisa julgada, litispendência e perempção) e VI (condições da ação) podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, porque não acobertadas pela preclusão, e devem ser examinadas de ofício pelo juiz ou tribunal. Entenda-se por 'qualquer grau de jurisdição' os da instância ordinária (primeiro e segundo graus, até os embargos infringentes), não se incluindo nesta locução as instância extraordinárias do RE e do REsp (*RTJ* 105/267). Assim, não se pode alegar, pela primeira vez, as matérias aqui enumeradas, como objeto de RE ou do REsp, já que se exige que a questão tenha sido efetivamente decidida (CF 102 II e 105 III), circunstância impropriamente denominada de 'prequestionamento', para admissibilidade desses recursos excepcionais (V. CF 102 III, 105 III; LR 26). Quando o réu não alegar causa de extinção como preliminar de contestação (CPC 301) ou na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, não obstante possa fazê-lo a qualquer tempo, responde pelas custas de retardamento. V. coment. CPC 301 e § 4º.

O Superior Tribunal de Justiça orienta:

> As condições da ação e os pressupostos processuais, matérias de ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinadas a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo juiz, enquanto estiver em curso a causa, conforme disposto no artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil (AgRg no Ag 1014390/RJ, *DJe* de 09.12.2008).

Com efeito, a comprovação da mora, pressuposto processual da ação de busca e apreensão regida pelo Decreto-lei nº 911/69, conquanto apreciada pela decisão singular de f. 42/44-TJ, não está preclusa.

Atento à fungibilidade recursal aplicada, que confere ao recurso inicial *status* de apelação, examino, de forma conjunta, a questão de ordem processual recorrida e o mérito da causa, já que não há razão técnica justificadora do prosseguimento do feito (causa madura).

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, na obra *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 527-528, anotam:

> Causa madura. Nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, CPC) e nos casos em que a sentença não resolveu o mérito da causa em toda a sua extensão (como ocorre, por exemplo, quando há o acolhimento de alegação de prescrição, art. 269, IV, CPC (STJ, 4ª Turma, REsp 719.462/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 20.09.2005, *DJ* de 07.11.2005, p. 305), o tribunal, conhecendo da apelação, poderá julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. A aplicação do art. 515, § 3º, independe de requerimento da parte (STJ, 1ª Turma, REsp 819.65/ES, Rel Min. Luiz Fux, j em 19.06.2007, DJ de 09.08.2007, p. 230). O art. 515, § 3º, CPC, autoriza que o tribunal julgue desde logo a causa - ainda que a partir de matéria não apreciada em primeiro grau - desde que as partes não tenham nada mais a alegar ou provar. Vale dizer: as causas que admitem a aplicação do art. 515, § 3º, CPC, são as causas maduras. Causa madura é aquela cujo processo já se encontra com todas as alegações necessárias feitas e todas as provas admissíveis colhidas. Observe-se, em realidade, que o que realmente interessa para a aplicação do art. 515, § 3º, CPC, é que a causa comporte imediato julgamento pelo tribunal - por já se encontrar devidamente instruída. Nessas condições, pouco importa que a causa apresente questões que não se traduzam em questões 'exclusivamente de direito'. Estando madura a causa - observada a necessidade de um processo justo no seu andamento (art. 5º, LIV, CRFB) - nada obsta que o tribunal, conhecendo da apelação, avance sobre questões não versadas na sentença para resolvê-la no mérito.

A prova colhida, a partir da estabilização do processo, é no sentido de que a comprovação da mora não consta dos autos, isso porque a notificação extrajudicial deixou de ser entregue no endereço do agravante, devido à sua ausência (f. 88-TJ). Essa informação precisa não veio para os autos com a inicial (f. 25/25-TJ). Aliás, para os autos veio a informação de notificação devolvida (f. 24-TJ).

Assim, não comprovada a mora do agravante, a extinção do processo, sem resolução de mérito, por falta de pressupostos processual, revela-se plenamente possível (CPC 267, VI, § 3º).

A despeito da possibilidade de extinção do processo, sem resolução de mérito, imperioso é o julgamento da causa com resolução de mérito, porque devidamente instruída (causa madura) e assim permite a cognição vertical decorrente do efeito devolutivo.

Flávio Cheim Jorge, na obra *Teoria geral dos recursos cíveis*, 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 227-228, anota:

> Quanto ao chamado efeito translativo, em que pese a perspicácia em sua identificação, entendemos que não merece um tratamento distinto do efeito devolutivo.
> A possibilidade de o recurso levar ao conhecimento do órgão julgador matéria estranha à impugnação advém, como mencionado, da incidência do princípio inquisitório na esfera recursal. Nada mais do que isso.
> A particularidade de o tribunal conhecer de questões que não foram impugnadas pelo recorrente decorre da característica que o efeito devolutivo possui quando manifestado

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 169

nos recursos denominados "ordinários", notadamente no que tange à sua profundidade, a qual tem o condão de levar ao conhecimento do órgão julgador todas as questões e fundamentos, mesmo que não impugnados pelo recorrente.

Como será abordado com mais vagar quando estivermos examinando o efeito devolutivo, este deve ser visto sempre sob duas óticas: quanto à extensão e quanto à profundidade. Aquela é ligada ao pedido veiculado no recurso e fixada pelo recorrente; ao passo que esta se relaciona às questões e fundamentos que foram ou mesmo que puderam ser utilizados pelo magistrado ao prolatar a decisão recorrida.

Assim, é inerente ao efeito devolutivo o conhecimento de questões que sequer foram mencionadas no recurso e que tampouco tiveram uma apreciação exaustiva do magistrado *a quo*. A interposição do recurso faz com que sejam levadas ao conhecimento do órgão julgador todas as questões de ordem pública, ou mesmo aquelas a respeito das quais o juiz pode se pronunciar de ofício, tais como honorários advocatícios, juros legais etc.

É incorreto, portanto, vincular e associar o efeito devolutivo unicamente ao princípio dispositivo. Também aqui tem incidência o princípio inquisitivo, só que a sua manifestação ocorre de forma particular, unicamente em relação às questões que podem ser conhecidas de ofício, tais como, por exemplo, as nulidades processuais, às quais compete ao Judiciário conhecer de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição.

O interessante é observar que essa particularidade da profundidade do efeito devolutivo somente incide nos recursos classificados como 'ordinários', ou seja, aqueles cujo objeto imediato é a tutela do direito subjetivo da parte, onde se permite um amplo exame de questões de fato, através do reexame irrestrito das premissas necessárias à conclusão exposta na decisão recorrida.

A profundidade do efeito devolutivo nesse tipo de recurso assume feição especial, na medida em que se proporciona ao próprio magistrado uma ampla cognição exauriente, característica das tutelas cujo objeto maior é a realização da justiça.

A apelação, o agravo, os embargos infringentes e o recurso ordinário são recursos dessa natureza, em que não existe limite quanto à verticalidade da cognição, possibilitando-se o conhecimento de todas as questões que foram (ou mesmo poderiam ser) utilizadas pelo magistrado ao prolatar a decisão.

É justamente essa cognição vertical, sem limitações no âmbito de conhecimento, que faz com as matérias de fundo possam ser conhecidas independentemente de alegação ou mesmo prévia apreciação.

Se porventura o tribunal conhece de questões de ordem pública, isso se dá em razão da inexistência de limitação da sua cognição para os casos de ordinariedade da cognição.

O princípio constitucional do devido processo legal apoia-se em quatro princípios adjetos, que são: efetivo, duração razoável, adequado e leal. Logo, processo devido é o processo efetivo, de duração razoável, adequado e leal.

Na causa, não comprovada a mora (f. 88), não se tem processo efetivo, adequado e leal. Igualmente não há processo com duração razoável, porquanto impossível provimento de mérito favorável à agravada. O processo também deve ser justo, o que autoriza a imediata aplicação da regra do art. 515, § 3º, do CPC.

Concluindo, o efeito devolutivo nos recursos ordinários proporciona ao magistrado uma ampla cognição vertical (exauriente), por isso o tribunal pode conhecer de todas as questões que foram ou mesmo poderiam ser utilizadas pelo prolator da decisão recorrida. A busca e apreensão têm como pressuposto processual a comprovação da mora; logo, diante da prova colhida, a partir da estabilidade do processo, que revela não comprovada a mora, a retomada do bem não pode acontecer, o que enseja a rejeição do pedido inicial, bem como a cassação da liminar deferida.

Com tais razões, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido de busca e apreensão e cassar a liminar concedida, nos termos dos arts. 269, I, e 515, § 3º, do CPC, e art. 3º do Decreto-lei nº 911/69.

Condeno a recorrida ao pagamento das custas e despesas do processo, custas recursais e honorários advocatícios de R$ 500,00 (quinhentos reais), com correção monetária desde o julgamento, calculada pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça, e juros de mora de 1% ao mês, contados do término do prazo de quinze dias do art. 475-J do CPC. Intime-se a recorrida para o cumprimento do acórdão.

DES. DOMINGOS COELHO - Na condição de 1º Vogal, estive atento ao pronunciamento do eminente Colega e pude constatar do seu bem-elaborado voto, em estudo aprofundado sobre os efeitos do recurso, a questão de ordem pública, o princípio da fungibilidade, que levaram o Relator a decidir o mérito da ação, já maduro o processo para tal, com fundamento no art. 515, § 3º, do CPC. E isso me causou alegria e perplexidade, porque também desconhecia, confesso, poder fazê-lo como ele fez.

Pela inteligência e propriedade dos ensinamentos constantes do voto, recomendo sua publicação na Revista dos Tribunais e que sejam encaminhadas cópias para a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, que, certamente, será de grande proveito para os nossos novos Colegas.

Acompanho o Relator, porque o documento de f. 24 comprova a não realização da notificação que deu ensejo à ação de busca e apreensão.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Estou de acordo com o magnífico voto do eminente Desembargador Relator e, dado o seu caráter pedagógico, não tenho dúvida nenhuma em acompanhar Vossa Excelência, Sr. Desembargador Presidente e Revisor, quanto à recomendação para que seja publicado.

Súmula - DERAM PROVIMENTO E DETERMINARAM A PUBLICAÇÃO NA *REVISTA DOS TRIBUNAIS*.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 170

Ação revisional de aluguel - Relação jurídica - Locador - Locatário - Legitimidade - Preço de mercado - Adequação - Fundo de comércio - Desconsideração

Ementa: Ação revisional de aluguel. Legitimidade. Locador e locatário. Preço de mercado. Fundo de comércio.

- A relação jurídica que envolve a revisão do valor do aluguel se estabelece entre locador e locatário, que são os contratantes com capacidade para rever o que foi pactuado e, portanto, partes legítimas para figurarem nos polos da presente ação de revisão judicial de aluguel. Inteligência do art. 19 da Lei nº 8.245/91.

- Independentemente de ter sido o contrato livremente pactuado entre as partes, respeitando a autonomia da vontade das mesmas, a lei confere ao locador e ao locatário o direito de rever judicialmente o valor do aluguel, com vistas a adequá-lo ao valor de mercado.

- Se o fundo de comércio foi criado pelo próprio locatário, não há que se cogitar em considerar o seu valor na base de cálculo para a apuração do aluguel.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.06.293784-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1º) Posto Pangea Ltda., 2º) Camapuã Empreendimentos Imobiliários Ltda. - Apelados: Posto Pangea Ltda., Renato Ribeiro Machado e outro - Relator: DES. WAGNER WILSON

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, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, À PRIMEIRA E SEGUNDA APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2009. - *Wagner Wilson* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela segunda apelante, o Dr. Paulo Ribeiro de Oliveira.

DES. WAGNER WILSON - Conheço de ambos os recursos, já que presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Posto Pangea Ltda. (1º recorrente) e Camapuã Empreendimentos Imobiliários Ltda. (2º recorrente) contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, que julgou procedente o pedido inicial de revisão de aluguel, fixando o valor do aluguel do imóvel descrito no contrato de locação firmado entre as partes em R$ 4.614,69 (quatro mil seiscentos e quatorze reais e sessenta e nove centavos). A r. sentença julgou ainda extinto o processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva, em relação aos réus Renato Ribeiro Machado e Maria Cristina Mascarenhas Duarte Mendes.

O autor da presente ação, Posto Pangea Ltda., interpôs o 1º recurso de apelação, insurgindo-se contra a extinção do feito em relação aos réus Renato Ribeiro Machado e Maria Cristina Mascarenhas Duarte Mendes. Sustentou que a cláusula 11ª do contrato de locação prevê solidariedade entre estes na qualidade de intervenientes anuentes; e a locadora Camapuã Empreendimentos Imobiliários Ltda., quanto às obrigações decorrentes do contrato de locação firmado entre as partes. Que, nessa condição, são eles partes legítimas para figurar no polo passivo dessa ação revisional de aluguel.

Em suas contrarrazões, pugnaram os apelados Renato Ribeiro Machado e Maria Cristina Mascarenhas Duarte Mendes pela manutenção da sentença.

Também inconformado com o r. *decisum*, o réu Camapuã Empreendimentos Imobiliários Ltda. interpôs o 2º recurso de apelação, pugnando pelo julgamento do agravo retido de f. 280/287 interposto contra a decisão que revogou o despacho que havia deferido a realização de uma prova pericial contábil.

Ainda em preliminar, sustentou a nulidade da sentença haja vista ter sido deferido tratamento desigual às partes em 1ª instância, uma vez que teve o laudo técnico do seu assistente desentranhado dos autos por ter sido o mesmo apresentado fora do prazo legal, o que não ocorreu com o autor, cujo laudo do respectivo assistente também fora apresentado intempestivamente, mas continua acostado aos autos. Que o MM. Juiz faltou com seus deveres legais de imparcialidade, ferindo o disposto no art. 125, inciso I, do CPC, não tendo sequer julgado o agravo retido interposto.

No mérito, sustentou que o contrato de locação firmado entre as partes teve como cerne a possibilidade de exploração, pelo locatário, da atividade de venda de gás natural veicular e que o valor do aluguel ajustado entre as partes levou em consideração o fundo de comércio que foi transferido.

Ressaltou que o equilíbrio contratual foi respeitado na medida em que se respeitou a autonomia de vontade das partes, que pactuaram livremente as cláusulas contratuais.

Afirmou que, para a apuração do valor do aluguel, seria imprescindível uma perícia contábil financeira e que a atividade de exploração do comércio de gás natural é

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 171

altamente lucrativa, tendo o autor conseguido amortizar todo o valor investido em apenas 6 meses.

Pediu o provimento ao recurso com a anulação da sentença proferida, determinando-se a realização de nova perícia, em respeito à isonomia processual entre as partes, que foi desrespeitada.

Caso ultrapassadas as preliminares, pediu fosse julgado improcedente o pedido inicial, já que não se operou, neste caso, a onerosidade excessiva nem mesmo a Teoria da Imprevisão, de forma a justificar a revisão do contrato.

Em contrarrazões, pugnou o apelado Posto Pangea Ltda. pela manutenção da sentença.

1° recurso interposto por Posto Pangea Ltda.

O inconformismo do 1° apelante não merece prosperar. Agiu com acerto o MM. Juiz ao excluir da lide os réus Renato Ribeiro Machado e Maria Cristina Mascarenhas Duarte Mendes já que eles, de fato, não detêm legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo dessa ação.

A legitimidade *ad causam* é condição da ação que se afere no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. É necessário que estes figurem em determinada relação jurídica que lhes autorize conduzir o processo em que se discuta a pretensão deduzida judicialmente.

Confiram-se as lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery a respeito:

> Legitimidade das partes. Parte, em sentido processual, é aquela que pede (parte ativa) e aquela em face de quem se pede (parte passiva) a tutela jurisdicional. [...] Quando existe coincidência entre a legitimação do direito material que se quer discutir em juízo e a titularidade do direito de ação, diz-se que se trata de legitimação ordinária para a causa, que é a regra geral: aquele que se afirma titular do direito material tem legitimidade para, como parte processual (autor ou réu), discuti-lo em juízo (in *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., amp. e atual. até 1°.10.2007).

A relação jurídica que envolve a revisão do valor do aluguel se estabelece entre locador e locatário, que são os contratantes com capacidade para rever o que foi pactuado, conforme se verifica da disposição legal (Lei n° 8.245/91):

> Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.

Os terceiros intervenientes (garantidores) de qualquer das partes (locador ou locatário) não têm capacidade para interferir na negociação do preço do aluguel e, portanto, não têm legitimidade para figurar como partes nesse feito.

Feitas essas considerações, nego provimento ao 1° recurso.

2° recurso interposto por Camapuã Empreendimentos Imobiliários Ltda.

I. Do agravo retido.

Tenho que o referido recurso não merece acolhimento.

Isso porque, independentemente da discussão acerca do prazo da manifestação do assistente técnico ou do pedido para a realização de uma nova perícia, desta vez, de natureza contábil, o que se tem nos autos é que as questões debatidas não interferem no julgamento do feito, conforme restará demonstrado.

De fato, considerando o prazo de 5 (cinco) dias fixado no despacho de f. 231 dos autos, há que se reconhecer que a manifestação do assistente técnico do autor (f. 237/240) foi juntada aos autos extemporaneamente.

No entanto, o desentranhamento da referida peça me parece completamente desnecessário.

A avaliação realizada pelo assistente técnico das partes deve ser tomada com parcimônia. A escolha do assistente técnico é livremente atribuída às partes, sendo até mesmo opcional a sua atuação no feito.

Por ser a sua indicação parcial, o mesmo não se submete à alegação de suspeição e impedimento uma vez que sua função é única e exclusivamente fiscalizar o trabalho do perito oficial, emitindo sua opinião quanto ao laudo elaborado através do seu parecer técnico.

Nota-se, portanto, que a opinião do assistente técnico não é dotada de imparcialidade já que o mesmo é auxiliar da parte que o indicou, e não do Juízo.

Havendo nos autos uma perícia técnica, bem-elaborada, por profissional competente, de confiança do Juízo e não havendo justo motivo ou qualquer fundamento plausível que desabone o método utilizado pelo *expert* ou qualquer outro aspecto do seu trabalho, não tenho por que pautar minha decisão nas conclusões do assistente técnico.

Assim, considerando que a manifestação do assistente técnico do autor não influirá na formação do meu convencimento, tenho que prescindível o seu desentranhamento.

Por sua vez, quanto à prova pericial contábil pretendida, também tenho que a decisão não merece reforma.

Cabe ao magistrado, no uso do seu poder instrutório, analisar as provas requeridas pelas partes, verificando se são efetivamente necessárias à instrução do feito, indeferindo, se for o caso, as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130, CPC).

No caso dos autos, tenho que a perícia contábil para a apuração do valor do fundo de comércio não será necessária já que este não interferirá na fixação do valor do aluguel.

Feitas essas considerações, nego provimento ao agravo retido.

II. Da nulidade da sentença: violação do art. 125, inciso I, do CPC.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:14 Page 172

Ao juiz cabe o importante dever de dirigir o processo com imparcialidade, eficiência, coibindo severamente os atos atentatórios à dignidade da Justiça e buscando, sempre, a conciliação das partes.

Tais poderes encontram-se previstos no art. 125 do CPC, que assim dispõe:

> Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
> I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
> II - velar pela rápida solução do litígio;
> III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
> IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)

Segundo o apelante, o inciso I do dispositivo legal acima citado foi violado, na medida em que, apesar de extemporânea a manifestação dos assistentes técnicos de ambas as partes, o MM. Juiz *a quo* determinou o desentranhamento, tão somente, da peça apresentada pelo assistente do réu, mantendo nos autos a do assistente do autor.

Tal atitude, de fato, não respeita a isonomia entre as partes, princípio pelo qual o magistrado deve zelar.

No entanto, conforme mencionado, se a permanência do laudo do assistente técnico do autor nos autos não interferiu e não interferirá no julgamento, tenho que a violação do art. 125, inciso I, do CPC não conduz à nulidade do provimento jurisdicional.

Assim, rejeito a preliminar.

III. Mérito.

No mérito, tenho que a sentença proferida não merece ser reformada.

Independentemente de as cláusulas do contrato em questão terem sido livremente pactuadas entre as partes, respeitando-se a autonomia de vontade delas, a lei confere tanto ao locador quanto ao locatário o direito de rever judicialmente o valor do aluguel, com vistas a adequá-lo ao preço de mercado, conforme o previsto no art. 19 da Lei nº 8.245/91:

> Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.

Basta que locador ou locatário comprove que o valor do aluguel se encontra em desacordo com o preço de mercado, para menor ou para maior, para que seja cabível a ação revisional de aluguel.

Isso foi exatamente o que restou provado nos autos. O aluguel do imóvel descrito no contrato de f. 19/23 era de R$ 10.432,97 (dez mil quatrocentos e trinta e dois reais e noventa e sete centavos).

A perícia realizada nos autos (f. 210/229) avaliou o imóvel em questão em R$ 512.743,43 (quinhentos e doze mil setecentos e quarenta e três reais e quarenta e três centavos).

Tomando-se como base o valor do aluguel comercial como sendo correspondente a 0,9% do valor do imóvel, o perito concluiu que o preço de mercado do aluguel do imóvel objeto da presente ação seria de R$ 4.614,69 (quatro mil seiscentos e quatorze reais e sessenta e nove centavos). Tal conclusão foi integralmente acolhida pelo MM. Juiz de 1º grau e me parece a mais acertada.

Isso porque, para o cálculo do valor do aluguel desse imóvel, especificamente no caso dos autos, foi considerado, tão somente, o valor do imóvel. O fundo de comércio não foi considerado na base de cálculo do aluguel uma vez que, conforme o contrato firmado entre as partes, o objeto da locação foi tão somente o imóvel. E, com base na locação desse imóvel, na implantação do posto de combustíveis, na construção da estrutura, benfeitorias, acessões e na conseqüente exploração da atividade comercial, com a contratação de fornecedores e captação de clientes é que o locatário formaria o fundo de comércio.

Ou seja, o fundo de comércio existente é de titularidade do próprio locatário que o criou, não podendo o mesmo ser tomado como base para o cálculo do aluguel.

Não havendo qualquer outro elemento que influa no preço do que restou apurado pelo perito, há que ser mantida incólume a sentença proferida.

IV. Conclusão.

Feitas essas considerações, nego provimento ao 2º recurso de apelação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ MARCOS VIEIRA e BATISTA DE ABREU.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, À PRIMEIRA E SEGUNDA APELAÇÃO.

...

Título de crédito - Endosso-mandato - Protesto - Ação declaratória de inexistência de débito - Cumulação com indenização por dano moral - Banco - Ilegitimidade passiva - Conexão - Ausência

Ementa: Ação anulatória. Título de crédito. Endosso-mandato. Ilegitimidade passiva.

- O endosso-mandato ou endosso-procuração não transmite os direitos emergentes do título, nem transfere a propriedade da cártula, mas simplesmente a sua posse.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 173

- Não tem o endossatário legitimidade para figurar no polo passivo da ação declaratória de nulidade de título cumulado com perdas e danos, uma vez que age tão somente na qualidade de mandatário do endossante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.470265-6/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante adesiva: Viviane Aparecida da Silva Cruz - Apelantes: 1º) Banco Bradesco S.A., 2º) Banco Safra S.A. - Apelados: Camp House CM Equipamentos de Segurança Ltda. e outros - 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 DE CONEXÃO, DAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES PRINCIPAIS E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2009. - *Fábio Maia Viani* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FÁBIO MAIA VIANI - Cuida-se de apelações interpostas por Banco Bradesco S.A. (1º), Banco Safra S.A. (2º) e Viviane Aparecida da Silva Cruz (adesiva), da sentença (f. 109/113), que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por dano moral ajuizada por esta contra aqueles e Camp House CM Equipamentos de Segurança Ltda., julgou procedente o pedido.

O Banco Bradesco S.A. (primeiro apelante), nas suas razões (f. 119/128), argui, em preliminar, ilegitimidade passiva, já que recebeu os títulos por endosso-mandato. No mérito, alega que não restaram comprovados os pressupostos da responsabilidade civil; e o valor da indenização, em todo caso, é excessivo.

Pretende, rejeitada a preliminar, seja o pedido julgado improcedente.

A autora apelada, nas contrarrazões (f. 131/138), pugna pelo não provimento do primeiro recurso. Já no seu apelo adesivo (f. 140/146), alega que é irrisório o valor da indenização arbitrado na sentença, pelo que requer seja o mesmo majorado.

O Banco Safra S.A. (segundo apelante) argui preliminar de conexão desta ação com a processada sob o nº 0145.08.470267-2 e de ilegitimidade passiva, já que recebeu os títulos por endosso-mandato. No mérito, alega que não é a responsável pelos alegados danos; não há prova de que tenha praticado ato ilícito; e o valor da indenização deve ser fixado de acordo com os parâmetros do STJ.

Pretende, rejeitada a preliminar, seja o pedido julgado improcedente.

A autora apelada, nas contrarrazões (f. 173/182), pugna pelo não provimento do segundo recurso.

Considerando a omissão da Magistrada quanto ao requerimento de assistência judiciária (f. 11 e 15) e estando o processo já na fase recursal, defiro à autora semelhante benefício.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço das apelações, ressalvando-se que das apelações se tratará, conjuntamente, a seguir, em razão da identidade das questões recursais.

Inexiste a alegada conexão entre esta ação e a que corre sob o nº 0145.08.470267-2. Não são conexas, já que os contratos e os protestos são diferentes. Ademais, a mera semelhança de uma situação fática não induz a conexão.

Rejeito a preliminar de conexão.

Os bancos não devem figurar no polo passivo desta demanda. Apresentaram o título a protesto em nome e por cumprimento do mandato outorgado pelo credor. Com efeito, os títulos foram repassados ao banco em decorrência de endosso-mandato, como comprovam documentos juntados aos autos (f. 22/24 e 80/83).

Na qualidade de endossatário-mandatário, é parte ilegítima para responder à ação declaratória de inexistência de débito e/ou de reparação por danos, já que a cobrança foi efetuada em nome e por conta do endossante-mandante.

Como observa, a propósito, João Eunápio Borges:

> Pelo endosso-mandato, o endossador visa apenas constituir o endossatário, seu procurador. Ele é mero instrumento de mandato, por ele nem se transfere a propriedade do título, nem assume o endossatário, qualquer responsabilidade.
> O endossatário, em tal caso, é mero representante do endossador, agindo amigável ou judicialmente em nome deste e não no seu próprio nome. A defesa oponível pelo devedor, será a que tiver contra o endossador, e não a que pudesse opor pessoalmente ao endossatário procurador (*Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, p. 78).

Não era outro o entendimento do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

> Ação anulatória. Duplicata. Medida cautelar. Sustação de protesto endosso-mandato. Banco. Ilegitimidade passiva. Conta-corrente. Depósito. Dívida com a empresa. Correlação. Ônus da prova. Art. 333, I, do Código de Processo Civil. - Recebendo duplicata para cobrança simples, com endosso-mandato, o banco não adquire direitos nem é passível de obrigações, pois continua praticando atos por ordem do credor, não sendo, assim, parte legítima no pólo passivo do processo pelo qual se visa à anulação da cártula (TAMG - AC 0414500-2 - 16º Câmara Cível - Rel. Des. José Amancio - j. em 13.02.2004).

Os bancos (primeiro e segundo apelantes), portanto, são partes ilegítimas para figurar no polo passivo da presente ação.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 174

Pelo exposto, dou provimento às apelações principais para, acolhendo preliminar, declarar a extinção do processo, sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva dos réus Banco Bradesco S.A. e Banco Safra S.A.. Condeno a autora ao pagamento de custas do processo, inclusive as do recurso, e honorários de advogado, que arbitro em R$ 350,00 (CPC, art. 20, § 4º) para o advogado de cada um dos apelantes principais, cuja exigibilidade, porém, fica suspensa por ser beneficiária da assistência judiciária.

No que tange ao valor da condenação por danos morais, 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.

Na espécie, o valor fixado na sentença (R$ 7.000,00) atende a essa finalidade, já que está em consonância com as especificidades do caso em concreto.

Pelo exposto, nego provimento à apelação adesiva.

Custas do recurso, pela apelante, cuja exigibilidade, porém, fica suspensa por ser beneficiária da assistência judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES e MOTA E SILVA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR DE CONEXÃO, DERAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES PRINCIPAIS E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA.

...

Ação revisional de contrato - Cláusulas abusivas - Revisão pelo Judiciário - Possibilidade - Boa-fé - Função social do contrato

Ementa: Ação de revisão de contrato. Interesse. Cláusulas abusivas. Boa-fé contratual.

- É possível a revisão, pelo Poder Judiciário, das cláusulas abusivas constantes do contrato, em observância aos princípios constantes do Código de Defesa do Consumidor, bem como em atendimento aos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0702.08.472415-3/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Joel José Portes - Apelado: Banco Finasa S.A. - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO, PARA CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 13 de maio de 2009. - *Otávio Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO PORTES - Conhece-se do recurso, visto que presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de ação de revisão contratual proposta por Joel José Portes em face do Banco Finasa S.A., alegando que celebraram as partes contrato de financiamento, sendo cobrados pela instituição financeira encargos contratuais abusivos, pelo que requer a sua revisão.

O MM. Juiz de primeiro grau (f. 35/36), ao fundamento de que não foi apresentada qualquer situação imprevisível pelo autor, não havendo vício no contrato, que se traduz em ato jurídico perfeito, julgou extinta a ação, na forma dos arts. 282, VI, 283 e 295, I, do CPC, deixando de condenar a parte no pagamento das custas processuais.

Inconformado, apela Joel José Portes (f. 41/52), alegando não possuir cópia do contrato a ser revisado, havendo no mesmo diversas irregularidades e abusividades que devem ser objeto de apreciação do Judiciário. Aduz ferir o contrato princípios de boa-fé, probidade e função social, pugnando pela reforma da sentença e pelo regular prosseguimento do feito.

Não houve intimação para apresentação de contrarrazões.

A propósito, insta salientar não ser possível se falar em ato jurídico perfeito se o contrato foi firmado ao arrepio da lei, prevendo obrigações iníquas que impossibilitam seu regular e contínuo cumprimento pelo contratante.

Assim, registra-se que o contrato de fornecimento de crédito, ora analisado, encontra-se subsumido às normas constantes da Lei 8.078/90, ordenamento jurídico este que abriga os direitos do consumidor, mesmo em se tratando de relação contratual travada entre uma instituição financeira ou de crédito e um particular.

Com efeito, a Lei 8.078/90, em seu art. 3º, § 2º, estabelece que "serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (sem destaque no original), resultando, daí, a aplicabilidade desse instrumento às relações creditícias, enquanto prestadoras de serviços e fornecedora de

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 175

produtos, dos quais são consumidores finais os clientes com quem firmam os mais diversos pactos, concernentes aos negócios financeiros.

Tem-se como certo, dessarte, que a entidade de crédito se enquadra no conceito de "fornecedor", uma vez que obtém, ainda que indiretamente, contraprestação pelo pacto celebrado, assumindo, *ex vi legis*, a postura de prestadora de serviços e fornecedora de produtos, ficando sujeita às condições contratuais nos limites impostos pela legislação consumerista, sendo que o cliente, tomador do aludido crédito e de financiamento, também compatibiliza com a extensão preconizada pelo art. 29 deste mesmo diploma, e, assume o papel de "consumidor", encontrando-se protegido pelas práticas antijurídicas que se verificarem no âmbito da relação consumista.

A propósito, elucida Cláudia Lima Marques (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed., p. 201/206) que:

> O conceito de consumidor, por vezes, se amplia, no CDC, para proteger quem 'equiparado'. É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas comerciais e da proteção contratual, 'equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

É de se notar, que a atual estrutura de comercialização de bens e serviços tem como alvo grandes massas, o que exige sejam formuladas condições negociais uniformes, cujo objetivo é não somente aumentar a fluência e a rapidez da conclusão dos contratos, mas principalmente maximizar os lucros da empresa e assegurar sua posição de superioridade econômica inerente ao sistema capitalista, consoante anota Carlos Alberto da Mota Pinto:

> O poder econômico, através do poder normativo de que estes contratos são expressão, não persegue só finalidades de racionalização, mas também de consolidação, reforço e aproveitamento máximo da sua posição. É este aspecto das coisas que explica o aparecimento de conseqüências injustas, através da eliminação ou aligeiramento de riscos para a empresa e da criação de despesas, encargos, restrições gerais a suportar pelo utente singular (*Revista Forense*, 375/42).

Especificamente no caso dos autos, tem-se que a elaboração prévia e unilateral, pela parte requerida, das cláusulas referentes ao termo firmado com o autor, nem mesmo lhe fornecendo cópia do pactuado, possibilitando-lhe direcionar o conteúdo da relação jurídica de modo a transferir ao consumidor todo o risco do negócio, comprometendo o justo equilíbrio entre as obrigações das partes, somente reforça sua posição de superioridade econômica e jurídica, "tornando-se a vontade mera ficção, porque presume a falácia da igualdade", uma vez que "na sociedade moderna, a liberdade contratual passou a ser unilateral" e "via de regra, a parte economicamente mais forte impõe à outra as condições de contratação, deixando-lhe apenas a alternativa de pegar ou largar", conforme lição de Adalberto Pasqualotto (*Revista de Direito do Consumidor*, nº 6, p. 35), devendo o julgador observar essa realidade, não ignorando os fatos empíricos que exigem sua intervenção justa e sintonizada com o contexto atual.

Cabe ao aplicador do direito impor limites aos excessos e abusos do poder econômico privado, nos termos em que lhe permite a legislação vigente, garantindo o justo equilíbrio de interesses estabelecido no ordenamento e evitando o agravamento da posição do consumidor, de modo a impedir que lhe sejam transferidos riscos que não lhe pertenciam ou que sejam reduzidos ou excluídos seus direitos.

Assim, advém das lições citadas *in retro* que há permissibilidade jurídica em se rever as referidas cláusulas abusivas, em relação aos encargos, em virtude de o contrato não ter outorgado ao devedor a oportunidade de conhecer o percentual exato que deveria pagar, a título de juros compensatórios, pelo uso do capital, sendo que a variação da comissão de permanência não permitia conhecer essa taxa, o que torna obscuro o contrato, tendo, assim, o mutuário, sido levado a erro ao firmar compromisso inexato e, ante a falta de clareza na avença a uma das partes, abusiva se mostra essa contratação.

Importante registrar, ainda, que a perfeição de forma e parte no momento em que foi firmado o contrato não impede sua posterior revisão, tanto pela constatação do contratante de onerosidade excessiva, quanto pela sua impossibilidade financeira de continuar honrando com os compromissos assumidos, sendo tais condições supervenientes, imprevisíveis e excepcionais que possibilitam a revisão do pacto de financiamento, mormente para que sejam preservadas sua boa-fé, probidade e função social.

Patente, portanto, o interesse da parte em procurar o Judiciário para intervir na relação contratual firmada com seu *ex adverso*, mostrando-se útil e necessário para tanto o procedimento instaurado, donde se infere infundada a sua prematura extinção.

Não destoa a orientação deste Tribunal:

> Arrendamento mercantil. Ação revisional de contrato. Interesse de agir reconhecido. Conexão e litispendência de ações não configuradas. Possibilidade de revisão do contrato. Fato que não ofende o ato jurídico perfeito, em face da nulidade da cláusula submetida ao exame do Judiciário. Prestações reajustadas de acordo com a variação do dólar norte-americano. Ausência de prova de captação de recursos no exterior. Inadmissibilidade. Recurso não provido. - O interesse processual é a necessidade de se recorrer ao Judiciário, para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão. Não se indaga se o pedido é legítimo ou ilegítimo, se é moral ou imoral. Basta que seja necessário, isto é, que o autor não possa obter o mesmo resultado por outro meio extraprocessual. - Nos termos do disposto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, as ações coletivas não

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 176

induzem litispendência para as ações individuais. - A revisão contratual para a declaração de nulidade de cláusula nele inserida não ofende o ato jurídico perfeito, pois não existe perfeição no que é inegavelmente vedado pelo ordenamento jurídico. - Nos contratos de alienação fiduciária, a ausência de prova de que houve captação de recursos no exterior acarreta a nulidade da cláusula que atrela a correção monetária das parcelas a serem pagas à variação cambial do dólar norte-americano (TAMG, Apelação Cível 343704-3, Rel. Juiz Mariné da Cunha, j. em 05.09.2001).

Ementa: Apelação. Revisão de cláusula. Contrato de cartão de crédito. Interesse processual. Existência. Aplicação do CDC. Juros. Limitação. Inocorrência. Cláusula. Mandato. Validade. Capitalização de juros. Vedação. - Não há que se falar em ausência de interesse processual quando se encontra presente o binômio necessidade-utilidade do provimento judicial, constituindo verdadeira negativa de prestação jurisdicional impedir a parte de manejar ação revisional com o intuito de ver declarada a ilegalidade de cláusulas que entende abusivas. - Embora a doutrina dos contratos se estruture no princípio da autonomia da vontade e da obrigatoriedade do cumprimento dos termos pactuados, por força do princípio do *pacta sunt servanda*, tendo em vista a função social que vem sendo dada aos contratos, buscando-se um maior equilíbrio entre as partes, bem como em sendo a relação protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, possível é a revisão pelo Poder Judiciário das cláusulas consideradas abusivas. - [...] (TJMG, Apelação Cível 1.0024.00.075.113-1/001, Rel. Juiz Dídimo Inocêncio de Paula, j. em 15.9.2005).

Frise-se que a extinção do feito, com base em descumprimento dos arts. 282 e 283 do CPC, deve ser precedida de intimação da parte para sanar eventual irregularidade, na forma do art. 284, do mesmo diploma legal.

Necessário registrar, finalmente a possibilidade de serem aplicadas ao caso as regras relativas à defesa do consumidor em juízo, mormente no que se refere à inversão do ônus da prova, com intimação do banco para trazer aos autos o contrato em discussão, bem como possibilidade de aplicação dos arts. 355 e seguintes do CPC, sendo amplamente deferido por este Sodalício, ainda, o depósito em juízo de parcelas tidas como incontroversas entre as partes.

Mediante tais considerações, desconstitui-se a sentença, para que os autos retornem ao Juízo de origem, com seu regular prosseguimento.

Custas recursais, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WAGNER WILSON e JOSÉ MARCOS VIEIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, PARA CASSAR A SENTENÇA.

...

Cadeia pública - Interdição - Possibilidade - Instalações inadequadas e superlotação - Princípio da dignidade humana - Ofensa - Desrespeito ao princípio da separação dos Poderes - Não ocorrência

Ementa: Constitucional. Mandado de segurança. Cadeia pública. Ausência de condições mínimas. Ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Interdição. Possibilidade. Desrespeito ao princípio da separação dos Poderes. Inocorrência.

- Restando demonstrado, inequivocamente, que a cadeia pública não reúne as condições mínimas necessárias ao seu regular funcionamento, representando não só um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana bem como um perigo para toda a coletividade, que se vê amedrontada com a possibilidade de novas fugas, irretocável a atitude da autoridade coatora de decretar a sua interdição.

- Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, a atribuição de tal incumbência ao Poder Judiciário, ainda que em hipóteses excepcionais, não configura qualquer desrespeito ao princípio da separação dos Poderes, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional (ADPF 45).

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.08.479367-8/000 - Comarca de João Monlevade - Impetrante: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de João Monlevade, Delegado da 27ª Delegacia Regional de Polícia Civil - 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 DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 30 de abril de 2009. - *Maria Elza* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA ELZA - Trata o presente de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Estado de Minas Gerais contra ato reputado ilegal prati-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 177

cado pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de João Monlevade e pelo Delegado da 27ª Delegacia Regional de Polícia Civil, consistente em interditar parcialmente a cadeia pública local, de modo a impedir o recolhimento de presos oriundos de outras comarcas, à exceção de Rio Piracicaba e Alvinópolis, ambas localizadas no Estado de Minas Gerais.

Aduz o impetrante às f. 02/22-TJ que o Estado vem realizando uma "excepcional ampliação do número de vagas" nos estabelecimentos carcerários, dando efetividade, assim, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ademais, arrazoa que a determinação seria inexequível, ferindo assim a cláusula da reserva do possível. Por fim, alega que a administração dos estabelecimentos carcerários é incumbência do Poder Executivo, não podendo o Judiciário interferir em tais atribuições.

Liminar deferida às f. 58/59-TJ, na qual também decidiu o então Relator, pela exclusão do Delegado da 27ª Delegacia Regional de Polícia Civil do polo passivo do presente *writ*.

Informações prestadas pela autoridade coatora às f. 65/70-TJ, nas quais aduziu que a interdição se deu de maneira parcial, apenas e tão somente para proibir a entrada de presos de outras comarcas. Ademais, alega que tal decisão não invade a competência administrativa do Poder Executivo, nem tampouco inviabiliza o sistema prisional estadual.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às f. 91/97-TJ pela denegação da ordem pleiteada.

Este o breve relato do necessário, passa-se a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do mandado de segurança impetrado.

A Constituição da República, em seu art. 5º, LXIX, garante à sociedade a impetração do mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Para a doutrina pátria:

> O mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 153).

> Ele será emitido para proteger direito líquido e certo. Se não houver tal direito a ser protegido ou segurado, não tem razão para o mandado e, desse modo, não deve ele ser outorgado. A proteção de direito líquido e certo constitui-se, pois, em: a) finalidade do mandado de segurança e b) razão de ser o mesmo pleiteado e concedido. Daí desdobrar-se nos aspectos: a) de fundamento ou requisito básico para o exercício da ação de mandado de segurança e b) de fundamento da sentença mandamental de segurança (PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 112).

Nesses termos, compete ao impetrante, para fins de mandado de segurança, demonstrar o seu direito líquido e certo, e a ilegalidade ou o abuso de poder praticado por autoridade ou por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Conforme se depreende da análise dos documentos acostados aos autos às f. 23/52-TJ, a presente ação fora ajuizada com farta documentação, estando presentes as provas pré-constituídas necessárias.

Nesse diapasão, conclui-se que o impetrante logrou êxito na apresentação das provas documentais, pré-constituídas, conforme se deve operar em sede de mandado de segurança, não sendo necessária maior dilação probatória para o deslinde do feito.

Segundo o relatado, cinge-se o mérito da questão à legalidade do ato praticado pela autoridade coatora, consistente em interditar parcialmente a cadeia pública local, de modo a se impedir o recolhimento de presos oriundos de outras comarcas, à exceção de Rio Piracicaba e Alvinópolis, ambas localizadas no Estado de Minas Gerais.

Sobre o tema, dispõe a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso XLIX, ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Tal garantia constitucional deve ser interpretada como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, pedra basilar do Estado Democrático de Direito.

Ainda sobre as garantias mínimas que devem ser asseguradas aos detentos, dispõe a Lei de Execução Penal, qual seja a Lei 7.210/84, em seu art. 66:

> Art. 66. Compete ao Juiz da execução:
> [...]
> VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;
> VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;
> [...]

Em atendimento ao dispositivo legal, realizou a autoridade coatora a inspeção no estabelecimento carcerário relativo ao caso em epígrafe, na qual ficou constatada, de maneira inequívoca, a ausência de condições mínimas que assegurem a integridade física e moral dos detentos.

De acordo com o termo de inspeção constante às f. 76/83-TJ, a cadeia pública da Comarca de João Monlevade possui condições gerais de conservação inadequadas, sendo que as instalações físicas do prédio que abriga a cadeia pública local se encontram em estado precário de conservação.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 178

Ademais, ainda de acordo com o documento supra, existem na cadeia pública presos provisórios abrigados conjuntamente com outros já condenados por sentenças com o trânsito em julgado, bem como presos primários e reincidentes abrigados conjuntamente, o que contraria o disposto na Lei de Execução Penal.

Tal fato decorre da notória superlotação do estabelecimento, que atualmente abriga aproximadamente 137 (cento e trinta e sete) presos, quando a capacidade das celas é para abrigar 37 (trinta e sete), o que torna impossível a ressocialização dos detentos.

Ainda de acordo com a inspeção realizada, a cadeia pública não possui as condições adequadas à existência humana, já que "a cadeia pública local encontra-se em estado de absoluta precariedade, sobretudo as suas instalações e estruturas físicas, valendo dizer que a superlotação carcerária ainda é um dos grandes problemas e preocupação das autoridades públicas locais" (f. 79-TJ).

Por fim, conforme se extrai da decisão que determinou a interdição parcial do estabelecimento (f. 71/74-TJ), quando da inspeção correicional, verificou-se a real possibilidade de os detentos conseguirem perfurar as paredes da cela, em razão da precariedade das condições das mesmas. Corroborando tal assertiva, destaca-se que, em fevereiro de 2008, pelo mesmo motivo, ocorreu a fuga de 16 (dezesseis) detentos, que fizeram um buraco na parede que dá acesso à quadra do estabelecimento prisional durante o banho de sol.

Ante o exposto, torna-se claro que a cadeia pública da Comarca de João Monlevade não reúne as condições mínimas necessárias ao seu regular funcionamento, representando não só um desrespeito à dignidade da pessoa humana, bem como um perigo para toda a coletividade, em especial da região onde se encontra a cadeia pública, que se vê amedrontada com a possibilidade de novas fugas.

A respeito da possibilidade de interdição de estabelecimentos prisionais que não possuem as condições mínimas necessárias, já se manifestou este egrégio Tribunal favoravelmente, senão vejamos:

> Ação civil pública. Cadeia pública. Interdição. Precariedade do prédio. Inadequabilidade das instalações e superlotação. Construção antiga e danificada. Comprometimento. Riscos de fuga e de introdução de drogas e armas. Demonstração suficiente. Liminar concedida. Manutenção.
> A pretensão cautelar de interdição de estabelecimento prisional se encontra justificada se há laudo pré-constituído pelo Ministério Público que demonstra a precariedade do prédio da cadeia pública, inadequabilidade das instalações e superlotação. Construção antiga e danificada, com forro de madeiramento e telhado comprometidos e prédio em condições que facilitam a introdução de drogas e armas, além de facilitar fugas, demonstra falta de segurança, que recomenda a medida. A desativação de cadeia e do serviço público ali prestado é afeta à competência correcional do Juiz da execução penal, que também assim agiu fundamentadamente. (1.0034.03.008200-1/001. Rel.ª Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. em 23.08.05, *DJ* de 16.09.05.)

> Constitucional e administrativo. Mandado de segurança. Interdição de estabelecimento prisional. Ato administrativo exarado pelo juiz da execução penal. Cabimento da impetração. Direito líquido e certo não demonstrado. Denegação da segurança. Inteligência do art. 61, VIII, da Lei Complementar Estadual 59/2001 e art. 66, VIII, da Lei Federal 7.210/1984. Para se utilizar da via sumária da ação mandamental, o impetrante deve trazer prova incontrastável dos fatos constitutivos de seu direito nos moldes a configurar o direito líquido e certo para a concessão da segurança. A manutenção de direitos básicos aos presidiários, como a vida e a segurança, não depende de discricionariedade do administrador, já que estão integralmente vinculados pela Constituição Federal. Encontrando o ato atacado respaldo expresso na lei, a ordem pleiteada deve ser denegada. (1.0000.04.413137-3/000. Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, j. em 28.04.05, *DJ* de 10.06.05.)

Dessa feita, em atendimento aos princípios constitucionais aplicáveis ao caso, há de ser mantida a interdição parcial do estabelecimento prisional. Negar efetividade aos referidos preceitos seria cometer um atentado contra a ordem constitucional vigente, além de desconsiderar os anos de evolução histórica até o recepcionamento e valoração dos direitos e garantias individuais.

Doutrina nessa linha Raul Machado Horta:

> A recepção dos direitos individuais no ordenamento jurídico pressupõe o percurso de longa trajetória, que mergulha suas raízes no pensamento e na arquitetura política do mundo helênico, trajetória que prosseguiu vacilante na Roma Imperial e Republicana, para retomar seu vigor nas idéias que alimentaram o cristianismo emergente, os teólogos medievais, o protestantismo, o renascimento e, afinal, corporificar-se na brilhante floração das idéias políticas e filosóficas das correntes de pensamento dos séculos XVII e XVIII. Nesse conjunto, temos as fontes espirituais e ideológicas da concepção que afirma a precedência dos direitos individuais, inatos, naturais, imprescritíveis e inalienáveis do homem. Direitos oponíveis aos grupos, às corporações, ao Estado e ao poder político. Direitos Individuais e Direitos Humanos, identificados e incindíveis, pois o indivíduo, a pessoa, é, ontologicamente, o ser humano (*Direito constitucional*. 4. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213).

Cediço é que tais garantias, como todas aquelas constitucionalmente asseguradas, não hão de ser interpretadas de maneira absoluta. Nesse sentido, dispõe a própria Constituição da República, em seu art. 2º, serem os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário independentes e harmônicos entre si, tratando, inclusive, tal assertiva, de cláusula pétrea.

Desse modo, a exceção do mecanismo de freios e contrapesos, também constitucionalmente previsto e cujo objetivo de contrabalançar as funções estatais, visa assegurar a existência do próprio Estado Democrático de Direito, sendo vedada a interferência de um Poder sobre os demais.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 179

Nesse prisma, é cediço que ao Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, não se atribui a prerrogativa de interferir na Administração Pública em relação à discricionariedade de seus atos, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes. A ele se reserva o controle de legalidade dos atos de administração, sem que disso decorra a interferência na gestão pública.

Todavia, não se vislumbra no caso em tela qualquer ofensa ao princípio citado. Na espécie, a atitude da autoridade coatora busca tão somente dar efetividade e cumprimento aos direitos fundamentais, que são, conforme sabido, de eficácia plena.

Certo é que vivemos uma fase histórica do Direito em que resta patente a ascensão dos princípios, estando eles dotados de alta carga axiológica e dimensão ética, aos quais os intérpretes têm atribuído ampla eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. E, ao contrário das regras, que normalmente expressam relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações, os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados, sem especificar, portanto, a conduta a ser seguida.

É o que leciona o eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso, ao analisar o papel do intérprete do direito diante de tal quadro em que vige o alto grau de aplicabilidade dos princípios, no qual se mostra inadequado o método tradicional de aplicação do Direito pelo qual se realiza uma subsunção do fato à norma e se pronuncia a conclusão. Em suas palavras:

> A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico - o subsuntivo, fundando na aplicação de regras - nem dos elementos tradicionais de hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.
> [...]
> Princípios [...] expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam, portanto, 'estados ideais', sem especificar a conduta a ser seguida. A atividade do intérprete aqui será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar. E mais, em uma ordem democrática, princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. (*Temas de direito constitucional*. Tomo III. São Paulo: Renovar, 2005, p. 81-83.)

E os direitos e garantias fundamentais, cuja proteção foi destacada pela Constituição da República, têm as mesmas características dos princípios, na medida em que atuam como uma forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Como tais, encontram-se eventualmente em colisão com os demais princípios constitucionais e também entre os próprios direitos fundamentais em razão do pluralismo vigente em uma sociedade democrática, em que são preservados diversos interesses e valores.

Em razão do princípio da unidade da Constituição, inexistindo hierarquia entre os diversos princípios constitucionais, o intérprete, ao deparar em um caso concreto com a existência de dois ou mais direitos fundamentais que, se aplicados de maneira ampla e integral, mostram-se contrários à solução da demanda, deve lançar mão do método da ponderação de interesses, de modo a aplicar aquele princípio preservando o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando um juízo apto a tornar prevalente aquele que importe a menor lesão ao outro, sem, contudo, extirpá-lo ou esvaziá-lo em seu sentido.

A propósito, o voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 3.540/DF, pautado em abalizada doutrina (*DJ* de 03.02.06):

> Isso significa, portanto, Senhor Presidente, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e tribunais), ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto - tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos (SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 193/203, Conclusão, itens nº 1 e nº 2, 2000, Lumen Juris; BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Renovar, 2001, p. 363/366; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, item nº 2, 1987, Almedina, p. 220/224; CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, item nº 3, 5. ed., 1991, Almedina, p. 661; FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*, item nº 8.3, Fabris Editor, 1996; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 139/172; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Conclusão, 2. ed., Brasília Jurídica, p. 216, *v.g.*) -, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importa em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente.
> Isso demonstra a relatividade de todos os direitos previstos, pois, diante do caso concreto, podem eles ceder espaço à aplicação de outro valor igualmente protegido pelo ordenamento jurídico, de acordo com a técnica da ponderação de interesses, a respeito da qual se manifesta Barroso:
> 'A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 180

> quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas' (ob. cit., p. 91).

Cumpre destacar nesse ponto que não constitui a presente decisão um desrespeito ao princípio da separação dos Poderes. Conforme já fundamentado, em atendimento ao princípio da unicidade da Constituição, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de maneira sistêmica, notadamente quando se tratar da tensão entre direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Nessa linha, Fredie Didier:

> Fenômeno que não raramente acontece na hermenêutica constitucional é o da constatação da tensão entre direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais. Enquanto a desarmonia entre normas infraconstitucionais se resolve por técnicas hermenêuticas mais singelas, o conflito de normas constitucionais, em razão da sua magnitude, requer do intérprete/aplicador um cuidado redobrado. Isto porque todas as normas constitucionais hão de gerar efeitos, presumindo-se todas em estado de perfeita harmonia, aptas a serem interpretadas e aplicadas do modo mais pleno e eficaz (*Curso de direito processual civil*. 10. ed., Salvador: Jus Podivm, 2008, v. 1, p. 35).

Dessarte, inexistindo norma capaz de solucionar a tensão entre princípios e garantias constitucionais, deve a decisão judicial assegurar a maior efetividade possível às normas constitucionais em análise, decidindo, no caso concreto, qual deverá sobressair. Tal análise deverá pautar-se, sobretudo, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo o magistrado, quando da análise da questão e após uma ponderação de interesses, delimitar a aplicação das normas.

Valiosa nesse sentido a lição de Karl Larenz:

> A amplitude com que a jurisprudência dos tribunais faz uso deste método explica-se, especialmente, pela ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas destes direitos, a não indicação de notas distintivas, em relação, por exemplo, ao que é exigível. Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos, móveis, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflitos, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que descer até certo ponto perante o outro ou cada uma entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação (*Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 110).

Desse modo, tem-se que a atitude da autoridade coatora não configura um desrespeito ao princípio da separação dos Poderes nem tampouco uma indevida ingerência do Poder Judiciário nas funções constitucionalmente atribuídas ao Poder Executivo, tratando-se, em verdade, de uma mera aplicação dos preceitos constitucionais aplicáveis ao caso.

Também nessa linha o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai da decisão da ADPF nº 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ementada no que interessa:

> Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

E ainda, afastando a possibilidade do uso da cláusula da reserva do possível como forma de se obstaculizar a efetividades das garantias constitucionais, dispôs:

> Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Desse modo, não se vislumbra qualquer ofensa ao princípio da separação dos Poderes, esposado no art. 2º da Constituição da República.

Por fim, salienta-se que o ato praticado pela autoridade coatora não é inexequível, nem tampouco acarretará um colapso do sistema prisional estadual. Isto, pois, de acordo com a decisão de f. 26/28-TJ, a autoridade coatora determinou, tão somente, a interdição parcial da cadeia pública local no sentido de que a mesma não receba presos oriundos de outras comarcas.

Portanto, ante a fundamentação exposta no presente voto, há de ser denegada a segurança.

Diante do exposto, com respaldo no princípio da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição Brasileira) e no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do Código de Processo Civil), além da legislação invocada no corpo deste voto, denega-se a segurança.

Isento de custas o impetrante nos termos do art. 10, inciso I, da Lei Estadual 14.939/03.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 181

DES. NEPOMUCENO SILVA - De acordo.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - De acordo.

DES. BARROS LEVENHAGEN - De acordo.

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Aquiesço à tese esposada pela Relatora, Des.ª Maria Elza, principalmente pela circunstância de que o ato judicial atacado pelo presente mandado de segurança não determinou a interdição total da cadeia pública da Comarca de João Monlevade, mas sim o impedimento de que a ela sejam enviados presos de outras comarcas - exceto Rio Piracicaba e Alvinópolis, que não possuem cadeia pública.

Ademais, o permissivo de tal ato judicial encontra-se previsto na norma do art. 66, inciso VIII, da LEP - Lei de Execuções Penais, que assim dispõe, *verbis*:

> Art. 66. Compete ao Juiz da execução:
> [...]
> VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei.

Com tais considerações, denego a segurança, nos termos do voto proferido pela Relatora.

Súmula - DENEGARAM A SEGURANÇA.

...

Obrigação de fazer - Fornecimento de insumo alimentar - Legitimidade ativa - Tutela antecipada - Requisitos preenchidos

Ementa: Ação para fornecimento de insumo alimentar. Legitimidade ativa. Antecipação dos efeitos da tutela. Presença dos requisitos.

- No contexto da urgência de uma ação para fornecimento de insumo alimentar a pessoa absolutamente incapaz, que sofre de quadro neurológico, acompanhado de grave desnutrição, extinguir a ação por ilegitimidade ativa da mãe, que a representa, afigurar-se-ia sobrepor a exigência de formalidade à tutela do direito à vida, o que não é tolerado pelo Direito.

- Presentes os requisitos legais, defere-se a antecipação dos efeitos da tutela para a concessão de insumo alimentar de que depende a vida do paciente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0145.08.486789-7/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: Município de Juiz Fora - Agravada: Maria Luiza de Lemos Pinto - 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, 30 de junho de 2009. - *Maurício Barros* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍCIO BARROS - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Juiz de Fora contra decisão proferida nos autos da ação de cumprimento de obrigação de fazer, ajuizada por Maria Luiza de Lemos Pinto contra o recorrente, para fornecimento do suplemento alimentar Nutrini Standard para a filha da agravada, que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determinou ao agravante o fornecimento do suplemento requerido, nos termos do receituário de f. 11, às expensas do SUS (f. 46/48).

Argui o agravante, em preliminar, a ilegitimidade ativa da agravada, que pleiteia, em nome próprio, em favor da filha. No mérito, alega que não há prova inequívoca da verossimilhança das alegações da parte autora; que o insumo pedido não integra nenhuma lista de dispensação de medicamentos; que a distribuição de receitas é atribuição do Poder Executivo; que o SUS disponibiliza tratamento para pacientes desnutridos nos Centros de Referência em Terapia Nutricional; que o fornecimento de insumos para a terapia nutricional é feito pela própria unidade que presta a assistência aos seus doentes; e que a falta de prova de ter passado a filha da agravada por uma dessas unidades faz ausente a verossimilhança de suas alegações. Pede o provimento do agravo (f. 02/13).

Conforme despacho de f. 74, foi mantido o indeferimento do efeito suspensivo, pelo Desembargador Plantonista Eduardo Andrade.

A agravada não ofereceu contraminuta (f. 76).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 78/84, opinou pelo não provimento do agravo.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar de ilegitimidade ativa.

Não prospera a preliminar erigida pelo agravante, uma vez que o objeto da lide é o resguardo do direito à vida, com dignidade, de uma pessoa absolutamente incapaz e com reclames de urgência.

Nesse contexto, perde sentido a exigência formal de que o pedido se desse na forma da incapaz representada pela mãe, pelo fato de daí não se obter nenhum resultado diverso daquele que se poderá obter na demanda conforme proposta.

Extinguir o presente feito, por carência de ação, seria, numa ponderação que nada teria de ponderada,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 182

privilegiar o formalismo em detrimento do direito à vida, o que contrariaria o Direito.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Sem adentrar a matéria de fundo, que tem momento e sede processual própria para a sua apreciação, cabe apenas, no presente recurso, verificar se estão presentes os requisitos essenciais para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela.

Não servem de contra-argumento, nas ações para fornecimento de medicamento, alegações fundadas em distribuição de competências dentro do Sistema Único de Saúde. Perante o cidadão, a competência é do Estado, como uma entidade única, sendo-lhe lícito acionar aquele que lhe estiver ou parecer mais próximo ou mais acessível. Entre as esferas governamentais, resolve-se a questão por meio de repasses de recursos ou outras compensações.

Interessa ao Direito que seja resguardado o bem jurídico tutelado pela Constituição, cujas ações no sentido de sua proteção são por ela consideradas como de relevância pública (art. 197).

Além disso, determina a Constituição Federal, no art. 30, VII, a competência municipal para "prestar, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população".

A fundamentação, a meu ver, é relevante, pois os documentos juntados às f. 23/24 mostram que a filha da agravada sofre doença neurológica acompanhada de desnutrição crônica, contando com 20 (vinte) anos de idade e pesando apenas quinze quilos, pelo que necessita da dieta especial (que é administrada por gastrostomia), por não tolerar a dieta habitual, com o agravamento do quadro pela predisposição a infecção de repetição, tendo apresentado dois quadros de infecção generalizada em seis meses. Os documentos de f. 29/35 confirmam a declaração médica.

Por outro lado, o direito à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal, é integral e não pode ser restringido. Ademais, o fornecimento do insumo requerido, pelo que dos autos consta, a princípio, afigura-se imprescindível para a manutenção da vida da filha da recorrida.

Enfim, existente prova inequívoca apta a convencer da verossimilhança da alegação, deve ser mantida a antecipação.

Com esses fundamentos, nego provimento ao agravo.

Custas, ao final.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO SÉRVULO e SANDRA FONSECA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Reintegração de posse - Falecimento - Herdeiro necessário - Posse indireta - Esbulho - Comprovação

Ementa: Reintegração de posse. Netos que moravam com a avó, por períodos determinados. Falecimento. Herdeiro necessário. Posse indireta. Esbulho comprovado.

- A proteção possessória está condicionada à demonstração da existência da posse anterior e do esbulho, sendo que a ausência desses elementos inviabiliza o deferimento da proteção reclamada por meio da ação de reintegração por ausência dos requisitos previstos no art. 927 do CPC.

- Para caracterizar a posse do herdeiro, basta o falecimento, e, estando presentes nos autos elementos que insinuam a residência do réu no imóvel após o falecimento de sua avó, comprovado está o esbulho.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0508.07.003019-4/001 - Comarca de Piranga - Apelante: Geraldo José Pinto Martins Mendes - Apelado: José Silvério Horta Martins - Litisconsortes: Jesus Sobreira Martins e outro - Relator: DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de junho de 2009. - *Francisco Kupidlowski* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Pressupostos presentes. Conheço do recurso.

Contra sentença que, na Comarca de Piranga - Vara Única -, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para reintegrar José Silvério Horta Martins na posse do imóvel descrito na exordial, surge o presente apelo interposto por Geraldo José Pinto Martins Mendes, arguindo ilegitimidade ativa dos autores, o qual mora no imóvel há 40 anos e que sua avó, já falecida, lhe havia doado o imóvel.

Ressalta que José Silvério jamais exerceu posse sobre o imóvel, portanto não preenche os requisitos da ação possessória, esperando assim pelo provimento do recurso.

De acordo com o apelante, os autores são partes ilegítimas para figurar no polo ativo da presente deman-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 183

da porque eles efetivamente não se encontram na posse e administração dos bens deixados pelo *de cujus*, e assim a ação deve ser extinta sem julgamento do mérito.

Sobre a preliminar de ilegitimidade ativa:

Inocorrente, pois a abertura da sucessão se dá com o óbito e com ela nascem os direitos e deveres dos herdeiros para com os bens deixados pelo falecido. É o que dispõe o art. 1.784 do Código Civil de 2002.

Assim sendo, qualquer herdeiro tem legitimidade para postular em juízo a defesa da posse de bens deixados pelo *de cujus*, que esteja sofrendo algum tipo de ameaça, independentemente de abertura de inventário.

Nesse sentido, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> [...] um dos herdeiros, ainda que sem a interveniência dos demais, pode ajuizar demanda visando à defesa da herança, seja o seu todo, que vai assim permanecer até a efetiva partilha, seja o quinhão que lhe couber posteriormente. [...]. (REsp nº 36700/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 14.10.96, *DJ* de 11.11.96, p. 43.713.)

Rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, a sentença é elogiável e não merece retoques.

Os autores alegam que tiveram esbulhada a posse do imóvel descrito na inicial, uma vez que o réu, após se instalar no mesmo, recusa-se a deixá-lo amigavelmente, residindo ali desde janeiro de 2007.

Para a ação de reintegração de posse, há que se provar a posse anterior, o esbulho e a perda da posse.

Ernane Fidélis dos Santos ensina: "A posse, passível de proteção possessória, deve ser aquela de que houve prova do fato da posse anterior (*Dos procedimentos especiais do Código de Processo Civil*. 3. ed., 1999, v. 6, p. 123)".

O art. 927 do Código de Processo Civil disciplina:

> Art. 927. Incumbe ao autor provar:
> I - a sua posse;
> II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
> III - a data da turbação ou do esbulho;
> IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Ao contrário do que entende o apelante, a herança se transmite aos herdeiros e testamentários desde o falecimento, e, assim, estes adquirem a posse indireta de todos os bens que compõem o acervo hereditário, sendo desnecessária a apreensão física da coisa e a intenção de dono.

Nesse sentido:

> [...] para caracterizar-se a posse do herdeiro, basta o falecimento, sendo irrelevante perquirir-se do *animus* ou do *corpus*. O herdeiro pode valer-se dos interdictos para a defesa de sua posse (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3 ed., São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 608).

Apesar da alegação recursal de que o apelante reside no imóvel há 45 anos, não há prova nos autos. Inversamente a esta afirmação, as testemunhas ouvidas em juízo informaram que nenhuma das partes (nem autores nem réu) realmente exerceu a posse do imóvel enquanto Dona Rita era viva, pois os netos moraram com a avó por determinados períodos, sempre com aquiescência dela. Revela-se, portanto, nunca ter havido por parte deles o exercício de forma autônoma e independente dos poderes inerentes ao domínio.

Nos últimos dias de sua convalescença, Dona Rita (mãe do 1º autor e avó dos demais) foi residir em casa de parentes, e o apelante passou a residir em seu imóvel, contudo, não há provas de que houve consentimento, estando configurado o esbulho.

Segundo De Plácido e Silva, esbulho é:

> [...] ato violento, em virtude do qual é uma pessoa despojada (desapossada), contra sua vontade, daquilo que lhe pertence ou está em sua posse, sem que assista ao violentador, qualquer direito ou autoridade, com que possa justificar o seu ato [...] (*Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, D-I, 1975).

E

> [...] A ação de reintegração de posse é manejada naquelas situações em que o possuidor é despojado da posse contra sua vontade, tipificando-se o esbulho. Na reintegratória temos posse atualmente perdida, cuja restituição o possuidor precedente persegue, insurgindo-se contra o possuidor que esbulhou. O objetivo é buscar a posse pedida, repondo o possuidor no estado ou condição que gozava na posse, retornando-se ao estado primitivo [...]. (*Curso de direito civil* - direito das coisas. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, vol. 3, p. 81. Obra de autoria do Doutor em Direito Civil pela UFMG e Advogado Marco Aurélio S. Viana.)

Nesse sentido, o aresto recente deste Tribunal:

> Agravo de instrumento. Liminar em reintegração de posse. Transmissão hereditária. Imóvel comum. Litisconsórcio ativo. Desnecessidade. Confirmação da posse e do esbulho com menos de ano e dia. Deferimento. - A abertura da sucessão dá-se com o óbito, e qualquer herdeiro tem legitimidade para postular individualmente em juízo a defesa da posse de bens do espólio que estejam sofrendo algum tipo de ameaça, independentemente de abertura de inventário. Confirmados a posse anterior e o esbulho com menos de ano e dia, através da notificação, presentes os pressupostos para a concessão da liminar pleiteada (TJMG, Apelação nº 1.0309.08.024864-9/001, Rel. Des. Luciano Pinto, julgada em 19.02.09 e publicada em 13.03.2009).

E, como o 1º autor é herdeiro necessário, reivindicando a posse do bem, não há como acolher o pleito recursal.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 184

Com o exposto, nego provimento à apelação.
Custas do recurso, pelo apelante, isento.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CLÁUDIA MAIA e NICOLAU MASSELLI.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Danos causados a imóvel - Obra no prédio vizinho - Construtora e dono da obra - Responsabilidade objetiva e solidária - Dano material - Dano moral - Comprovação - Ilegitimidade passiva - Dever de indenizar - Prescrição quinquenal - Não ocorrência - Sentença *ultra petita* - Decote do excesso

Ementa: Ação de indenização. Danos causados a imóvel em decorrência de obra no prédio vizinho. Responsabilidade objetiva e solidária da construtora e do dono da obra. Danos materiais e morais comprovados. Ilegitimidade passiva. Preliminar rejeitada. Dever de indenizar verificado. Prescrição quinquenal. Inocorrência. Sentença *ultra petita*. Decote do excesso.

- A análise das condições da ação deve ser realizada *in statu assertionis*, com base na narrativa realizada pelo autor na petição inicial.

- Em se concluindo que o autor é o possível titular do direito sustentado na inicial, bem como que o réu deve suportar a eventual procedência da demanda, estará consubstanciada a condição da ação relativa à legitimidade das partes.

- De acordo com o antigo Código Civil, prescreve em cinco anos a ação por ofensa ou danos causados ao direito de propriedade, contado o prazo da data em que se deu a mesma ofensa ou dano.

- A responsabilidade da construtora e do dono da obra pelos danos causados ao imóvel vizinho é solidária e objetiva.

- Para que se condene alguém ao pagamento de indenização por dano moral, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, o ato ilícito do agente e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo.

- O valor da indenização por danos morais deve ser fixado com razoabilidade, de modo a servir como compensação à vítima e punição ao responsável, devendo-se evitar, por outro lado, que se converta em fonte de enriquecimento sem causa.

- Uma vez que o valor da indenização fixado pelo magistrado *a quo* é adequado para reparar a dor moral sofrida pelos autores, não há se falar em sua minoração.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0460.01.005424-1/001 - Comarca de Ouro Fino - Apelantes: Condomínio Edifício Ouro Verde e outro - Apelados: Sebastião Fonseca e outra - 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 AGRAVO RETIDO. REJEITAR PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA; ACOLHER, EM PARTE, PRELIMINAR DE SENTENÇA *ULTRA PETITA* PARA EFETUAR O DECOTE; REJEITAR PREJUDICIAL E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2009. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Cuida-se de ação de indenização proposta por Sebastião Fonseca e Neusa Fonseca em face de Condomínio do Edifício Ouro Verde e Sotogel - Sociedade Técnica de Engenharia Civil Ltda., alegando serem proprietários do imóvel localizado na Avenida Ciro Gonçalves nº 80. Afirmaram que o proprietário do terreno vizinho, Juvenal Braga, celebrara contrato de parceria com a Construtora Sotegel para edificação de um prédio de quinze andares.

Explicaram que a obra se encontrava em fase adiantada, tendo causado sérios danos ao seu imóvel, que era utilizado para fins residenciais e comerciais. Em virtude de tais fatos, não mais conseguiram alugá-lo, especialmente em virtude do risco de queda de materiais. Disseram que a obra ocasionou perda da privacidade de quem ocupasse o imóvel.

Afirmaram que os réus apenas haviam concordado em remendar as trincas das paredes e o piso da casa. Pediram fossem estes condenados ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e pelos lucros cessantes, no valor de R$ 600,00 mensais.

Na audiência, os réus contestaram a demanda, alegando, preliminarmente, nulidade da citação e impossibilidade jurídica do pedido. Disseram que a construtora tomou todas as medidas necessárias para que a obra fosse realizada com total respeito às normas técni-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 185

cas e de segurança. Aduziram que os autores não permitiam a entrada em seu imóvel, nem sequer para que fossem efetuados reparos.

Alegaram que os requerentes haviam sofrido apenas diminuição temporária do potencial financeiro do imóvel, em virtude de múltiplos fatores, especialmente da falta de reforma. Afirmaram que, em momento algum, agiram de modo ilícito e que não se encontravam configurados os requisitos para sua responsabilização, quer por dano moral, quer pelo de ordem material.

Realizada prova técnica, apresentadas alegações finais, a Juíza julgou parcialmente procedente a demanda, condenando os réus a pagarem a quantia de R$ 87.200,00, a título de danos materiais, e de doze salários mínimos, a fim de reparar os danos morais.

Os autores aviaram embargos declaratórios, que foram providos, condenando-se os requeridos ao pagamento dos honorários do perito e também do assistente técnico dos autores.

Inconformados, os réus interpuseram apelação, pleiteando, preliminarmente, a anulação do processo, a partir da perícia, por não terem sido as partes comunicadas da realização da prova técnica. Observaram que o perito elaborou o laudo sem os dados técnicos imprescindíveis e os documentos necessários, que considerou "presumidamente inexistentes", baseando-se, assim, nas informações colhidas junto ao mestre de obras e nas observações de ordem visual. Disseram que isso levou a conclusões equivocadas, como o erro de considerar necessário o rebaixamento do lençol subterrâneo para a realização da fundação do prédio. Explicaram que havia, nos autos, seus endereços, para que pudessem ser convocados para acompanhar a realização da perícia.

Afirmaram que a sentença deveria ser reformada, por conter julgamento *ultra petita*, visto que os autores não haviam pleiteado a condenação dos réus ao pagamento do valor a ser gasto com a demolição e reconstrução do imóvel.

Argumentaram que a quantia de R$ 87.200,00 era excessiva, pois a casa dos apelados foi construída há sessenta anos e se encontrava em péssimo estado de conservação, não se tendo demonstrado que estivesse em boas condições, antes do início da construção do prédio. Observaram que a sentença os condenou a pagar o valor de uma construção bem maior do que o preço do imóvel dos autores e que muitas empresas aceitavam prestar serviço de demolição apenas em troca do material restante, que pudesse ser aproveitado.

Sustentaram que não havia danos morais a serem indenizados, mormente porque os apelados jamais haviam residido no imóvel objeto da lide. Pediram fosse provido o apelo.

Nas contrarrazões, os apelados bateram-se pela confirmação da sentença.

No julgamento da apelação, este eg. Tribunal acolheu a preliminar suscitada pelos réus e declarou a nulidade do processo, a partir da f. 131, inclusive, determinando o retorno dos autos ao Juízo primevo, a fim de que nova prova técnica fosse produzida, intimando-se previamente as partes para acompanhá-la.

Os autos retornaram à primeira instância, vindo aos autos o novo laudo pericial às f. 618/650.

Os autores manifestaram-se sobre o laudo, e os réus apresentaram o parecer de seu assistente técnico.

Em face da intempestividade do parecer do assistente técnico dos réus, o Juiz determinou o seu desentranhamento dos autos, o que ocasionou a interposição de agravo retido. Aduziram os então agravantes que o parecer ajudaria a elucidar vários aspectos da demanda, não esclarecidos pelo laudo oficial. Afirmaram que o parecer não foi entregue no prazo de dez dias, por se tratar de trabalho complexo e de difícil confecção. Defenderam o contraditório, a ampla defesa e a busca da verdade real.

Foram ouvidas quatro testemunhas, em audiência; as partes apresentaram memoriais, e os autos foram conclusos para sentença.

O Juiz julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando os réus a pagarem indenização por danos morais, no valor de R$ 7.500,00, para cada um dos autores; lucros cessantes, referentes aos aluguéis que deixaram de receber, no valor de R$ 600,00 mensais, no período de 10.05.1997 a 18.01.2007; indenização pela casa depredada, no importe de R$ 74.000,00; indenização pela desvalorização do terreno, calculada em R$ 15.912,00, e ressarcimento das despesas com a demolição do imóvel, fixadas em R$ 9.250,00.

Inconformados, os réus apelaram, requerendo, preliminarmente, a análise do agravo retido, interposto contra a decisão que determinou o desentranhamento do parecer do assistente técnico, por ter sido apresentado intempestivamente.

Levantam preliminar de ilegitimidade passiva da Sotegel - Sociedade Técnica de Engenharia Civil Ltda., pois quem executou a fundação para a construção do prédio foi a empresa Arcos Arquitetura Construções Ltda., contratada diretamente pelo Condomínio do Edifício Ouro Verde.

Arguem preliminar de nulidade da sentença, por considerá-la *ultra petita*, quanto à sua condenação ao pagamento de indenização para demolição e reconstrução de imóvel e, ainda, pela desvalorização do terreno.

Suscitam prejudicial de prescrição quinquenal, com fulcro no inciso IX do § 10 do art. 178 do CC/1916, uma vez que as obras de sondagem do solo e fundações se encerraram em julho de 1995 e a presente ação só foi ajuizada em 12.11.2001.

Sustentam que não há nexo causal entre os danos verificados no imóvel dos apelados e a construção do

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 186

prédio do condomínio apelante. O parecer do seu assistente técnico comprovaria isso. As anomalias observadas no imóvel dos apelados são decorrentes da falta de manutenção e abandono total por parte dos proprietários. A edificação dos apelados tem mais de 50 anos, é simples e possui vícios de construção. Além disso, a casa foi abandonada, não recebeu manutenção e ficou sob a guarda de vadios e vândalos. A rua onde está localizada a casa dos autores é rota de veículos pesados, sujeitando o imóvel a vibrações intensas. Por outro lado, a construção do edifício iniciou-se em 1995 e teve seus projetos previamente aprovados pela prefeitura, obtendo-se, ao final, o respectivo habite-se. Dessa forma, não há falar em irregularidade da construção.

Alegam que os danos morais não restaram comprovados, tratando-se de meros aborrecimentos. Os lucros cessantes também não foram demonstrados, sendo certo que o aluguel mensal de R$ 600,00 para o imóvel dos autores não condiz com a realidade.

Insurgem-se, também, contra o valor apurado para demolição e reconstrução da casa e pedem o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 750/771.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Agravo retido.

Os réus insurgem-se contra a decisão que determinou o desentranhamento do parecer do seu assistente técnico, por ter sido apresentado intempestivamente.

A irresignação não prospera. Isso porque os réus não observaram o prazo de dez dias, previsto no parágrafo único do art. 433 do CPC, para oferecimento do parecer de seu assistente técnico. Esse fato, aliás, não é negado pelos ora agravantes.

A propósito da matéria dos autos, o autorizado processualista Ernane Fidélis dos Santos (*Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, p. 450) doutrina:

> Na perícia comum, o perito deverá apresentar o laudo em cartório no prazo fixado pelo juiz, mas, de qualquer forma, pelo menos vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento (art. 433), o que importa dizer que, se a audiência estiver marcada com prazo inferior, deverá ser adiada. Mais prático, portanto, que se designe audiência sempre após a realização da perícia.

Prossegue:

> Apresentado o laudo, as partes são intimadas da apresentação. A partir de tal intimação, abre-se para os assistentes técnicos oportunidade para apresentação de seus pareceres. Os pareceres dos assistentes técnicos deverão ser apresentados no prazo comum de dez dias, independentemente de intimação (art. 433, parágrafo único), o que equivale a dizer que, se não forem apresentados, o processo prossegue normalmente.

No sentido de ser preclusivo o prazo, tem decidido o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> O prazo de que dispõe o assistente técnico para juntada de seu parecer é preclusivo, de modo que, apresentado extemporaneamente, deve ser ele desentranhado (STJ, 4ª T., REsp 58.211/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 19.8.97, deram provimento, v.u., *DJU* de 29.9.97, p. 48.209).

> Recurso especial. Processual civil. Perito. Parecer. Assistente técnico. Apresentação intempestiva da manifestação. Prazo preclusivo. Desentranhamento. Inteligência do art. 433, parágrafo único, do CPC.
> 1. O prazo de que dispõe o assistente técnico para juntada do parecer é preclusivo, cuja apresentação extemporânea impõe o seu desentranhamento. Precedentes: REsp 792.741/RS, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, *DJ* de 25.10.2007; REsp 800.180/SP, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, *DJ* de 08.05.2006; REsp 299.575/MG, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* de 15.12.2003.
> 2. Recurso especial desprovido (REsp 918121/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02.12.2008, *DJe* de 17.12.2008).

O direito processual moderno, embora seja avesso a certos rigorismos, não pode ser também liberal, de modo a abrir mão de certos princípios, como o da preclusão.

Vê-se que os agravantes alegaram que o atraso quanto à apresentação do parecer se justifica em face da complexidade do trabalho técnico. Contudo, não cuidaram de requerer, a tempo e modo, a dilação do prazo. Além disso, não há qualquer prova de justo impedimento para a prática do ato, conforme disposto no art. 183 e §§ do CPC.

Desse modo, tenho que o MM. Juiz *a quo* decidiu com o habitual acerto.

A decisão hostilizada não é teratológica, nem ofende a lei ou a Constituição, estando, pelo contrário, em total consonância com as normas processuais.

Como ensina E. D. Moniz de Aragão:

> A lei não tolera é que o ato seja praticado depois de expirado o prazo; há que sê-lo, sempre, no momento adequado, facultado, quando admissível, antecipá-lo. Vencido o prazo, porém, impossível praticar validamente o ato processual. Tratando-se de prazo peremptório, as partes não têm qualquer disponibilidade; não o podem reduzir nem encompridar (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 92).

O art. 181 do CPC permite a prorrogação do prazo dilatório (fixado por norma dispositiva, como a presente), somente se as partes estão de comum acordo, o que não se verifica na hipótese em análise, valendo destacar que ao Juiz cumpre velar pela celeridade processual.

Portanto, como a decisão agravada se encontra correta, nego provimento ao agravo retido.

Apelação.

Preliminar de ilegitimidade passiva da Sotegel - Sociedade Técnica de Engenharia Civil Ltda.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 187

A ré Sotegel - Sociedade Técnica de Engenharia Civil Ltda. aduz não ser parte legítima para responder ao presente feito, pois quem executou a fundação para a construção do prédio foi a empresa Arcos Arquitetura e Construções Ltda., contratada diretamente pelo condomínio réu.

Relativamente à legitimidade passiva, é preciso verificar como a doutrina tem conceituado tal condição da ação:

> A legitimação para agir (*legitimatio ad causam*) diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação. É a pertinência subjetiva da ação, como diz Buzaid. A ação somente pode ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalente na pretensão, e contra aquele cujo interesse se exige que fique subordinado ao do autor. Desde que falte um desses requisitos, há carência de ação por ausência de *legitimatio ad causam*. Só os titulares do direito em conflito têm o direito de obter uma decisão sobre a pretensão levada a juízo através da ação. São eles, portanto, os únicos legitimados a conseguir os efeitos jurídicos decorrentes do direito de ação (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1966, v. 2, p. 41).

> A terceira condição do direito de ação é a qualidade para agir, legitimidade ou legitimação para agir (*legitimatio ad causam*). O autor deve ter título em relação ao interesse que pretende seja tutelado. Por outras palavras, o autor deverá ser titular do interesse que se contém na sua pretensão com relação ao réu. Assim, a legitimação para agir em relação ao réu deve corresponder à legitimação para contradizer deste em relação àquele. Ali, legitimação ativa; aqui, legitimação passiva (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2, p. 146).

A análise das condições da ação deve ser realizada *in statu assertionis*, com base na narrativa realizada pelo autor na petição inicial. Em se concluindo que o autor é o possível titular do direito sustentado na inicial, bem como que o réu deve suportar a eventual procedência da demanda, estará consubstanciada a condição da ação relativa à legitimidade das partes.

No caso em exame, os autores afirmam que os danos causados ao seu imóvel decorreram de ato negligente da Sotegel - Sociedade Técnica de Engenharia Civil Ltda., que não tomou os devidos cuidados quanto à escavação, estaqueamento e fundação da obra para construção do prédio vizinho.

Nessa linha, sendo a conduta ilícita imputada à ré Sotegel - Sociedade Técnica de Engenharia Civil Ltda., é ela parte legítima para figurar no polo passivo da lide. Se ela é ou não efetivamente responsável pelos danos alegados na inicial, a matéria é de mérito, devendo, como tal, ser decidida.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Preliminar de nulidade da sentença *ultra petita*.

Os réus consideram a sentença monocrática *ultra petita*, uma vez que os condenou ao pagamento de indenização para demolição e reconstrução do imóvel dos autores e, ainda, pela desvalorização do respectivo terreno, sem que tais verbas fossem objeto da inicial.

Assiste-lhes parcial razão.

Sobre os limites da lide, o eminente Desembargador Ernane Fidélis dos Santos, em sua obra *Manual de direito processual civil* (3. ed. Saraiva, 1994, p.160-161), doutrina:

> O autor, ao promover ação, deve formular pedido concreto, com todas as suas especificações (art. 282, IV). Tal pedido deve ser fundamentado em fatos que permitam tê-lo por conclusão. Tais fatos são o que se chama 'fato e fundamentos jurídicos do pedido' (art. 282, III). Fundamento jurídico do pedido não é preceito de lei invocado, mas a conseqüência do fato que provoca a conclusão do pedido.

Prossegue:

> Decidindo sobre o pedido do autor, especificamente, o juiz julga o mérito (art. 269, I), isto é, a lide sobre a qual a coisa julgada pode incidir, em forma de lei especial para o caso concreto (art. 468).

Conclui:

> A lide, portanto, é limitada pelo pedido. O juiz não pode ir além (sentença *ultra petita*), nem ficar aquém (sentença *citra petita*), nem conhecer de pedido ou fundamento que o autor não fez (sentença *extra petita*).

Ainda a respeito da adstrição do juiz ao pedido da parte, trago à baila a lição de Amaral Santos:

> A sentença deverá ser a resposta jurisdicional ao pedido do autor, nos limites em que este formulou. Afastando-se desses limites, a sentença decide *extra* ou *ultra petita*.

Ora, ao juiz cabe compor a lide "nos limites do pedido do autor e da resposta do réu" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 550).

A sentença hostilizada condenou os réus ao pagamento de indenização por danos morais e materiais. Estes últimos relativos às despesas com a demolição e reconstrução do imóvel, lucros cessantes e indenização pela desvalorização do terreno.

Da leitura atenta da petição inicial, verifico que, efetivamente, não há pedido relativo à indenização pela desvalorização do terreno, motivo pelo qual tal condenação deve ser decotada da sentença.

No entanto, quanto às demais verbas indenizatórias, todas elas constaram da peça inicial, se não, vejamos.

Os pedidos de letras *h* e *i*, de f. 21, referem-se à indenização por danos morais e lucros cessantes.

Nos danos materiais, incluem-se, além dos lucros cessantes, os danos emergentes verificados no imóvel,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 188

cujo pedido de reparação restou compreendido na letra *c*, de f. 20, quando os autores pleitearam a apuração do prejuízo pela perícia técnica: "a nomeação de perito judicial para levantamento dos danos causados no imóvel dos autores".

Contudo, diante da impossibilidade de recuperação da casa, outra opção não restou, senão a sua demolição e posterior reconstrução, conforme previsto na exordial, *in verbis*:

> Para a recuperação da região afetada do imóvel, demandará técnicas construtivas sofisticadas, cujo custo não justifica para o imóvel em questão, devendo este ser periciado para se avaliar a necessidade ou não de sua demolição (f. 06).

Dessarte, o *decisum* deve ser considerado *ultra petita*, somente no que tange à condenação dos réus ao pagamento de indenização pela desvalorização do terreno dos autores.

Por tais razões, acolho, em parte, a preliminar de nulidade da sentença, para decotar a condenação relativa à desvalorização da área, no valor de R$ 15.912,00.

Prejudicial de prescrição.

Os réus arguíram prejudicial de prescrição quinquenal, com fulcro no inciso X do § 10 do art. 178 do CC/1916.

Com efeito, aplicável à espécie em exame a regra prevista no antigo Código Civil, segundo a qual prescreve, em cinco anos, "a ação por ofensa ou dano causados ao direito de propriedade; contado o prazo da data em que se deu a mesma ofensa ou dano".

Isso porque os danos para os quais os autores reclamam indenização decorreram das obras realizadas pelos réus em terreno vizinho ao seu, obras essas que se iniciaram entre os anos de 1994 e 1995 (f. 67), estando, em 2002, já em fase de acabamento (f. 189). Portanto, os fatos narrados na inicial se deram todos antes da entrada em vigor do novo Código Civil (11.01.2003), assim como o ajuizamento da ação, que data de 09.11.2001 (verso da contracapa).

Contudo, o termo inicial da prescrição, indicado pelos réus (julho de 1995), não pode ser considerado.

É que os danos verificados no imóvel dos autores não se deram em um único momento, mas durante toda fase de construção, que, conforme se viu, em 2002, ainda estava em fase de acabamento. Nessa linha, não há se falar em prescrição da pretensão dos autores, requerida em 2001.

Por tal motivo, rejeito a prefacial de prescrição.

Mérito.

Trata-se de ação em que se busca a reparação por danos materiais e morais ocasionados pela construção de edifício em terreno vizinho ao dos autores.

Sobre a responsabilidade por danos a vizinhos, impõe-se destacar a doutrina do ilustre Desembargador paulista Carlos Roberto Gonçalves:

> Os danos causados aos vizinhos hão de ser ressarcidos por quem der origem a eles e por quem aufere os proveitos da construção. A jurisprudência pátria tem reconhecido a responsabilidade solidária do construtor e do proprietário, admitindo, porém, a redução da indenização quando a obra prejudicada concorreu efetivamente para o dano, por insegurança ou ancianidade. O proprietário, porém, tem ação regressiva contra o construtor, se os danos decorreram de imprudência, negligência e, especialmente, imperícia de sua parte.
> A responsabilidade solidária decorre da simples nocividade da obra, independentemente de culpa de qualquer deles (*Direito civil brasileiro*. 4. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 4, p. 276-277).

Valiosos, também, os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho:

> É comum, durante a construção, aparecerem rachaduras e abalos estruturais nos prédios vizinhos em razão de escavações no terreno ao lado e vibrações do estaqueamento; quedas de materiais e outros objetos atingem transeuntes; desabamento de marquise e até do próprio prédio fere e mata pessoas etc.
> Inexistindo relação jurídica precedente entre o construtor e os terceiros eventualmente prejudicados pelo fato da construção, a sua responsabilidade é extracontratual em todos esses eventos comuns nas edificações. Essa responsabilidade decorre da lei e independe de culpa do construtor, bastando para a sua caracterização a relação de causalidade entre o dano e a construção. Somente o fortuito externo, causa inteiramente estranha à construção, poderá excluí-la.

Prossegue:

> Atente-se, todavia, a que a responsabilidade do construtor não afasta a responsabilidade do dono da obra, que aufere os proveitos da construção [...].
> O contrato de construção, qualquer que seja a sua modalidade, é *res inter alios* para a vítima. Repetimos que não lhe compete averiguar, nem demonstrar que o dano sofrido pelo fato da construção resultou de imperícia do construtor ou de falta de cautela do proprietário ao escolhê-lo. Ambos exercem atividade que põe risco à coletividade em geral. O que solidariza e vincula o proprietário e o construtor pela reparação do dano sofrido por terceiro é, objetivamente, a lesão decorrente do fato da construção, fato, este, proveitoso tanto para o dono da obra como para quem a executa com fim lucrativo (*Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 299-300).

Como se viu, a responsabilidade da construtora Sotegel - Sociedade Técnica de Engenharia Civil Ltda. e do dono da obra, o Condomínio do Edifício Ouro Verde, pelos danos causados aos autores vizinhos, por fato da construção do prédio, é solidária e objetiva, ou seja, independe da demonstração da culpa.

Vale aqui ressaltar que a alegação da Sotegel, no sentido de que a responsabilidade pelos danos narrados pelos autores deve ser imputada à empresa Arcos Arquitetura Construções Ltda., pois foi ela quem prestou os serviços de fundação, não procede.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 189

Isso porque, embora os serviços tenham sido contratados pelo dono da obra, no caso, o Condomínio do Edifício Ouro Verde, pelos documentos de f. 69 e 71, verifica-se que houve participação direta da Sotegel - Sociedade Técnica de Engenharia Civil Ltda. na negociação e escolha da empresa encarregada de realizar as fundações, sendo certo que tal serviço era indispensável e fundamental para o início do trabalho que seria executado pela construtora. Assim sendo, deve a construtora responsabilizar-se pelos danos decorrentes dos serviços de fundação, uma vez que não atentou para os danos que as fundações estavam ocasionando ao imóvel vizinho: não procurou evitá-los, minimizá-los ou repará-los. Por outro lado, nas palavras do ilustre professor já citado, Sérgio Cavalieri Filho, "quem aufere os cômodos suporta os ônus".

Demais disso, como já afirmado anteriormente, os danos verificados no imóvel dos autores não decorreram, exclusivamente, dos serviços de fundação, mas também de diversos outros problemas ocorridos durante todo o desenvolver da execução da obra.

Sustentam os réus que não há nexo causal entre os danos verificados na casa dos autores e a construção do prédio vizinho.

Mas não é isso que restou comprovado nos autos. A perícia técnica deixou claro que todas as anomalias encontradas na casa dos autores foram desencadeadas pelas obras dos réus:

> 9. Quais os tipos de anomalias encontradas no prédio do Sr. Sebastião Fonseca?
> Resposta: Trincas e fissuras (causadas por pressões estruturais), infiltrações e umidade (a obra do Edifício não tomou as medidas adequadas ao construir), afundamento do piso (aconteceu e está acontecendo pelo fato da umidade das goteiras e calhas danificadas não darem à água o destino adequado), madeiramento com defeito (apodrecimento já adiantado provocado pelas goteiras que a inadequação dos métodos construtivos causou pela falta de proteção) telhado quebrado (causado pela queda de materiais de construção utilizados durante a obra do Edifício), rede elétrica e hidráulica (totalmente destruídas pelo abandono ao longo dos anos), janelas, portas e vitrôs (totalmente danificados) e vidros quebrados (em todas as janelas) (f. 627/628).

As hipóteses levantadas pelos réus, de que os danos verificados são decorrentes da idade avançada da construção dos autores, da sua simplicidade, de defeitos na reforma ou do trânsito intenso de veículos na rua em que está localizada a casa, foram devidamente descartadas pelo perito oficial, conforme resposta dada por ele aos quesitos de nº 2 a 12, formulados pelos réus (635/640).

Malgrado o parecer do assistente técnico dos réus tenha sido desentranhado dos autos, o laudo oficial é claro e conclusivo quanto às causas da deterioração do imóvel dos autores, inexistindo quaisquer outras circunstâncias que possam colocá-lo em dúvida.

Comentando os arts. 436 e 437 do CPC, esclarecendo o verdadeiro alcance do princípio da não adstrição ao laudo, explica o mestre Moacyr Amaral Santos que o julgador apenas poderá deixar de basear sua decisão nas conclusões do perito, caso as demais provas presentes nos autos indiquem, com segurança, que os fatos não ocorreram conforme descritos pelo experto:

> [...] por não estar vinculado às conclusões do laudo, não decorre possa o juiz arbitrariamente repeli-las, mas insta que mui fortes razões tenha, e perfeitamente justificadas, para deixar de acatá-las. Vem a propósito lição de Lessona, citando Stoppato, conforme a qual não se deve presumir que 'um juiz culto, inteligente e sábio negue aquilo que se acha científica e logicamente demonstrado, ou que repila o que estiver iniludivelmente assegurado, ou se subtraia arbitrariamente aos resultados de conhecimentos específicos, quando a estes correspondam os fatos (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 331-332).

Ao contrário do que tentam dar a entender os réus, o estado atual de abandono do imóvel dos autores foi ocasionado não por vontade ou descuido dos proprietários, mas pelas obras do prédio vizinho, que, inclusive, levaram o então inquilino, Sr. Nacim Scaff Júnior, a desistir da locação, no ano de 1997. É o que ele confessou em depoimento prestado na audiência de instrução e julgamento:

> [...] que o depoente deixou o imóvel dos autores por conta da construção do prédio referido nestes autos, vizinho ao imóvel que alugava; que, diante da construção, ocorria muita poeira no imóvel, além de o mesmo tremer com constância; que também o fundo do imóvel chegou a se romper, além de trincas nos muros; por tais motivos, o depoente não teve mais condições de permanecer no imóvel [...] (f. 685).

Nesse ponto, vale ressaltar que os lucros cessantes, decorrentes da não locação do imóvel, após o início das obras do prédio vizinho, restaram devidamente comprovados, pelo depoimento do ex-locatário, assim como o valor do aluguel, de R$ 600,00, para utilização de todo o imóvel, isto é, em sua área residencial e comercial.

O valor do aluguel, de R$ 600,00, é corroborado pelo digno perito oficial, que apurou o *quantum* após pesquisa junto às imobiliárias locais (f. 620/621).

Da mesma forma, as despesas para demolição e reconstrução da casa foram devidamente apuradas e calculadas pelo perito oficial (f. 620), não se mostrando excessivas, como alegado pelos réus, sem qualquer suporte probatório.

No que tange ao dano moral, a sua reparabilidade ou ressarcibilidade é pacífica na doutrina e na jurisprudência, mormente após o advento da Constituição Federal de 05.10.88 (art. 5º, incisos V e X), estando hoje sumulada, sob o nº 37, pelo STJ.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 190

Como observa Aguiar Dias, citado pelo Des. Oscar Gomes Nunes do TARS,

> [...] a reparação do dano moral é hoje admitida em quase todos os países civilizados. A seu favor e com o prestígio de sua autoridade pronunciaram-se os irmãos Mazeaud, afirmando que não é possível, em sociedade avançada como a nossa, tolerar o contra-senso de mandar reparar o menor dano patrimonial e deixar sem reparação o dano moral (cfr. DIAS, Aguiar. *A reparação civil*. Tomo II, p. 737).

Importante ter-se sempre em vista a impossibilidade de se atribuir equivalente pecuniário a bem jurídico da grandeza dos que integram o patrimônio moral, operação que resultaria em degradação daquilo que se visa a proteger (cf. voto do Min. Athos Carneiro, no REsp nº 1.604-SP, *RSTJ* 33/521).

Caio Mário, apagando da ressarcibilidade do dano moral a influência da indenização, na acepção tradicional, entende que há de preponderar

> um jogo duplo de noções: a - de um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia [...]; b - de outro lado, proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*, porém uma ensancha de reparação da afronta [...] (autor citado, *Instituições de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 235).

E acrescenta:

> na ausência de um padrão ou de uma contraprestação que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização [...] (Caio Mário, ob. cit., p. 316).

No caso *sub judice*, os danos morais restaram devidamente comprovados, pois inúmeros e sérios foram os problemas que a obra dos réus lhes causou, chegando a ponto de terem que abandonar o imóvel, não podendo dele fazer qualquer uso, durante o longo período que até hoje se estende.

Até mesmo o direito à privacidade foi violado, uma vez que, de acordo com o laudo pericial, a obra do condomínio não respeitou o recuo mínimo obrigatório entre os imóveis, fazendo com que diversas janelas ficassem voltadas para a casa dos autores, em uma distância muito pequena (f. 623).

Não se trata, portanto, de mero dissabor.

Este Tribunal, a exemplo de várias outras Cortes brasileiras, tem primado pela razoabilidade na fixação dos valores das indenizações.

Sobre esta matéria, Humberto Theodoro Júnior observa que:

> [...] nunca poderá o juiz arbitrar a indenização do dano moral, tomando por base tão somente o patrimônio do devedor. Sendo a dor moral insuscetível de uma equivalência com qualquer padrão financeiro, há uma universal recomendação, nos ensinamentos dos doutos e nos arestos dos tribunais, no sentido de que 'o montante da indenização será fixado eqüitativamente pelo Tribunal' (Código Civil Português, art. 496, inc. 3). Por isso, lembra R. Limongi França, a advertência segundo a qual 'muito importante é o juiz na matéria, pois a equilibrada fixação do *quantum* da indenização muito depende de sua ponderação e critério' (Reparação do dano moral. *RT* 631/36) (*Dano moral*. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 44).

Oportuna também a lição de Maria Helena Diniz:

> [...] 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, *Revista Literária de Direito*, ano II, nº 9, p. 9, jan./fev. 1996).

É preciso ter sempre em mente que a indenização por danos morais deve alcançar valor tal que sirva de exemplo e punição para o réu, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para o autor, servindo-lhe, apenas, como compensação pela dor sofrida.

Dessarte, entendo que o montante de R$ 7.500,00, arbitrado pelo Magistrado *a quo*, para cada um dos autores é adequado para a hipótese em exame, não se justificando a redução pretendida pelos apelantes.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo retido; rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva; acolho, em parte, a preliminar de sentença *ultra petita*, para efetuar o decote, conforme exposto alhures; rejeito a prejudicial de prescrição e nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES IRMAR FERREIRA CAMPOS e MÁRCIA DE PAOLI BALBINO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. REJEITARAM PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA; ACOLHERAM, EM PARTE, PRELIMINAR DE SENTENÇA *ULTRA PETITA* PARA EFETUAR O DECOTE; REJEITARAM PREJUDICIAL E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 191

Ação civil pública - Poluição sonora e atmosférica - Meio ambiente - Dano comprovado - Indenização devida - Cerceamento de defesa - Não ocorrência

Ementa: Apelação cível. Ação civil pública. Cerceamento de defesa inocorrente. Poluição sonora e atmosférica. Dano ao meio ambiente comprovado. Indenização devida. Recurso não provido.

- O cerceamento de defesa ocorre quando o órgão judicial impede a produção de prova necessária e pertinente.

- O julgamento antecipado da lide, sem produção de prova requerida e que deixou de ser produzida por inércia da parte, não configura cerceamento de defesa.

- O meio ambiente sadio é direito de todos e patrimônio da humanidade, e a responsabilidade pela reparação de dano ao meio ambiente é objetiva.

- A pessoa jurídica que exerce atividade em local impróprio e causa poluição sonora, atmosférica e impactos no solo e nas edificações danifica o meio ambiente, tornando-se responsável pela respectiva reparação.

Apelação conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.02.010453-8/001 - Comarca de Betim - Apelantes: Canpack Embalagens Metálicas do Brasil Ltda. e outra - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2009. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

O apelado aforou esta ação civil pública ambiental contra as apelantes Canpack - Embalagens Metálicas do Brasil Ltda. e Intermeson Comercial Ltda. Asseverou que a apelante Intermeson tem como atividade a produção de ferragens para eletrificação e telecomunicações, e a recorrente Canpack fabrica latas. Afirmou que ambas utilizam maquinário pesado que causa poluição sonora, vibrações geradoras de impacto no solo e nas edificações, além de poluição atmosférica oriunda da utilização de produtos químicos. Acrescentou que as apelantes estão localizadas em local impróprio para o tipo de atividade, de acordo com o Plano Diretor do Município de Betim. Pugnou pela cessação das atividades mencionadas e o pagamento de indenização pelos danos causados.

A apelante Intermeson Comercial Ltda. contestou a ação, às f. 647/666, confirmando a inexistência de alvará de localização e funcionamento e atribuindo a falta à morosidade da Administração. Afirmou que também não tem licença ambiental por falta de documentação necessária, entre elas, o alvará mencionado. Negou a responsabilidade pela reparação de danos por ausência de culpa e inexistência de comprovação de danos.

A apelante Canpack - Embalagens Metálicas do Brasil Ltda., na contestação de f. 686/700, afirmou que as vistorias foram realizadas sem observância ao princípio da ampla defesa e devido processo legal. Atribuiu a responsabilidade pela localização ao Município, afirmou que tem licença de localização e funcionamento e está aguardando a concessão de licença ambiental requerida em 29.04.02. Negou ser responsável pelos danos mencionados. Pela r. sentença de f. 1.070/1.080, a pretensão foi parcialmente acolhida.

Preliminar.

As apelantes entendem ter havido cerceamento de defesa capaz de ensejar nulidade da sentença, porque foi proferido julgamento antecipado da lide sem a produção de prova pericial e testemunhal requeridas.

O cerceamento de prova ocorre quando a parte tem o legítimo interesse em produzi-la e fica impedida pelo órgão judicial. As partes não podem ser obrigadas a produzir provas ou impedidas para tanto. Se desejarem provar os fatos, devem contar com a colaboração do juiz. A respeito, ensina Moacyr Amaral Santos em *Prova judiciária no cível e no comercial*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1, p. 288:

> Na execução das provas, a interferência das partes é regulada, conforme o sistema processual adotado. Mas, em regra, em qualquer sistema, não se deve obrigar nem se deve impedir a participação dos litigantes.
> 'Com obrigá-los a intervir na formação das provas, complicar-se-ia o processo e aumentar-se-iam as despesas. A intervenção das partes, além disso, no sentido de melhor assegurar a veracidade das testemunhas ou dos peritos, é coisa de puro interesse privado.
> Vedar a intervenção das partes seria contrariar o princípio da

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 192

> publicidade da instrução e poderia tornar legitimamente suspeita, aos olhos das mesmas, a formação da prova.' [Lessona].
>
> Mesmo no sistema fundado no princípio dispositivo, a prova, visando, como visa, à descoberta da verdade, é executada, conquanto com a interferência prevalecente dos litigantes, em presença e com a ingerência do juiz. [...] Contudo, nesse sistema, não só a função de fiscalizar a atuação das partes, de solucionador das dúvidas e incidentes surgidos no curso da produção da prova, mas também com o fito de procurar a descoberta da verdade, o juiz participa diretamente, embora subsidiária ou supletivamente, no momento da execução.

Houve requerimento, na contestação de f. 665 e 700, para produção de provas documental, testemunhal e pericial, e que foi reiterado na peça de f. 723 pela apelante Intermeson Comercial Ltda. A produção de provas foi deferida na audiência de conciliação e nomeado o perito judicial (f. 750), que apresentou proposta de honorários à f. 798, com pedido de redução pelas apelantes às f. 799/800 e 802/803.

O Magistrado de primeiro grau declarou encerrada a fase de instrução e facultou a apresentação de memoriais, na decisão de f. 1.048, publicada em 23.01.08 (f. 1.054). As apelantes apresentaram alegações finais às f. 1.062/1.068 afirmando ser dever do apelado providenciar a prova pericial e requereram "[...] o acatamento das provas embutidas no laudo pericial [...]".

Ora, as apelantes poderiam ter recorrido da decisão de f. 1.048, que declarou encerrada a fase de instrução sem produção das provas que entendiam necessárias, mas deixaram de utilizar o instrumento processual no prazo legal. Portanto, restou consumada a preclusão consumativa, não podendo as recorrentes se beneficiarem de suposta irregularidade a que deram causa. Logo, não ocorreu o vício mencionado, o que torna impertinente a preliminar. Rejeito-a.

Mérito.

No mérito, a *vexata quaestio* consiste em verificar se é devida a indenização imposta contra as recorrentes.

Anoto que o recorrido juntou, com a petição inicial, cópia do procedimento administrativo nº 08/2002, de f. 44-TJ/516-TJ. Destaco: o termo de reunião de f. 257/260-TJ com proposta de relocação das atividades das apelantes no prazo de 30 dias e que não foi aceita por elas, o relatório técnico nº 020/02, de f. 327/338-TJ, emitido por agentes ambientais do Município de Betim contendo informações acerca de medição de ruídos e declarando que as atividades são incompatíveis com o local. Destaco, também, o relatório técnico nº 022/02, de f. 362/363-TJ constatando a ocorrência de vibrações sistemáticas que provocam impacto no solo e nas edificações, além de emissão de poluentes atmosféricos oriundos de tintas, resinas e solventes que utilizam em sua composição fenóis, hidrocarbonetos, ésteres que têm odores irritantes e prejudiciais à saúde. Merece igual atenção o parecer técnico nº 131/01, de f. 380-TJ, no qual a coordenadora de meio ambiente opina pelo indeferimento de alvará de localização e funcionamento da empresa Intermeson Comercial Ltda. e pela suspensão do alvará da Canpack Embalagens Metálicas Ltda. por incompatibilidade com o Plano Diretor e a Lei de Uso e Ocupação do Solo. Destaco, ainda, as peças de f. 385/388-TJ, 391-TJ contendo reclamações de moradores próximos às apelantes, o relatório de vistoria de f. 392/393-TJ com medições de níveis de ruídos, o parecer técnico nº 552/00, de f. 399/400-TJ, o laudo de perícia técnica de f. 491/495 realizado em 02.04.01 e constatando a ocorrência de ruídos acima do permitido legalmente. Posteriormente, juntou o laudo de perícia técnica nº 145/03, de f. 850/853, e o auto de infração de f. 854/855, no qual a apelante Canpack Embalagens Metálicas do Brasil Ltda. foi autuada por emissão de ruídos acima do permitido e, ainda, o laudo de perícia técnica nº 167/03 constatando a produção de ruídos acima do limite legal.

A Intermeson Comercial Ltda. trouxe vários documentos com o pedido de reconsideração de f. 524/534. Destaco o relatório de controle ambiental de f. 547/557 concluindo pela existência de problema com o controle de ruído, em processo de adequação, o plano de controle ambiental de f. 560/571, confirmando as informações relatadas.

O Município de Betim juntou, por determinação judicial, o relatório técnico nº 163/07, de f. 1.038, pelo qual a apelante Canpack - Embalagens Metálicas do Brasil Ltda. encerrou suas atividades há cerca de três anos; a apelante Intermeson Comercial Ltda. também já havia cessado suas atividades há cerca de quatro anos. Estes os fatos.

Em relação ao direito, dispõe o art. 225 da Constituição da República no sentido de 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

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 193

> 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 dano ambiental consiste na degradação do equilíbrio ecológico, sendo duas as formas de reparação: o retorno ao *status quo* ante e a indenização em dinheiro. A modalidade ideal é a reconstituição ou recuperação do meio ambiente lesado, cessando-se a atividade lesiva e revertendo-se a degradação. Entretanto, quando a reconstituição não seja viável, fática ou tecnicamente, admite-se a indenização em dinheiro.

A propósito, Álvaro Luiz Valery Mirra, na obra *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 286, assevera:

> A reparação, convém insistir neste ponto, tende à compensação do dano. Ora, a reparação do prejuízo ambiental significa a adaptação do meio ambiente degradado e dos seus elementos atingidos a uma situação que possa ser a mais próxima possível daquela anterior à realização do dano ou daquela em que estariam se o prejuízo não tivesse se verificado. A questão, uma vez mais, e como sempre, se resume em encontrar, em cada caso concreto, a melhor forma de compensar o prejuízo causado e de efetivá-la.
> Nesse sentido, os danos ambientais podem até, em certas hipóteses, ser irreversíveis, sob a ótica ambiental e ecológica, mas nunca irreparáveis. Uma compensação pecuniária ou *in natura* sempre poderá (deverá) ser acordada para a recomposição, na medida do possível, do ambiente degradado.

Por outro lado, a Constituição da República e a Lei nº 6.938, de 1981 estabelecem a responsabilidade objetiva na reparação de dano ambiental, conforme ensina Rodolfo de Camargo Mancuso na obra *Ação civil pública - em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 440:

> Quanto à tutela ambiental (inciso I), a responsabilidade objetiva é determinada expressamente na Lei 6.938/81, art. 14, § 1º, c/c o art. 4º, VII. O primeiro desses dispositivos sujeita os transgressores do meio ambiente a penalidades tais como a multa, a perda ou restrição de incentivos fiscais; a perda ou suspensão de financiamento; a suspensão da atividade. Tudo sem prejuízo, lê-se no § 1º do art. 14, de ficar 'o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade'. Já no art. 4º se diz que 'a Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...] VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos'.
> Aliás, na doutrina, parece pacífico que no tocante à tutela ambiental a responsabilidade é objetiva, tanto se o infrator é um particular, como se é o próprio Estado, como alerta Hugo Nigro Mazzilli: 'A União, os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal podem ser legitimados passivos para a ação civil pública, pois que, quando não parta deles o ato lesivo, muitas vezes para ele concorrem quando licenciam ou permitem a atividade nociva, ou então deixam de coibi-la embora obrigados a tanto'.

Prossegue na p. 443:

> Por outro lado, a atual Constituição também albergou a responsabilidade objetiva no caso de danos ao meio ambiente: art. 21, XXIII, alínea c: 'A responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa', art. 225, § 3º: 'As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados'. Embora neste último dispositivo a redação não use a fórmula 'independentemente da existência de culpa', como o faz o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, parece-me que a *mens legis* é nesse sentido, considerando-se o imperativo - 'sujeitarão' - e tendo presente que ali se separou a 'obrigação de reparar os danos causados' das 'sanções penais e administrativas', tudo conduzindo ao afastamento do esquema da responsabilidade fundada na culpa.

Os laudos periciais produzidos no curso do procedimento administrativo não deixam dúvida quanto à ocorrência de poluição sonora decorrente da produção de ruído excessivo pelas atividades das apelantes. Também foi constatado o impacto no solo e nas edificações, além da presença de agentes químicos capazes de causar poluição atmosférica.

Portanto, não resta dúvida quanto à ocorrência de danos ambientais decorrentes da conduta antijurídica das apelantes, tornando a reparação *in natura* devida.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 194

No que concerne à indenização, torna-se imprescindível o exame dos seguintes aspectos: a importância reconhecida pelo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental, a extensão do dano e o valor da perda de qualidade ambiental, a situação patrimonial de quem lesou e a intenção do autor do dano.

Não foi possível quantificar o dano em face da ausência de provas convincentes nesse sentido. Entretanto, esta circunstância não pode ser motivo para deixar de impor a reprimenda até mesmo porque, em liquidação de sentença, pode ser aferido o *quantum debeatur* por arbitramento, como determinado na sentença.

Ademais, a indenização está expressamente prevista na Lei nº 6.938, de 1981.

Portanto força é concluir que o inconformismo não tem pertinência.

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação.

Custas, pelas apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AFRÂNIO VILELA e RONEY OLIVEIRA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Sentença - Nulidade - Teoria da causa madura - Aplicabilidade - Morte da autora - Sucessão processual - Acidente de trânsito - Responsabilidade objetiva - Danos morais - Configuração - Danos estéticos e lucros cessantes - Não caracterização - Denunciação da lide - Seguradora - Cobertura não ajustada na apólice - Voto vencido

Ementa: Indenização. Nulidade da sentença. Teoria da causa madura. Aplicação. Morte da autora. Sucessão processual. Acidente de trânsito. Responsabilidade objetiva. Danos morais. Configuração. Danos estéticos e lucros cessantes. Não caracterização. Denunciação da lide. Seguradora. Cobertura expressamente não ajustada na apólice. *Pacta sunt servanda*. Voto vencido.

- Padece de nulidade a decisão proferida em ofensa ao art. 471 do Código de Processo Civil, segundo o qual o magistrado não pode decidir novamente questão já decidida, relativa à mesma lide, salvo nas hipóteses excepcionais previstas nos incisos I e II do aludido dispositivo processual.

- Primando pela observância dos princípios da celeridade, economia e efetividade do processo, admite-se a aplicação do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil nas situações em que o tribunal, embora reconhecendo nulidade da sentença, esteja diante de causa madura para julgamento.

- Não obstante os fundamentos jurídicos da ação de indenização estejam embasados em direito de ordem personalíssima da autora, que faleceu após o ajuizamento da ação, o seu objeto consiste em ressarcimento pecuniário, portanto passível de sucessão. De ofício, preliminar de nulidade para cassar a sentença e, com fulcro no art. 515, § 3º, do CPC, apelo parcialmente provido, para acolher, em parte, os pedidos da inaugural, e denunciação da lide julgada improcedente.

- V.v.: - Se o juiz aceita a sucessão processual, dando sequência ao processo e, na sentença, afirma que a habilitação dos sucessores é improcedente, não se trata de reconsideração de matéria já preclusa, em preliminar do mérito, mas, na verdade, de julgamento de mérito, em que decide pela improcedência do pleito dos sucessores.

-Os danos corporais, cuja responsabilidade assumiu a seguradora, compreendem os danos morais, sendo contraditória e, por isso, nula a cláusula que exclui a cobertura destes. (*Des. Gutemberg da Mota e Silva*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.518170-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Silvana Eneas e outros sucessores de Maria do Carmo Edmundo - Apelada: Empresa Gontijo de Transportes Ltda. - Litisconsorte: HDI Seguros S.A. - Relator: DES. MARCOS LINCOLN

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM, DE OFÍCIO, SUSCITAR PRELIMINAR DE NULIDADE PARA CASSAR A SENTENÇA E, COM FULCRO NO ART. 515, § 3º, DO CPC, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, PARA ACOLHER, EM PARTE, OS PEDIDOS DA INAUGURAL E JULGAR IMPROCEDENTE A DENUNCIAÇÃO DA LIDE, VENCIDO O 2º VOGAL.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2009. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN - Cuida-se de ação de indenização por danos morais, estéticos e patrimoniais

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 195

ajuizada por Maria do Carmo Edmundo contra Empresa Gontijo de Transportes Ltda., alegando, na petição de f. 02/12, que, em 02.07.2003, foi vítima de um acidente rodoviário envolvendo um ônibus da empresa ré, que saiu da pista, na qual trafegava, e tombou nas margens da via, conforme descrito no boletim de ocorrência de f. 18/25.

Sustenta, em apertada síntese, que o acidente noticiado nos autos lhe causou lesões gravíssimas, de ordem incapacitante e permanente, e ocasionou danos de ordem moral, estéticos e patrimoniais. Pugnou pela condenação da ré ao pagamento de indenização no valor de 200 (duzentos) salários-mínimos, a título de danos morais, 200 (duzentos) salários-mínimos, a título de danos estéticos, e, pelas perdas e danos, requereu o recebimento de pensão mensal de R$ 600,00 (seiscentos reais) até que complete 65 (sessenta e cinco) anos.

Pugnou pela concessão da assistência judiciária gratuita.

Na contestação de f. 64/77 a ré requereu, prefacialmente, a denunciação da lide de Hannover Seguradora International Seguros S.A. Quanto ao pedido inicial, aduziu que a responsabilidade civil não pode servir como fonte de lucro para a vítima, mas, somente, de meio de recuperação do prejuízo efetivamente sofrido, devendo eventual indenização ser arbitrada moderadamente, evitando-se o enriquecimento ilícito. Afirmou que a autora não é portadora de nenhuma deformação ou incapacidade para o trabalho e salientou que os danos morais e estéticos não são acumuláveis, por se tratar de gênero e espécie, respectivamente. Acrescentou que o dano estético indenizável é aquele irreversível e permanente, já que a medicina dispõe de meios para recuperar determinadas lesões mediante cirurgias reparadoras, cumprindo à parte responsável arcar com as despesas do tratamento.

Salientou que a amputação da perna direita da autora se deu por fatores alheios ao acidente informado na inaugural e, no tocante aos lucros cessantes, aduziu que inexiste nos autos qualquer elemento de convicção que conduza ao ganho efetivamente auferido pela autora, apontando que estes deveriam ter sido cabalmente demonstrados na exordial, não sendo possível a sua apuração em fase de liquidação de sentença.

A ré trouxe aos autos a documentação de f. 78/95.

Hannover Seguradora International Seguros S.A. contestou, nos termos de f. 120/139, pugnando para que, na hipótese de acolhimento, a denunciação da lide seja acatada nas condições da apólice de seguros, limitando-se eventual indenização à importância segurada, excluídos os danos morais e estéticos, assim como os ônus da sucumbência.

Requereu, também, a improcedência do pedido vestibular, ante a ausência de dano e nexo de causalidade, a limitação de eventuais lucros cessantes ao efetivo prejuízo material sofrido pela autora e a vedação de cumulação de indenizações por danos morais e estéticos. Pediu, outrossim, que a quantia eventualmente recebida a título de DPVAT e INSS seja deduzida da indenização.

A denunciada trouxe a documentação de f. 140/156.

Laudo pericial às f. 274/292 e esclarecimentos da perita às f. 340/342 e 358/359.

A denunciada interpôs agravo retido às f. 370/371, ao argumento de que a decisão, que encerrou a fase probatória sem a produção de todas as provas requeridas, constituiu cerceamento de defesa.

Alegações finais pelas partes, f. 363/368, 387/390 e 413/417.

À f. 394, Silvana Enéas, Selma Enéas da Silva e Willer Enéas comunicaram o falecimento da autora, ocorrido em 05.01.2008, requerendo a habilitação dos herdeiros nos autos, independentemente de sentença, e requereram a extinção da ação cautelar em apenso, considerando se tratar de direito personalíssimo do *de cujus*.

A ré peticionou, à f. 419, concordando com a habilitação processual e impugnou o prosseguimento do feito no tocante ao pedido de indenização por danos morais, por não se transmitir o direito aos sucessores da falecida.

Embora deferida a substituição processual à f. 420, o MM. Juiz *a quo* proferiu sentença às f. 432/438, cujo dispositivo se deu nos seguintes termos:

> Julgo improcedente a habilitação dos herdeiros necessários quanto aos pedidos e indenização pelos danos morais e estéticos postulados.
> Julgo procedente a habilitação no tocante aos lucros cessantes pretendidos, mas improcedente referida pretensão ante os fundamentos já expendidos, condenando os habilitados, já qualificados, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa, suspendendo a sua exigibilidade, uma vez que eles se encontram sob o pálio da assistência judiciária, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50.
> Pelos argumentos acima expendidos, julgo improcedente, também, o pedido da denunciação da lide, visto que inexiste obrigação a ser reparada, devendo a denunciante arcar com os ônus sucumbenciais, quais sejam: as custas processuais da denunciação e os honorários advocatícios dos patronos da denunciada, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor dado à causa, devidamente corrigido na data do efetivo pagamento.

Irresignados, Silvana Enéas, Selma Enéas da Silva e Willer Enéas apelaram, às f. 440/449, sustentando, em apertada síntese, que, a teor do art. 943 do Código Civil, o direito de exigir reparação se transmite com a

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 196

herança, sendo titular do direito de pleitear reparação o próprio *de cujus* ou os seus sucessores, nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil.

Disseram que, no caso dos autos, o direito de ação foi exercido pela própria vítima, sendo juridicamente admissível a transmissão do direito de exigir a reparação pelos danos morais e materiais aos seus herdeiros.

Afirmaram que o Julgador monocrático reconheceu a existência de nexo de causalidade entre parte dos danos sofridos pela autora e o sinistro descrito na inicial, salientando que o lado pericial apontou a redução da capacidade laborativa e que, na ausência de lesão do membro superior direito, a vítima teria maior facilidade de adaptação à prótese do membro inferior direito.

Acoimaram de contraditória a conclusão da perícia, no que tange à ausência de dano estético, asseverando que, apesar da idade, a autora era vaidosa. Por fim, apontaram que o direito patrimonial advindo dos lucros cessantes se transmite aos sucessores, não obstante a sua independência financeira com a vítima.

Empresa Gontijo de Transportes Ltda. apresentou contrarrazões recursais às f. 451/457, em que sustenta que a amputação da perna direita da mãe dos apelantes não se deu em virtude do acidente, mas em consequência de doença preexistente. Pugnou pela compensação dos valores eventualmente recebidos para custeio do transporte da autora às sessões de fisioterapia.

A denunciada apresentou contraminuta, às f. 495/500.

É o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar de ofício - nulidade da sentença.

Analisando detidamente a sentença guerreada, constata-se a existência de vício insanável e apto a macular a decisão de nulidade, passível de ser pronunciada de ofício, pois, nos moldes em que foi proferida, constitui clara ofensa ao princípio esculpido no art. 471 do Código de Processo Civil, segundo o qual o magistrado não poderá decidir novamente questão já decidida, relativa à mesma lide, salvo nas hipóteses excepcionais previstas nos incisos I e II do aludido dispositivo processual.

É que, na petição de f. 394, Silvana Enéas, Selma Enéas da Silva e Willer Enéas compareceram no feito, comunicando o falecimento da autora, ocorrido em 05.01.2008, requerendo a sua habilitação nos autos, na condição de herdeiros necessários, fazendo-o nos moldes do art. 1.060 do Código de Processo Civil.

Na ocasião, apresentaram as certidões de óbito e de nascimento que comprovaram as suas afirmações.

Instada pelo Magistrado singular (f. 411), a ré se manifestou, concordando com a habilitação processual, nos termos da petição de f. 419. Ato contínuo, o MM. Juiz *a quo* converteu o julgamento em diligência para determinar o envio dos autos ao distribuidor, a fim de proceder à alteração do polo ativo da demanda, em face do falecimento da autora.

Não há dúvida de que, naquele exato momento processual, a questão referente à sucessão processual foi levada ao crivo do Julgador monocrático, que acolheu o pedido dos peticionantes, devendo-se entender por superada a discussão sobre a habilitação no presente processo. Salienta-se que a aludida decisão não foi impugnada por meio de recurso, de modo que incorreu sobre o tema o fenômeno da preclusão.

É verdade que o ordenamento processual também prevê uma habilitação incidental, que se opera em autos apartados e se resolve por meio de sentença, a teor dos arts. 1.057 a 1.059 do Código de Processo Civil. Entretanto, a modalidade de habilitação contemplada nos presentes autos foi a prevista no art. 1.060 do Código de Processo Civil, que observa rito processual distinto daquele, já que se opera nos autos da ação principal e se define por meio de decisão não terminativa.

A análise da aptidão dos ora apelantes para suceder a autora na demanda é questão meramente processual, enquanto a possibilidade de estes receberem a indenização pleiteada na petição inicial é tema de mérito.

Com efeito, *data venia*, o Julgador monocrático não agiu com o costumeiro acerto, seja por ter reapreciado questão já decidida nos autos, em ofensa ao art. 471 do Digesto Processual, seja por ter analisado a habilitação processual na sentença como se matéria de mérito fosse.

Por tal fundamento, de ofício, suscito preliminar de nulidade para cassar a sentença proferida às f. 432/438.

Do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

O disposto no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil permite ao tribunal adotar a denominada teoria da causa madura e julgar desde logo a lide, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito e quando a causa que versar sobre questão exclusivamente de direito estiver em condições de imediato julgamento.

Primando pela observância dos princípios da celeridade, economia e efetividade do processo, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a aplicação do aludido dispositivo processual nas situações em que o tribunal, reconhecendo a nulidade de sentença, também esteja diante de causa madura para julgamento.

Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco leciona:

> [...] o julgamento *de meritis* que o tribunal fizer nessa oportunidade será o mesmo que faria se houvesse mandado o

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 197

> processo de volta ao primeiro grau, lá ele recebesse sentença, o autor apelasse contra esta e ele, tribunal, a final voltasse a julgar o mérito. A novidade apresentada pelo § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil nada mais é do que um atalho, legitimado pela aptidão a acelerar os resultados do processo e desejável sempre que isso for feito sem prejuízo a qualquer das partes; ela constitui mais um lance da luta do legislador contra os males do tempo e representa a ruptura de um velho dogma, o do duplo grau de jurisdição, que por sua vez, só se legitima quando for capaz de trazer benefícios, não demoras desnecessárias (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 171).

Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa anotam:

> Tendo em vista os escopos que nortearam a inserção do § 3º no art. 515 (celeridade, economia processual e efetividade do processo, sua aplicação prática não fica restrita às hipóteses de causas envolvendo unicamente questões de direito. Desde que tenha havido o exaurimento da fase instrutória na instância inferior, o julgamento do mérito diretamente pelo tribunal fica autorizado, mesmo que existam questões de fato. Assim, 'estando a matéria fática já esclarecida pela prova coletada, pode o Tribunal julgar o mérito da apelação mesmo que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva do apelado' (STJ-4ª T. REsp 533.980-MG, Rel. Min. Cesar Rocha, j. em 21.08.03... p. 374) Também: STJ-RF 384/270 (3ª T., REsp 714.620) Logo o pressuposto para a incidência do art. 515, § 3º, é o de que a causa esteja madura para o julgamento. No mesmo sentido: *RT* 829/210 (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37. ed., p. 667 e 668, nota 11 do art. 515).

Acrescentam os mencionados autores que:

> O § 3º do art. 515 aplica-se, por analogia, às situações em que o tribunal reconhece a nulidade da sentença (no caso, por se tratar de decisão *extra petita*) e está diante de causa madura para o julgamento (*RF* 378/330 - acórdão relatado pelo Des. Roberto Bedaque) (ob. cit., nota 15 ao art. 515, p. 668/669).

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] 3. O acórdão recorrido resolveu adequadamente a questão. Inicialmente anulou a sentença, que havia extrapolado os limites do pedido. Em seguida, usando da faculdade concedida pelo legislador, prevista no art. 515, § 3º, do CPC, considerou a causa madura para julgamento e adentrou no mérito da questão.
> 4. A matéria foi inteiramente devolvida ao Tribunal *a quo* através da apelação. A forma utilizada pelo Julgador para apreciar as questões a ele submetidas não é critério adequado para concluir se houve nulidade do acórdão. É o desbordamento da matéria devolvida a julgamento que determina a ocorrência de julgamento *extra petita*, *citra petita* ou *ultra petita*, e não a forma como aquela foi abordada pelo julgado.
> 5. Tendo a parte requerido o pronunciamento do Tribunal sobre as questões meritórias, devolvendo-lhe o exame de tais pontos, o órgão julgador de segundo grau ficou legitimado para apreciar o *meritum causae*. Não cabe à empresa que explicitamente requereu o pronunciamento jurisdicional a respeito de determinada questão alegar, após o não provimento de seu apelo, que tal jurisdição não poderia ser prestada pelo órgão judiciário [...] (REsp nº 796.296, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 04.05.2006).

Assim, estando diante de uma causa madura para julgamento, já que atendidas todas as fases processuais e tendo-se oportunizado às partes a produção das provas necessárias para o deslinde do feito, passo a decidir o mérito da apelação de f. 440/449.

Mérito.

Inicialmente, incumbe observar que, na hipótese dos autos, o direito de ação foi exercido pela vítima do acidente rodoviário Maria do Carmo Edmundo, que veio a falecer durante o trâmite do processo e, dessa forma, foi sucedida pelos herdeiros, ora apelantes.

Não obstante os fundamentos jurídicos da presente ação indenizatória estejam embasados em direito de ordem personalíssima do *de cujus*, não se olvida de que o seu objeto consiste em ressarcimento pecuniário passível de sucessão, a teor do posicionamento esposado nos julgados do Superior Tribunal de Justiça e deste egrégio Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Administrativo. Civil. Recurso especial. Funcionário público. Ação objetivando reintegração e danos morais. Falecimento no curso da lide. Habilitação dos herdeiros. Possibilidade. Ofensa ao art. 37 da CF/88. Impossibilidade de exame na via do recurso especial. Ofensa ao art. 159, CC. Incidência da Súmula nº 284/STF. [...] III - Os pedidos estampados na inicial - reintegração no cargo ocupado pelo *de cujus* e indenização por danos morais - têm expressão patrimonial e impacto sobre a vida dos herdeiros, emergindo, com clareza, o interesse do espólio em prosseguir na lide, mormente quando se verifica que o próprio servidor manejou a ação, não tendo sobrevivido para receber a prestação jurisdicional, garantida a todos constitucionalmente. Recurso não conhecido (STJ, REsp nº 470359/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 17.05.2004).

> Processual civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais e materiais. Morte da vítima. Legitimidade ativa do espólio.
> 1 - Na linha da jurisprudência desta Corte, o espólio detém legitimidade para suceder o autor na ação de indenização por danos morais. Precedentes.
> 2 - Recurso não conhecido (STJ, REsp nº 648191/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* de 02.02.2004).

> Ementa: Processual civil - Apelação - Responsabilidade civil - Ação de indenização por danos morais - Falecimento da autora - Substituição processual - Possibilidade. - É possível a substituição da parte que sofreu diretamente o dano moral por seus sucessores, em razão de seu falecimento, pois quem sofreu o dano exigiu a reparação pecuniária; e essa é suscetível de ser transferida aos herdeiros (TJMG, Apelação Cível nº 1.0459.00.007533-1/001, Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino, *DJ* de 14.04.2007).

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 198

Feitas tais considerações, incumbe frisar que, para a configuração da responsabilidade civil, a legislação civil (art. 186 do Código Civil) exige a constatação de três elementos, quais sejam: o dano oriundo de ato ilícito, a culpa *lato sensu* e o nexo de causalidade.

O acidente descrito no boletim de ocorrência é fato incontroverso nos autos.

Os supostos danos trazidos na petição de ingresso ocorreram durante o cumprimento do contrato de transporte ajustado entre as partes. Assim sendo, a culpa se perfez na modalidade objetiva, que somente é rebatível se a parte demonstrar que o evento danoso transcorreu por caso fortuito, força maior ou por culpa exclusiva da vítima, não sendo este o caso dos autos.

Verifica-se, contudo, que a controvérsia reside, em parte, na esfera dos danos sofridos pela autora e do nexo de causalidade, sendo possível depreender que, em decorrência do aludido acidente rodoviário, a vítima sofreu diversas sequelas físicas, conforme discriminado no laudo pericial:

> [...] do acidente restaram efetivamente as seguintes sequelas: cicatriz bem constituída, estendendo-se do couro cabeludo até a testa à direita, sem falhas no cabelo cicatriz escurecida no terço final do antebraço direito, de formato quadrado, em função de ter sido necessário um enxerto de pele no local; cicatriz escurecida na coxa direita, de formato quadrado, em função de ter sido local onde se retirou pele para o enxerto mencionado; fratura com consolidação viçosa no braço direito (isto é ruim, do ponto de vista funcional)
> sequela de fato importante:
> é a sequela do braço direito porque essa fratura imprimiu a diminuição importante de movimento e força de todo o membro superior direito (se a pessoa não movimenta bem o braço é sempre difícil a movimentação do antebraço e da mão [...] (f. 277, *sic*).

A ilustre perita foi categórica ao afastar outros danos sustentados pela autora como sendo resultantes do sinistro informado na exordial:

> [...] as seguintes circunstâncias não têm nenhuma relação com o acidente:
> - a necessidade de uso de óculos queixada pela autora;
> - a pressão e o hipertireoidismo descritos no decorrer da perícia;
> - a amputação do membro inferior (na altura da metade da coxa direita). A amputação deveu-se a condição própria da saúde da autora em que há alterações graves no fluxo sanguíneo para os membros inferiores. Tendo havido circunstância semelhante no ano de 2000 quando o tratamento cirúrgico necessário à época havia sido bem sucedido, o tratamento do ano de 2005, janeiro, também não teve o mesmo sucesso e terminou havendo a amputação. A autora tem chances de ver amputado outro membro inferior, infelizmente, e sem nenhuma relação com o acidente dos autos (f. 277, *sic*).

Constata-se do triste quadro acima traçado que o infortúnio acarretou à vítima diversos abalos, não só de ordem física, como é de fácil constatação, porém também de ordem moral, devido ao trauma inerente ao acidente de trânsito que, por sua gravidade e repercussão, ocasionou ferimentos em vários passageiros e a morte de um deles.

Igualmente, é possível verificar o abalo psicológico impingido à autora, considerando as penosas cirurgias e tratamentos aos quais foi submetida após o sinistro, já que o laudo pericial descreve que a fratura do membro superior direito não se consolidou a contento, tendo ocorrido a denominada pseudoartrose. A ilustre *expert* também consignou que, para a correção dessa condição, houve uma cirurgia com colocação de prótese e que, vários meses depois, ocorreu o deslocamento dessa prótese e a necessidade de sua retirada, por meio de outra intervenção cirúrgica.

Entretanto, o *quantum* de 200 (duzentos) salários-mínimos sugerido pela mãe dos apelantes, a título de indenização por danos morais, equivalentes hoje a R$ 83.000,00, mostra-se desarrazoado.

Como sabido, a quantificação do dano moral permanece a cargo da doutrina e da jurisprudência, predominando no direito brasileiro o critério do arbitramento judicial (art. 944 do Código Civil), tendo-se em conta que a reparação do dano moral tem duplo caráter: compensatório, para a vítima, e punitivo, para o ofensor.

Nesse sentido, à falta de regulamentação específica, tem-se utilizado por parâmetro a situação econômica do lesado, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa, o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, bem como as circunstâncias que envolveram os fatos, salientando-se, outrossim, que, a teor da Súmula nº 281 do STJ, a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.

Assim, o pleito indenizatório por danos morais deverá ser arbitrado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), atendendo-se aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Quanto aos danos estéticos supostamente suportados pela autora, cumpre observar que os tribunais pátrios, consolidando entendimento abraçado em recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, têm-se orientado pela possibilidade de cumulação deste com os danos morais, quando for possível diferenciá-los.

Contudo, a sua configuração exige que a lesão ou deformidade física apresentada pela parte cause uma impressão, se não de repugnância, ao menos de desagrado, acarretando vexame ao seu portador.

É o que se extrai do seguinte julgado:

> Sem propriamente desfigurar a pessoa e sem que esse fato importe sua rejeição no ambiente social em que vive, não se

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 199

> pode admitir a reparação dos danos estéticos e morais. Assim, se como prova dos danos foram juntadas somente fotos antes e depois do acidente, comprovando-se tão somente uma cicatriz, a inépcia dos pedidos é evidente (1° TACSP, 3ª Câmara, Apelação Cível, Rel. Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, j. em 10.07.90, *RT* 661/98).

Reportando às fotografias trazidas pela parte (f. 46/50), é possível verificar que as lesões mais antiestéticas são aquelas da região abdominal e a do coto da amputação do membro inferior direito, não possuindo as mesmas qualquer relação com o acidente, como já observado pela perita.

A cicatriz do membro superior direito, embora visível, não chega a configurar um dano relevante do ponto de vista estético, seja por não ser um local de total e permanente exposição (veja-se que na foto de f. 50 a autora teve que dobrar a manga da camisa para mostrar a cicatriz), seja por considerar a existência de técnicas de cirurgia plástica aptas à correção da aludida imperfeição estética.

Por tal fundamento, o pedido de indenização respaldado no dano estético não merece acolhimento.

A indenização por lucros cessantes tem por fundamento a redução da capacidade laborativa da autora, pois, na época do fatídico evento, supostamente mantinha um comércio de sanduíches, bebidas e doces que lhe servia como principal fonte de renda e por meio do qual obtinha, semanalmente, o importe de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), perfazendo, assim, uma renda mensal de R$ 600,00 (seiscentos reais).

Com o fito de comprovar as suas alegações, a mãe dos ora apelantes trouxe aos autos os documentos de f. 51/55, consistentes em fotografias e ordens de pedidos feitas a uma distribuidora de bebidas.

Contudo, não se vislumbra da aludida documentação prova firme e convincente no sentido de que, na época do acidente, a autora, de fato, exercia o comércio informal mencionado na exordial, mesmo porque os recibos foram datados nos meses de março, abril e maio de 2002, e o sinistro se deu em junho de 2003.

O deferimento de indenização por lucros cessante requer prova objetiva e cabal de sua ocorrência, não bastando, para a sua concessão, a existência de mera expectativa, uma vez que não se trata de dano hipotético, devendo o seu pleito fundar-se em bases seguras, a teor do disposto no art. 402 do Código Civil.

Nesse sentido, Hamid Charaf Bdine Jr. anota:

> Os danos emergente correspondem à importância necessária para afastar a redução patrimonial suportada pela vítima. Lucros cessantes são aqueles que ela deixou de auferir em razão do inadimplemento. Este artigo estabelece que os lucros cessantes serão razoáveis. Em contrapartida, este artigo estabelece que os danos emergentes mão podem ser presumidos e devem abranger aquilo que a vítima efetivamente perdeu... Nesse sentido os lucros cessantes são apenas os que podem ser constatados desde logo, mas que não se verificam em decorrência do fato que interrompeu, afastando-se meras expectativas frustradas (*Código Civil comentado doutrina e jurisprudência,* p. 291, nota ao art. 402).

Na lição de Rui Stoco:

> [...] para que surja o direito de indenização, o prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação e o critério mais acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto (*Responsabilidade civil e a sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed., p. 752).

Sobre o tema, não difere o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> Responsabilidade civil - Preliminar de não conhecimento do recurso - Razões dissociadas da sentença - Inocorrência - Dano material - Fato constitutivo do direito do autor - *Onus probandi* - Dano moral - Fixação - Inteligência dos arts. 333, inciso I, e 514, II, ambos do CPC. - I. Não há se falar em ofensa ao art. 514, II, do CPC, na hipótese em que o recorrente expõe fundamentação razoável, em tese, a contrapor-se diretamente às razões de decidir da sentença. - II. É de se julgar improcedente pedido de indenização por danos materiais se o autor não se desincumbe do ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, tendo em vista que a indenização de tais danos, que não se presumem nem podem ser imaginários, depende da prova da existência do dano efetivo. - III. Para a fixação dos danos morais, devem-se levar em conta as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento, devendo-se, ainda, considerar o caráter repressivo e pedagógico da reparação, além de se propiciar à vítima uma satisfação. Súmula: Rejeitaram a preliminar e negaram provimento (Apelação Cível n° 2.0000.00.382662-8, Rel. Des. Osmando Almeida, *DJ* de 22.06.2004).

Na hipótese, os prejuízos materiais não passaram de meras conjecturas e, não tendo sido comprovados os lucros cessantes alegados pela autora, mãe dos apelantes (a teor do ônus que lhe incumbia conforme o disposto no art. 333, I, do Código de Processo Civil), rejeita-se o pleito de indenização por danos materiais.

Do pedido de compensação feito pela apelada.

Em sede de contrarrazões, a apelada pugnou para que, na eventualidade de sua condenação, fosse-lhe assegurado o direito de compensar o total dos valores indevidamente recebidos pela autora, uma vez que, do laudo pericial, seria possível verificar que esta deixou de realizar as sessões de fisioterapia em setembro de 2005 e que os pagamentos referentes ao respectivo transporte foram pagos até o mês de fevereiro de 2008.

Entretanto, para que o aludido direito pudesse ser reconhecido, mister que o valor supostamente pago em excesso fosse incontroverso e passível de pronta liquidação, não sendo este o caso.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 200

No laudo pericial, de fato, a ilustre *expert* consignou que a autora informou estar sem fisioterapia; no entanto, não aponta com precisão o tempo que a periciada teria ficado afastada do tratamento, não passando o lapso indicado de mera suposição (f. 282).

E, ainda que cabível a sua apuração em fase de liquidação de sentença, não há dúvida de que a morte da autora consiste em fator impeditivo para a realização da aludida prova, já que não haveria outro meio idôneo de se precisar a quanto tempo deixou de realizar as sessões de fisioterapia.

Assim, não merece acolhimento o pedido de compensação de valores feito pela ora apelada.

Denunciação da lide.

Uma vez acolhido o pleito de indenização por danos morais, cumpre analisar o pedido de denunciação da lide da Hannover Seguradora International Seguros S.A.

Nos termos do art. 70, inciso III, do CPC, a denunciação da lide é obrigatória:

> àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Assim, a seguradora só está obrigada a ressarcir o segurado nos exatos termos do contrato, sendo que, da atenta leitura da apólice de seguros de f. 140/156, verifica-se que a indenização por danos morais foi excluída da cobertura securitária:

> Pela natureza compensatória não se encontram cobertas pela presente apólice as indenizações por Danos Morais e Estéticos decorrentes de acidente, no qual o Segurado seja obrigado a pagar, sejam eles provenientes de ação judicial, ou extrajudicial, bem como nos casos de acordo amigável, salvo se contratada a cobertura específica, exclusivamente nos casos de danos morais (f. 142).

Do item "Cláusulas e Condições" da apólice, também é possível depreender que os danos morais a passageiros não foram contratados (f. 140).

Em outras palavras, a apólice em comento não prevê cobertura irrestrita para danos pessoais, mas meramente de danos materiais e/ou corporais, que eventualmente o passageiro venha a sofrer no decorrer do cumprimento do contrato de transporte, excluindo, expressamente, os danos morais.

A aludida cláusula não é abusiva, porquanto o que se observa no caso é a autonomia da vontade que prevalece nas relações contratuais, não havendo no caso em comento motivo para a mitigação do princípio do *pacta sunt servanda*.

Nessa esteira, é o entendimento deste egrégio Sodalício:

> Indenização - Acidente de trânsito - Empresa contratante de serviço de transporte - Legitimidade passiva - Responsabilidade civil afastada - Denunciação à lide - Seguradora - Danos morais - Exclusão expressa da cobertura - Improcedência. - A contratante dos serviços de empresa especializada de transporte é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda por prejuízos sofridos por terceiro, em decorrência de acidente ocorrido quando do transporte de suas mercadorias. - A relação contratual com empresa terceirizada de transporte, empregadora do condutor e proprietária do veículo envolvido no sinistro, não importa em corresponsabilidade da empresa contratante do serviço, verificando-se a ausência de vínculo jurídico com o agente causador do dano, bem como ausência de preposição para com a empresa transportadora, a responsabilidade civil deve ser afastada. Havendo previsão expressa acerca da exclusão de indenização por danos morais e estéticos da cobertura securitária, deve ser julgada improcedente a denunciação à lide da seguradora ante a ausência do direito de regresso (Apelação Cível nº 2.0000.00.495007-4/000, 11ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Tereza Cristina da Cunha Peixoto, *DJ* de 29.08.2007).

> Ementa: Apelação - Ação de indenização por dano moral - Acidente de trânsito - Denunciação da lide - Seguradora - Direito de regresso - Inocorrência - Expressa exclusão na apólice dos riscos a que condenado a denunciada. - Consignada, expressamente, no contrato de seguro, a exclusão da cobertura em relação a danos morais, não há que se falar em condenação, a tal título, a ser custeada regressivamente pela seguradora então denunciada à lide. O princípio da autonomia da vontade prevalece com mais vigor nas relações contratuais entre pessoas jurídicas de grande porte (Apelação Cível nº 1.0024.06.061239-7/001, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, *DJ* de 19.06.2008).

Dessarte, julgo improcedente a denunciação da lide.

Conclusão.

Mediante os fundamentos expostos, suscito de ofício preliminar de nulidade, para cassar a sentença e, adotando o art. 515, § 3º, do CPC, dou parcial provimento ao apelo para: 1) acolher em parte os pedidos da autora e condenar a Empresa Gontijo de Transportes Ltda. ao pagamento da quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de indenização por danos morais, corrigidos monetariamente pelo índice da CGJ, a partir da publicação do acórdão, incidindo juros moratórios de 1% (um por cento), a teor do art. 406 do Código Civil, a contar do ajuizamento da ação; e 2) julgar improcedente a denunciação da lide.

Considerando a sucumbência recíproca na lide primária, condeno as partes ao pagamento das custas processuais e recursais e dos honorários sucumbenciais, arbitrados em 20% (vinte por cento) do valor da indenização corrigida, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma, observada a Súmula nº 306 do STJ e o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/1950 no tocante aos apelantes.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 201

Na lide secundária, custas processuais pela denunciante, que arcará, também, com os honorários de sucumbência ora arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

DES.ª ELECTRA BENEVIDES - Com o Relator.

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - Divirjo parcialmente do voto do e. Relator, primeiramente para rejeitar a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, para julgar procedente a denunciação da lide, majorando, ainda, o valor da indenização por danos morais.

O e. Relator suscitou preliminar de nulidade da sentença, ao fundamento de que o Juiz decidiu, na sentença, questão anteriormente decidida, sobre a qual se operou a preclusão, o que vedado pelo art. 471 do Código de Processo Civil, sendo nula a segunda decisão.

O entendimento do eminente Relator sobre a natureza do ato decisório não se ajusta ao conteúdo que se extrai do dispositivo da sentença, se se afastar a impropriedade dos seus termos conclusivos. Na verdade, o MM. Juiz não indeferiu a habilitação dos sucessores da primitiva autora, como afirmou, pois esta já se consumara pela participação efetiva dos sucessores na marcha processual.

Ao dizer que estava julgando improcedente a habilitação dos sucessores da primitiva autora em relação aos pedidos de indenização por danos morais e estéticos, o Magistrado procedeu, na verdade, a julgamento de mérito, dando pela improcedência do pedido de ressarcimento dos referidos danos, sofridos por sua falecida mãe.

Em outras palavras: se o Juiz aceitou a sucessão processual, dando sequência ao processo, mas, na sentença, disse que a habilitação é improcedente, com isso não estava reconsiderando matéria já preclusa, em preliminar do mérito, mas procedendo ao julgamento do mérito, declarando improcedente o pleito dos sucessores em relação a duas das verbas indenizatórias pleiteadas (danos morais e danos estéticos).

Tanto é assim que, se houvesse, de fato, apenas alterado sua decisão anterior, que aceitou a habilitação dos sucessores, impedindo que integrassem a lide, haveria de extinguir o processo no que diz respeito ao pedido de danos morais e estéticos, por ausência de pressuposto processual subjetivo, qual seja a existência de autor.

Tal como se encontra, a sentença não pode ser tratada de outro modo, senão como sentença prolatada com resolução de mérito. Como inexiste qualquer nulidade a ser declarada, cabe simplesmente a sua reforma, não a sua anulação, não ensejando, assim, a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC.

Diante disso, rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

No mérito, inquestionável a responsabilidade civil da Gontijo, acompanho o Relator, com relação à procedência do pedido de indenização por danos morais, divergindo apenas quanto ao valor arbitrado a título de danos morais.

Inexistem dúvidas de que, havendo a vítima de danos morais e estéticos ingressado com a ação judicial, nada obsta a que, após o seu falecimento, sucedam-na processualmente seus descendentes, devendo o processo seguir seu curso normal como se nada houvesse ocorrido.

As fotografias de f. 47 a 50 demonstram a ocorrência inegável de dano estético sofrido pela primitiva autora da ação, Maria do Carmo Edmundo, pois o aspecto das cicatrizes é evidentemente repugnante e desagradável. Impõe-se, assim, a majoração da indenização por danos morais, que compreendem os estéticos, arbitrando-a em R$ 30.000,00, considerando que a indenização se mede pela extensão do dano (art. 944, *caput*, do Código Civil).

Divergimos também do douto Relator quanto à improcedência da denunciação da lide. Têm razão os apelantes. A sentença deve ser reformada para se reconhecer a responsabilidade da seguradora apelada pela indenização a que foi condenada, por responsabilidade objetiva, a transportadora apelada, denunciante da lide.

A apólice exclui expressamente a cobertura de danos morais, limitando-a apenas aos danos "corporais e/ou materiais" (f. 141). A expressão "danos corporais" passou a substituir, nos contratos de seguro, os chamados danos pessoais, sobre os quais a jurisprudência já se havia pronunciado, considerando-os como abrangentes, também, dos danos morais.

Se se busca um parâmetro para se saber o que significam "danos corporais", que, como já se viu, são os outrora chamados "danos pessoais", encontra-se noção destes na lei que trata do seguro obrigatório:

> Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares [...] (art. 1º da Lei nº 6.194, de 19.12.1974).

A mãe dos apelantes sofreu, ao lado do dano moral, um dano estético, resultante das deformidades consubstanciadas nas cicatrizes.

"Estético é o belo, o formoso. O agradável. Por dano estético, num conceito amplo, relativo à pessoa, entende-se aquele que faz sua aparência menos agradável", diz Antônio Chaves, acrescentando adiante que "o dano estético acarreta um dano moral, decorrente das humilhações, tristeza, desgosto, constrangimento que ocasiona à vítima", e dizendo adiante que "o

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 202

dano estético, como dano moral", não está definido de uma maneira incontroversa (p. 651, 654 e 655).

Ensina Arnaldo Marmitt:

> A saúde, a liberdade, o bem-estar, a honra, o nome, a imagem, como atributos da personalidade, constituem bens morais. Juntamente com os bens físicos, pertinentes à integridade corporal, têm sua proteção assegurada na legislação dos povos civilizados. Dano à pessoa é toda ofensa à sua incolumidade física ou moral, com reflexos negativos no patrimônio ou no psiquismo. A integridade psicofísica nem sempre é traduzível em dinheiro, quando então se passa a indenizar o mal em si, mas apenas a redução da capacidade laboral (in *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 49).

Se o contrato de seguro cobre danos materiais e/ou corporais e se entre estes últimos também se encontram os danos estéticos, que, por outro lado, são uma das formas de dano moral, não poderia a seguradora, primeiramente, garantir a cobertura de danos corporais e, logo adiante, fazer ressalva excluindo os danos morais de qualquer natureza. São essas cláusulas contraditórias, conflitantes, pois o que é coberto aqui, na medida em que dano pessoal engloba o dano estético, não tem cobertura ali, na medida em que dano estético é considerado espécie de dano moral e este não tem cobertura. Aplicável ao caso, por isso, a regra do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual as cláusulas contratuais serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor.

É de se notar que, no conceito restritíssimo de danos corporais utilizado pela seguradora, só as despesas médico-hospitalares de um modo geral seriam cobertas, mas estas são, na verdade, danos materiais que a pessoa teve (comprando remédios, pagando consultas, internando-se em hospital), enquanto que a deformidade é, sim, dano pessoal, sofrido pelo próprio corpo da pessoa.

> Na indenização por dano moral, portanto, se compreende a do dano estético, sendo inadmissível a cumulação de ambas (*Revista dos Tribunais* 789:361).

O MM. Juiz Relator da Apelação Cível nº 269.692-6, Dr. Dárcio Lopardi Mendes, da Sétima Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, invoca acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 106.326-PR, relatado pelo Ministro Ruy Rosado, no sentido de que "o contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral" (*Revista de Julgados* 75:164). O acórdão do TAMG, acima referido, entendeu que o seguro por danos pessoais só não compreenderia os danos morais se inexistir cláusula do contrato excluindo o dano moral. No caso em julgamento, tal cláusula existe, realmente, mas, como se viu, é contraditória e conflitante com a que prevê cobertura de danos corporais, não podendo, por isso, prevalecer.

Assim, a seguradora é responsável pelos valores a que for condenado a denunciante, dentro dos limites da apólice, devendo a denunciação ser julgada procedente.

A consideração de que é nula a cláusula que exclui da cobertura securitária a indenização por danos morais não ofende os arts. 757, 760 e 776 do Código Civil.

Diante disso, divergindo parcialmente do e. Relator, rejeito a preliminar de nulidade da sentença e dou parcial provimento ao recurso, para julgar parcialmente procedente a ação e condenar a Empresa Gontijo de Transportes Ltda. a pagar a Silvana Enéas, Selma Enéas da Silva e Willer Enéas a quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) como indenização pelos danos morais sofridos por sua mãe, devendo a quantia ser atualizada desde a publicação do acórdão e acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a data da citação.

Julgo, ainda, procedente a denunciação da lide, condenando Hannover Seguradora International Seguros S.A. a ressarcir à Empresa Gontijo de Transportes Ltda. o valor que pagar aos apelantes como indenização por danos morais, até o limite da apólice do contrato de seguro que mantêm entre si.

Considerando a sucumbência havida na lide principal, condeno a Empresa Gontijo de Transportes Ltda. a pagar 80% das custas processuais e honorários advocatícios de 20% de 80% do total da condenação, e condeno Silvana Enéas, Selma Enéas da Silva e Willer Enéas a pagarem 20% das custas processuais e honorários advocatícios de 20% do total da condenação. As verbas sucumbenciais serão exigíveis dos apelantes somente se e quando cessar sua condição de pobres no sentido legal, pois beneficiários da assistência judiciária.

Em razão da sucumbência na lide secundária, condeno Hannover Seguradora International Seguros S.A. a pagar à Empresa Gontijo de Transportes Ltda. honorários advocatícios de 20% do total da condenação.

Custas recursais, pelos apelados, igualmente.

Súmula - DE OFÍCIO, SUSCITARAM PRELIMINAR DE NULIDADE PARA CASSAR A SENTENÇA E, COM FULCRO NO ART. 515, § 3º, DO CPC, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, PARA ACOLHER, EM PARTE, OS PEDIDOS DA INAUGURAL, E JULGARAM IMPROCEDENTE A DENUNCIAÇÃO DA LIDE, VENCIDO O 2º VOGAL.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 203

Indenização - Morte de detento em cadeia pública - Responsabilidade objetiva - Dano material - Não ocorrência - Dano moral - Configuração - Fixação - Critério - Correção monetária - Juros de mora - Termo inicial - Sucumbência recíproca - Compensação

Ementa: Civil. Indenização. Morte de detento em cadeia pública. Responsabilidade objetiva. Dano material. Inocorrência. Dano moral configurado. Fixação. Critério. Correção monetária e juros de mora. Termo inicial. Sucumbência recíproca. Compensação.

- Tratando-se de morte de detento que se encontra sob a custódia do Estado, a responsabilidade civil do ente público é objetiva, mesmo que o dano não decorra de uma atuação comissiva de um de seus agentes.

- Não comprovada pelo autor sua dependência econômica para com o seu genitor (*de cujus*), é indevida indenização por dano material (pensionamento).

- Demonstrado nos autos que a morte do genitor do autor decorreu da falta do dever de vigilância perpetrada por agentes públicos e comprovado o nexo de causalidade entre o dano e a conduta estatal, é imperioso o dever de indenizar.

- Para fixação dos danos morais, devem-se levar em conta as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento, devendo-se ainda considerar o caráter repressivo e pedagógico da reparação, além de se propiciar à vítima uma satisfação.

- Tratando-se de responsabilidade extracontratual, o termo inicial para a incidência da correção monetária é a data da prolação da decisão em que foi arbitrado o valor certo da indenização, pois, ao fixá-la, o Magistrado já leva em consideração o poder aquisitivo da moeda, e os juros de mora têm início a partir da data do evento danoso.

- Mantida a procedência parcial dos pedidos do autor, revelando existir vencedor e vencido ao mesmo tempo, os honorários devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0521.05.042829-6/001 - Comarca de Ponte Nova - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova - Apelantes: 1º) Estado de Minas Gerais, 2º) R.T.S., representado pela mãe E.A.S. - Apelados: Estado de Minas Gerais, R.T.S., representado pela mãe E.A.S. - Relator: DES. EDILSON FERNANDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2009. - *Edilson Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de recurso interposto contra a r. sentença de f. 138/149, proferida nos autos da ação de indenização movida por R.T.S., representado por sua mãe E.A.S., em face do Estado de Minas Gerais, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o réu a pagar ao autor apenas indenização por dano moral no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescida de correção monetária e juros de mora, ambos a partir do falecimento do genitor do autor (11.04.2005); diante da sucumbência recíproca, condenou as partes a suportarem a metade dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Em suas razões, sustenta o réu que o falecimento do detento foi decorrente de condutas de outros presos, e não de atos de agentes públicos, sendo, por isso, adotável a teoria da responsabilidade subjetiva em virtude de ato omissivo do Estado. Afirma que a Administração mantém regular regime de vigilância sobre os presos e eventual burla do sistema, perpetrada por este, não pode ser tida como culpa estatal, mas sim unicamente dos presos. Salienta a ausência de responsabilidade pelo fato, uma vez ter sido causado por terceiro; que, havendo sucumbência recíproca, os honorários devem ser compensados; na eventualidade, requer a redução do valor do dano e alteração do termo inicial para a incidência da correção monetária e dos juros de mora a partir do momento em que é fixada a indenização (f. 205/215).

Em suas razões, sustenta o autor que a ausência de prova da renda mensal da vítima autoriza a presunção de que correspondia a um salário mínimo mensal, bem assim que um terço se destinava à sua própria mantença, de sorte que a pensão deve ser estabelecida em dois terços desse valor. Afirma que o valor arbitrado a título de dano moral não se revela adequado e não atende ao princípio da proporcionalidade, pelo que requer seja majorado (f. 216/221).

Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do reexame necessário e dos recursos voluntários.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 204

Para que se configure o ato ilícito suficiente a ensejar a reparação correspondente, é necessária a conjugação dos seguintes requisitos: ação ou omissão do agente, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade.

Inexiste, por outro lado, o dever de indenizar no caso de culpa exclusiva da vítima, de força maior, caso fortuito, tendo a doutrina elencado também como rompimento do nexo causal o consentimento do ofendido.

A responsabilidade objetiva, consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal e no art. 43 do Código Civil, dispensa a prova do elemento culpa, bastando apenas que a vítima demonstre o dano e a relação de causalidade, visto possuir fundamento na atividade que o agente desenvolve, criando o risco de dano para terceiro. Daí chamar-se "teoria do risco".

O Estado de Minas Gerais, na qualidade de pessoa jurídica de direito público interno, sujeita-se à norma prevista no art. 37, § 6º, da Constituição da República, que trata da responsabilidade objetiva da Administração.

Ao contrário do que sustenta o réu, nas hipóteses em que houver pessoas ou coisas sob a custódia do Estado, haverá responsabilidade civil objetiva, mesmo que o dano não decorra de uma atuação comissiva de um de seus agentes.

Isso se justifica porque, quando o Estado se encontra na posição de garante, ou seja, quando possui o dever legal de assegurar a integridade de pessoas ou coisas sob sua custódia, guarda ou proteção direta, responderá com base no art. 37, § 6º, CF, por danos ocasionados a essas pessoas ou coisas, mesmo que não diretamente causados por atuação de seus agentes (cf. REsp nº 847.687/GO, Rel. Min. José Delgado, j. em 17.10.2006).

Logo, em face da natureza do serviço prestado pelo réu e uma vez caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado no caso concreto, basta apenas que o autor prove a ocorrência do fato administrativo (espancamento por colega de cela), do dano (morte da vítima) e do nexo causal (que a morte da vítima decorreu de errôneo planejamento da segurança na cadeia pública de Ponte Nova).

De acordo com os depoimentos prestados no Inquérito nº 5133/05 (f. 22/39), atestado de óbito (f. 40) e reportagens jornalísticas (f. 43/44), constato que o pai do autor, ao tomar o regular "banho de sol", faleceu dentro da cadeia pública de Ponta Nova, em virtude das agressões (espancamento) por diversos outros presos, tendo como causa da morte insuficiência respiratória aguda e traumatismo craniano.

A proteção física dos indivíduos inseridos no sistema prisional em questão constitui dever do Estado de Minas Gerais, não podendo ser atribuído o resultado do evento danoso aos desentendimentos entre os detentos, uma vez que o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal dispõe que: "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

Vê-se que a morte da vítima poderia ser evitada com uma maior vigilância dos indivíduos existentes no local, o que, inclusive, poderia se efetivar com o afastamento da vítima de seus supostos inimigos de cela.

Desse modo, evidenciado que a morte do pai do autor decorreu da falta do dever de vigilância perpetrada por agentes públicos e comprovado o nexo de causalidade entre o dano e a conduta estatal, imperiosa a confirmação da sentença de procedência do pedido de indenização por danos morais.

Na fixação do montante indenizatório, há de se considerar a dupla finalidade da reparação, qual seja a de punir o causador do dano, buscando um efeito repressivo e pedagógico, e a de propiciar à vítima uma satisfação, sem que isso represente um enriquecimento sem causa, conforme concluiu esta egrégia Sexta Câmara Cível, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 1.0000.00.250433-0/001, da minha relatoria:

> Indenização por danos morais. Fixação. Critério. - Para fixação dos danos morais devem-se levar em conta as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento, devendo-se ainda considerar o caráter repressivo e pedagógico da reparação, além de se propiciar à vítima uma satisfação (j. em 05.05.2004).

Levando-se em consideração a situação financeira do autor, que inclusive afirma em sua peça vestibular ser pobre no sentido legal, e que a condenação do ente público repercutirá na sociedade como um todo, em claro prejuízo de serviços públicos essenciais a toda a coletividade, como educação, saúde e outros, constato como plausível o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), fixado a título de indenização por dano moral.

A correção monetária independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um *plus* que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita. Vale dizer: a correção monetária presta-se apenas a recompor o valor nominal da moeda corroído pela inflação.

Tratando-se de responsabilidade extracontratual, o termo inicial para a incidência da correção monetária é a data da prolação da decisão em que foi arbitrado o valor certo da indenização, pois, ao fixá-la, o Magistrado já leva em consideração o poder aquisitivo da moeda.

A esse respeito, a jurisprudência dominante do colendo STJ firmou o entendimento de que:

> Em casos de responsabilidade extracontratual, o termo inicial para a incidência da correção monetária é a data da prolação da decisão em que foi arbitrado o valor da indenização (REsp nº 780.548/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 25.03.2008).

Para que a reparação do dano seja completa, a indenização deve ser acrescida de juros, que, no caso de responsabilidade extracontratual, devem incidir a partir

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 205

do evento danoso (Súmula nº 54/STJ), no percentual de 1% (um por cento) ao mês, devendo prevalecer o termo estabelecido na r. sentença.

Tendo em vista a procedência parcial dos pedidos do autor, revelando existir vencedor e vencido ao mesmo tempo, os honorários devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados, nos termos do que dispõe o *caput* do art. 21 do CPC, situação não observada pela MM. Juíza da causa.

A propósito, não há falar na incompatibilidade entre referido dispositivo e o art. 23 da Lei nº 8.906/94, uma vez que a titularidade dos honorários não é afetada ante a possibilidade de compensação, aliado ao fato de não implicar ofensa.

Por oportuno, anoto o entendimento consolidado sobre a matéria pelo colendo Superior Tribunal de Justiça:

> 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 (Súmula 306).

Por fim, somente os danos diretos e efetivos, aferíveis por efeito imediato do ato ilícito, encontram suporte para ressarcimento, não sendo passíveis de indenização o dano hipotético, incerto ou eventual.

Por essa razão é a prova do dano material de fundamental importância no processo da ação indenizatória.

No presente caso, não obstante indubitável a certeza do dano moral sofrido pelo autor em virtude do falecimento de seu pai, é certo que não restou devidamente comprovada a sua dependência econômica para com o seu genitor (*de cujus*), tornando-se indevido o pensionamento.

Em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, apenas para fixar o termo de incidência da correção monetária a partir da prolação da r. sentença (30.08.2007) e determinar a compensação dos honorários advocatícios de sucumbência, conforme prevê o art. 21, *caput*, do CPC e o entendimento consolidado na Súmula nº 306/STJ, prejudicados os recursos voluntários.

Custas recursais, 30% pelo réu e 70% pelo autor, observadas as disposições da Lei Estadual 14.939/03 e da Lei Federal 1.060/50.

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

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

...

Dissolução de sociedade empresarial - Direito de retirada - *Affectio societatis* - Quebra - Art. 1.034 do Código Civil

Ementa: Direito de retirada. Registro. Dissolução da sociedade empresarial. *Affectio societatis*. Quebra. Art. 1.034 do CC.

- O direito de retirada do sócio da sociedade, preconizado no art. 1.029 do CC, fica condicionado à notificação aos demais sócios e sua consequente alteração contratual, devidamente registrada perante o órgão competente.

- O direito de retirada do sócio não se confunde com a dissolução da sociedade empresarial.

- A *affectio societatis* é um elemento específico do contrato de sociedade empresarial, que se exterioriza pela vontade comum dos sócios de que o empreendimento prospere, em prol da sociedade e da atividade por ela desenvolvida.

- Inexistindo a *affectio societatis*, a consecução do fim social se torna impossível, permitindo a dissolução da sociedade empresarial, a teor do art. 1.034, inciso II, do Código Civil.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.077611-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Luiz Tarcísio da Costa - Apelados: Fábio Augusto da Silva e outro - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de maio 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.

Trata-se de apelação cível interposta contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Empresarial de Belo Horizonte, que, na ação de dissolução de sociedade comercial, julgou procedente o pedido.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 206

O apelante afirma que a sociedade já estava dissolvida desde o momento em que expirou o prazo para que os apelados se manifestassem a respeito de sua retirada da empresa. Aduz que a alteração a ser procedida no registro civil da sociedade é mera formalidade burocrática.

Alega que a decisão monocrática contrariou o art. 1.029 do Código Civil. Sustenta que o apelante se retirou da sociedade anteriormente ao ajuizamento da ação.

Irresigna-se, também, contra a condenação aos ônus sucumbenciais, ao argumento de que não apresentou resistência ao processo.

Contrarrazões apresentadas, às f. 209/211, pugnando pela manutenção da sentença.

Brevemente relatados, passo à decisão:

Em que pesem as alegações trazidas no petitório recursal, a sentença monocrática não merece reparos.

Ainda que o apelante tenha apresentado manifestação no sentido de retirar-se da sociedade, como lhe faculta o art. 1.029 do Código Civil, tal fato não foi formalizado perante a Junta Comercial, a teor da certidão de f. 50.

Ao contrário do que quer crer o apelante, não se trata de simples formalidade burocrática. É por meio da Junta Comercial que terceiros interessados têm acesso à regularidade e formação empresarial.

Dessa forma, não há que se falar que a decisão monocrática contrariou o art. 1.029 do CC, haja vista que o direito de retirada do sócio da sociedade fica condicionado à notificação aos demais sócios e sua consequente alteração contratual, devidamente registrada perante o órgão competente.

Válido mencionar, ainda, que o direito de retirada do sócio não se confunde com a dissolução da sociedade empresarial.

Sobre o tema, posiciona-se a jurisprudência do TJMG, consubstanciada no Acórdão de nº 1.024.04.261202-8/001, Relator, o Des. Luciano Pinto:

> Apelação cível. Dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Sociedade por prazo indeterminado. Notificação. Artigo 1.029 do CC. Efeitos. Data efetiva da saída do sócio da sociedade. Trânsito em julgado da decisão judicial com arquivamento da alteração do contrato social ou da decisão judicial no registro competente. *Reformatio in pejus*. Impossibilidade.
> - Nos termos do preceito do artigo 1.029 do CC, o direito de retirada em sociedade de prazo indeterminado fica condicionado à notificação aos demais sócios, com prazo de sessenta dias, para que seja providenciada a competente alteração contratual, devendo esta e a notificação, em conjunto, ser levadas à averbação perante o órgão de registro público competente, em caso de dissolução consensual; ou, ainda, da averbação da decisão judicial transitada em julgado que determinar a dissolução parcial da sociedade, sendo de notar que, somente a partir de tal averbação nos registros competentes, considerar-se-á efetivamente a publicidade do ato de dissolução parcial da sociedade com a saída do sócio retirante dos quadros societários, não havendo que se confundir o direito de retirada com a dissolução parcial da sociedade com a questão da apuração da responsabilidade dos sócios pelos atos societários praticados, principalmente em relação a terceiros. [...].

As partes demandantes, contudo, se inclinam no sentido do desaparecimento da *affectio societatis* que justifique a manutenção da sociedade empresarial.

É sabido que a *affectio societatis* é um elemento específico do contrato de sociedade empresarial, que se exterioriza pela vontade comum dos sócios de que o empreendimento prospere, em prol da sociedade e da atividade por ela desenvolvida.

Inexistindo o mencionado elemento, a consecução do fim social se torna impossível, permitindo a dissolução da sociedade empresarial, a teor do art. 1.034, inciso II, do Código Civil, que assim dispõe:

> Art. 1.034. A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando:
> [...]
> II - exaurido o fim social, ou verificada a sua inexequibilidade.

No direito empresarial vigora a diretriz de que o sócio não pode permanecer prisioneiro da sociedade. Dessa forma, com o desaparecimento da *affectio societatis*, que constitui a base da formação societária, é possível a dissolução da sociedade.

Nesse mesmo sentido, já se posicionou este eg. Tribunal, consubstanciado nos Acórdãos de nº 1.0701.05.126046-4/001 e 1.0024.05.826585-1/001, Relatores Des. Nilo Lacerda e Des. Sebastião Pereira de Souza, respectivamente:

> Ação de anulação de negócio jurídico. Venda de bens móveis de sociedade comercial. Administração da sociedade. Reconvenção. Dissolução de sociedade. Fim da *affectio societatis*. [...] Provado o desaparecimento da *affectio societatis* em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, formada por dois sócios, e não sendo possível o distrato, impõe-se o pedido judicial de dissolução de sociedade.

> Direito comercial. Processo civil. Ação de dissolução parcial de sociedade. Prazo de defesa. 05 dias. Art.1.218, VII, do CPC. Notificação. Art. 1.029 do CC. Quebra da *affectio societatis*. Caracterizada. Retirada de sócio. Apelo provido. *Omissis* [...] A ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a sociedade continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, já que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos.

No caso *sub judice*, a dissolução total se impõe em virtude de o objeto da sociedade depender do conhecimento técnico de todos os sócios, de maneira conjunta.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 207

Válido mencionar trecho do dispositivo sentencial, f. 194:

> [...] implica não somente a inexequibilidade do fim social, mas também a incompatibilidade de se preservar o exercício da atividade empresarial, uma vez que tanto os conhecimentos de engenharia mecânica do primeiro autor quanto os de engenharia eletrônica do segundo se mostram imprescindíveis para a consecução do objeto social (f. 16 - cláusula oitava).

Melhor sorte também não aguarda o apelante no que tange à condenação aos ônus sucumbenciais, haja vista que apresentou contestação e resistiu ao pedido principal trazido ao Poder Judiciário pelos autores, ora apelados. Dessa forma, os ônus sucumbenciais foram corretamente a ele imputados.

Em face do acima exposto, nego provimento à apelação, mantendo íntegra a sentença vergastada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEREIRA DA SILVA e CABRAL DA SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação anulatória - Indenização - Dano material - Dano moral - Cumulação de ações - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Impossibilidade jurídica do pedido - Carência de ação - Nulidade da sentença - Não ocorrência - Responsabilidade objetiva - Nexo causal - Ônus da prova

Ementa: Ação ordinária anulatória c/c indenização por danos materiais e morais. Carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam* do IPSM e pela impossibilidade jurídica do pedido. Nulidade da sentença. Inocorrência. Preliminares rejeitadas. Responsabilidade objetiva das pessoas de Direito Público (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). Exigência de configuração dos danos e do nexo de causalidade entre a atividade estatal e os prejuízos sofridos, cabendo ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito. Ressarcimento de danos materiais. Ausência de ato ilícito e da prova dos mesmos. Improcedência que se confirma. Danos morais presumidos. Dispensa da prova em concreto. Indenização que se impõe, no caso específico. Utilização dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida. Recursos desprovidos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.121691-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Edfranklin Lima Gomes - Apelante adesivo: Estado de Minas Gerais - Apelados: Edfranklin Lima Gomes, Estado de Minas Gerais, IPSM - Instituto de Previdência dos Servidores Militares - Relator: DES. NEPOMUCENO SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 9 de julho de 2009. - *Nepomuceno Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NEPOMUCENO SILVA - Trata-se de recursos de apelação, o 1º (principal) interposto por Edfranklin Lima Gomes, e o 2º (adesivo) pelo Estado de Minas Gerais, ambos contra a sentença (f. 403/421) proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Capital, nos autos da ação ordinária anulatória c/c indenização por danos materiais e morais ajuizada, ali, pelo apelante principal, em face do apelante adesivo e do IPSM - Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais, a qual julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados na inicial para condenar o Estado ao pagamento de indenização por danos morais, em favor do apelante principal, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora, estes fixados à taxa de 1% (um por cento) a partir da citação, *ex vi* do art. 406 do Código Civil.

Diante da sucumbência recíproca, e por ter decaído da maior parte de seus pedidos, o apelante principal foi condenado ao pagamento de 80% (oitenta por cento) das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados, por equidade, *ex vi* do art. 20, § 4º, do CPC, em R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), suspensa, contudo, a exigibilidade, por litigar sob o pálio da justiça gratuita (art. 12 da Lei Federal nº 1.060/50).

O apelante adesivo (Estado), por sua vez, foi condenado em 20% (vinte por cento) das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Determinou, ainda, S. Ex.ª, com base na Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, a compensação da verba honorária proporcionalmente.

Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição, *ex vi* do art. 475, § 2º, do CPC, com a redação dada pela Lei Federal nº 10.352/01.

Os embargos de declaração (f. 422/423), opostos pelo Estado de Minas Gerais, foram rejeitados pela decisão de f. 424/426.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 208

Insurge-se o apelante principal nas razões recursais (f. 427/447) suscitando, preliminarmente, a nulidade da sentença por ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC.

No mérito sustenta, em síntese, reiterando os termos da exordial e alegações finais, que tanto o Estado quanto o IPSM não respeitaram sua estabilidade, adquirida através do reconhecimento do "atestado de origem - AO" (f. 61/62), documento militar que declara e reconhece a origem e sua incapacidade momentânea, fazendo-o permanecer sob o amparo do Instituto Previdenciário Militar para todos os efeitos, até que cesse a situação geradora da incapacidade para o trabalho. Aduz que, enquanto se encontrava amparado pelo predito atestado, não poderia ter sido desligado da corporação, até seu restabelecimento integral, sendo que o instituto tinha a obrigação legal de prover todo o tratamento e recuperação, o que não ocorreu.

Sustenta, também, que sofreu prejuízos de ordem financeira diante da ausência dos vencimentos, indispensáveis à sua sobrevivência, bem como pela interrupção da contagem de tempo de serviço, em prejuízo ao quinquênio a que tem direito. Nulo, portanto, é o ato de seu desligamento, devendo o Judiciário assim o declarar para que haja a responsabilização dos requeridos e venha ele, apelante, a receber os vencimentos devidos desde a data do desligamento, corrigidos monetariamente, além de ter computado o período de afastamento ilegal para fins previdenciários e de reforma. O que, aliás, conclui, não induz ao pedido de declaração de sua reintegração à Polícia Militar, e sim o reconhecimento de que detinha estabilidade previdenciária, em função de acidente de trabalho, nos termos da legislação nacional.

Ainda que denegada a ordem, em mandado de segurança anterior, uma vez que se encontrava amparado por "atestado de origem" devido à lesão sofrida em serviço, insiste, não poderia ter sido, em hipótese alguma, excluído das fileiras da PMMG.

Assim, não há como negar a relação de causalidade entre o ato ilícito e os danos sofridos, da seguinte ordem: a) dano material devido ao não recebimento dos salários do período entre 18.09.2003 (data do afastamento) e 09.05.2005 (data do retorno), acrescido de quinquênio e contagem de tempo para reforma; b) dano moral provocado pela "dor e sofrimento físicos e espirituais, pela humilhação e exposição pública" sofridos pelo afastamento sem observância do já mencionado "atestado de origem", pelo risco de saúde a que foi submetido, pela submissão indesejada a cirurgias médicas.

Requer, portanto, ao final, o provimento do recurso para, reformando a sentença, julgar procedentes os pedidos nos termos formulados na inicial, condenando-se, consequentemente, os apelados aos ônus integrais da sucumbência.

Por sua vez, insurge-se o apelante adesivo nas razões recursais (f. 466/470) sustentando, em apertada síntese, que não há falar em omissão de sua parte, uma vez que apenas cumpriu do início ao fim os pronunciamentos judiciais referentes aos pedidos do apelante principal. Este, na verdade, não explicita porque tenta atribuir ao ente público a responsabilidade pelos danos que alega ter sofrido, razão pela qual requer o provimento do recurso para reformar, em parte, a sentença, julgando-se integralmente improcedentes os pedidos iniciais, atribuindo-se ao apelante principal os ônus da sucumbência.

Contrarrazões ao recurso principal, do IPSM (f. 457/464) e do Estado (f. 471/483), em infirmações óbvias, reiterando, aquele, preliminar de carência de ação diante da ilegitimidade passiva *ad causam* e da impossibilidade jurídica do pedido, pelo que requer em relação a ele, IPSM, a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Contrarrazões ao recurso adesivo (f. 485/506), em infirmação óbvia.

Sem interesse ministerial.

É o relatório, no essencial.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

1. Preliminares.

1.1. Carência de ação.

Foi ela suscitada pelo IPSM em sede de contestação, reiterada em contrarrazões de recurso, por ilegitimidade passiva *ad causam* e pela impossibilidade jurídica do pedido.

Argumenta que não está dotado de legitimidade simplesmente porque não tem qualquer relação jurídica com candidato a concurso da Polícia Militar, que é a responsável pelo concurso. Questiona que não poderia ser parte desta lide, pois não elaborou o "certame público, não selecionou os candidatos nem excluiu o autor que, ao fazer a inscrição, se submeteu a passar por todas as fases previstas no edital". Por ser, então, o apelante principal, carente de ação em relação ao instituto, por falta de pressuposto de validade para continuação do feito, requer sua extinção, sem resolução do mérito, *ex vi* do art. 267, VI, do CPC.

Quanto à impossibilidade jurídica do pedido, argumenta que os pedidos do apelante principal não encontram respaldo na Lei Estadual nº 10.366/90, que rege a Instituição. Aduz que a finalidade estatutária do IPSM é pagar pensão às viúvas dos militares, sendo que os vencimentos dos militares são pagos pela Diretoria de Pessoal da PMMG. Requer, assim, a extinção do processo, sem resolução do mérito, *ex vi* do art. 267, VI, do CPC, por ausência absoluta de possibilidade jurídica do pedido.

Sem razão, todavia. É que a preliminar se refere ao próprio mérito da ação e, como tal, será apreciada, valendo destacar dos pedidos formulados pelo apelante principal, quando do ajuizamento da ação, *verbis*:

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 209

> 3) Que seja determinado ao IPSM, liminarmente, reativar o atendimento do autor em todo o seu tratamento de saúde, inclusive medicação, nos termos da legislação própria, inclusive procedimentos cirúrgicos, se necessários. Ainda, que seja condenado a ressarcir ao autor todos os gastos porventura efetuados no seu tratamento de saúde após o desligamento da PMMG.
> 4) Seja assegurado ao autor, liminarmente, o recebimento por parte do IPSM e do Estado de Minas Gerais, do seu salário mensal, como todos os benefícios, inclusive aqueles devidos e não pagos desde o seu afastamento ocorrido em 18 de setembro de 2003 e até seu retorno em 09 de maio de 2005, que deverão ser pagos de uma só vez, corrigidos.
> 5) Seja citado o Estado de Minas Gerais, na pessoa de seu digno Procurador-Geral, e o Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais - IPSM, na pessoa de seu representante legal, para responderem aos termos da presente ação, querendo, sob pena de revelia e confesso (f. 25).

Nesse sentido, aliás, decidiu (f. 281/282) a ilustre Julgadora monocrática, cumprindo, ainda, asseverar que a indenização pelos danos morais recaiu somente sobre o Estado de Minas Gerais.

Rejeito, *data venia*, a preliminar.

1.2. Nulidade da sentença.

Foi ela, por sua vez, suscitada pelo apelante principal sob o argumento-síntese de ofensa aos arts. 128 e 460, ambos do CPC, devendo este egrégio Tribunal se pronunciar sobre as questões que a ilustre Julgadora monocrática deveria ter enfrentado na sentença, *ex vi* do art. 515 do CPC. Noutras palavras, sustenta o apelante principal que a MM. Juíza singular não apreciou fatos e provas que levam ao nexo de causalidade entre o seu desligamento da PMMG e a responsabilidade do Estado e do IPSM.

E o faço para rejeitá-la, vênia máxima. Pois é sabido que a decisão judicial resulta de um exercício lógico em que premissas e conclusões mantêm vínculos de pertinência e consequência. No caso, a ilustre Magistrada conectou os fatos à razão de seu convencimento, decidindo dentro dos limites da lide, tal como proposta, descabendo falar, portanto, em nulidade.

Ademais, imperioso asseverar que o juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, ainda mais quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, e muito menos se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas, valendo destacar, a propósito, da obra de Theôtonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 545), quando dos comentários ao art. 458:

> O juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (*JTJ* 259/14).

Enfim, os fundamentos da sentença são claros e nítidos, inexistindo omissões, obscuridades, dúvidas ou contradições. O não acatamento das teses contidas nas peças do apelante principal não implica, como pretende, nulidade da sentença. Ao magistrado cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está, pois, obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

A hostilizada sentença contempla, insisto, os requisitos essenciais - e mencionados no art. 458 do CPC - à sua validade, quais sejam o relatório, com suas especificações, os fundamentos, que deram sustentação à análise das questões fático-jurídicas e, por fim, o dispositivo, que, no caso específico, julgou procedentes, em parte, os pedidos deduzidos em juízo, deferindo-se tão somente o dano moral.

Rejeito, pois, a preliminar.

2. Mérito.

Quanto a ele adoto, inicialmente, na íntegra, o relatório exarado pela ilustre Julgadora monocrática, que nos dá a perfeita visão do que se pretende analisar nesta instância plural.

A Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º (e agora, também, segundo o art. 43 do Código Civil), adotou a teoria do risco administrativo, pelo que a vítima fica dispensada de provar a culpa da Administração. Esta, por sua vez, só poderá se eximir total ou parcialmente da responsabilidade se demonstrar a culpa exclusiva da vítima no evento danoso.

Confiram-se, a propósito, as redações, *verbis*:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> [...].
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.
> [...]
> Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Isso significa que, para exsurgir o dever de indenizar, não está o apelante principal, no caso em exame, obrigado a provar a culpa do agente público, bastando a prova do dano e do nexo causal entre o dano e a ação e/ou omissão do agente.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 210

Sobre a responsabilidade objetiva do Estado, Sílvio Rodrigues (*Direito civil*. 19. ed. São Paulo:Editora Saraiva, 2002, v. IV, p. 10), leciona:

> Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.
> A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

E, ainda, da clássica obra de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 626), colhe-se:

> A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano só do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.
> Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais.

Mas, de qualquer sorte, frisa-se, a responsabilização do Estado e do instituto dependerá da existência do nexo de causalidade entre a ação e/ou omissão de tais entes e os danos - material e moral - sofridos pela vítima (apelante principal). Isto é, para que haja o dever de indenizar, faz-se mister a conjugação de dois elementos básicos: o dano efetivo e o nexo de causalidade entre a atuação e/ou omissão pública e o prejuízo sofrido, cuja prova é da parte autora, *ex vi* do art. 333, I, do CPC, pois pelo ordenamento jurídico pátrio incumbe ao autor a prova quanto ao fato constitutivo do seu direito.

Sobre o ônus da prova, extrai-se da clássica obra de Humberto Theodoro Júnior que

> No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova.
> Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.
> Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente. (*Curso de direito processual civil*. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 486.)

Dito isso, a meu juízo as provas que instruíram o feito são firmes no sentido da inexistência do dano material, conforme veremos adiante. Antes, todavia, destaca-se do texto atualizado da Lei nº 5.301/69 (que contém o Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais) as hipóteses em que o servidor público militar poderá contar como sendo de efetivo exercício o período no qual esteve afastado de suas funções, *verbis*:

> Art. 160. Serão considerados de efetivo serviço os dias em que o militar estiver afastado por motivo de:
> I - férias anuais, escolares e férias-prêmio;
> II - licenças especiais ou previstas no artigo 109 deste Estatuto;
> III - exercício de outro cargo público em comissões;
> IV - desempenho de mandato legislativo, federal ou estadual;
> V - tempo de serviço público federal, estadual e municipal, comprovado mediante certidão;
> VI - licença do militar acidentado em serviço ou acometido de moléstia profissional.

Do predito texto, à evidência, não há menção ao período em que o servidor ficou fora das fileiras da PMMG em razão de exclusão, ainda que esta se tenha dado de maneira irregular.

O caso não se enquadra, ainda, no art. 41, § 2º, da Constituição Federal, uma vez que a regra ali contida pressupõe o retorno do servidor desligado do serviço público em razão da aplicação da penalidade administrativa de demissão, e não de mero ato de exclusão, que foi o caso do apelante principal.

Não bastasse isso, o ato do Comandante-Geral da PMMG, que determinou a exclusão do apelante principal, se deu em razão do julgamento do Reexame Necessário e Apelação nº 1.0000.00.310318-1/000, ocorrido em 23.06.2003, sob a relatoria do eminente Des. Wander Marotta, cujo acórdão foi publicado em 03.09.2003, cumprindo, aqui, transcrever sua ementa, *verbis*:

> Concurso público. Teste psicotécnico. Avaliação prevista no edital e que encontra respaldo na legislação vigente. Possibilidade de sua exigência. - A Lei Complementar nº 50/98, que alterou a Lei nº 5.301/69, foi editada em conformidade com o artigo 37, inciso I, da Constituição Federal de 1.988. Este diploma - que contém o Estatuto do Pessoal da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais - insere no item 5 do inciso III do art. 5º o exame psicológico, nos termos do

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 211

> seu parágrafo único, item 6, 'a', do art. 5º da Lei Complementar referida. A previsão do exame psicotécnico, como requisito para ingresso na carreira, encontra-se ancorada na Lei 5.301/69, com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 50/98, que prevê expressamente a necessidade de aprovação em testes psicotécnicos, como antecedente lógico e necessário para o provimento do cargo militar. A exigência de psicotécnico em exame para provimento de cargo público não contém nenhuma ilegalidade e se mostra necessário, mormente para a difícil e honrosa missão policial. Não cabe, em tese, na via do mandado de segurança, a discussão acerca de requisitos exigidos para a admissibilidade de recurso efetivamente não interposto.

Dessarte, a tutela mandamental que assegurou a participação do apelante principal no Curso Técnico em Segurança Pública - CTSP/2002 restou prejudicada, sem efeito, não havendo falar em ilegalidade do ato praticado pelo Comandante-Geral da PMMG, consubstanciado, repito, na exclusão do candidato daquele certame.

A propósito, trago a lume o enunciado da Súmula 405 do Supremo Tribunal Federal:

> Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

Enfim, a exclusão do apelante principal afigurou-se perfeitamente legítima, uma vez que era mantido no curso por força de medida judicial, reformada na instância plural, não havendo falar, portanto, em pagamento das vantagens pecuniárias do período em que esteve regularmente fora do serviço público e, tampouco, em contagem deste tempo como de efetivo serviço para todos os efeitos legais, ressaindo irrelevante o fato de o mesmo se encontrar, à época da exclusão, amparado por "atestado de origem".

Ouso, aqui, transcrever da r. sentença os argumentos e fundamentos exarados, com a propriedade de sempre, pela ilustre Julgadora monocrática, *verbis*:

> As irresignações apresentadas relativamente à ilegalidade da exclusão do requerente, quando já transitada em julgado a decisão proferida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com redobrada vênia, não procedem, e espelham tentativa de, por via transversa, manter-se os efeitos de medida judicial cassada, com o nítido intuito de se impor a permanência do autor no quadro de pessoal da Polícia Militar deste Estado.
> [...].
> Logo, não se trata de instituto que tenha por finalidade conceder estabilidade ao servidor militar - conforme defende o requerente na peça vestibular -, razão pela qual não há qualquer impedimento para a dispensa do militar amparado. Não se deve olvidar, outrossim, que os 'direitos do interessado' dizem respeito exclusivamente ao indivíduo enquanto integrante da Corporação Militar. Àquele regularmente excluído e que volta à condição de civil, não se concebe a manutenção dos benefícios decorrentes do amparo promovido pelo atestado de origem, sob pena de desvirtuamento do instituto.
> É certo que um servidor que tem uma lesão reconhecida como decorrente de acidente de trabalho e que vem a ser dispensado pela Administração enfrenta diversos dissabores, mas esta situação não pode, como bem ressaltado pelo Estado de Minas Gerais em sua contestação, conferir-lhe estabilidade provisória em cargo público no qual sequer havia ainda ingressado e, aliás, para o qual sequer havia sido aprovado (f. 414/415).

Com efeito, totalmente infundada a alegação do apelante principal no sentido de que caberia ao Estado e ao instituto promover o seu sustento, em razão de acidente (lesão) sofrido durante a prestação militar. Primeiro, porque a impossibilidade de exercer outras atividades profissionais não restou comprovada, sem falar no fato de que, pouco tempo depois, foi ele aprovado em novo concurso para a mesma corporação. Segundo, porque as alegações de que teria sofrido "todas as dificuldades financeiras", "passando por inúmeros e indizíveis momentos de grande dificuldade material" (f. 431), além de ter sido privado de obter a assistência médica necessária ao seu pronto restabelecimento físico, também não restaram provadas, pois, além da ausência de documentos que viessem a comprovar o pagamento de eventuais despesas médico-hospitalares, depois de sua exclusão, o apelante principal, ao depor em juízo, afirmou que,

> quando foi excluído do curso, [...] não chegou a dar continuidade ao tratamento médico a que se submeteu quando estava no curso; [...] apenas fazia repouso, procedia a caminhadas e continuou a tomar a medicação que havia sido passada pelo médico conveniado ao plano de saúde da PM; que tomava anti-inflamatório (diclofenaco), o qual continuou a tomar praticamente durante os dezenove meses em que esteve afastado da PMMG; neste período, chegou a consultar-se no SUS, tendo o médico sugerido a continuidade do tratamento e da medicação já prescrita pelo médico conveniado; nada mais veio a fazer quanto ao seu tratamento de saúde no período entre a sua exclusão do curso de formação e o retorno à PM (f. 287),

não ressaindo evidenciado que tivesse qualquer custo em decorrência da lesão sofrida. Restou caracterizado, ainda, que interrompeu o tratamento por conta própria, não obstante o atendimento da rede pública de saúde.

Assim, insisto, não há falar em dano material, vênia máxima.

Quanto ao dano moral, este é incontestável, na espécie, impondo-se sua indenização. Todavia, na forma expendida monocraticamente, e não como pretende o apelante principal, qual seja a indenização correspondente a 100 (cem) salários-mínimos.

A fixação do valor do dano moral fica, pois, adstrita ao exame das circunstâncias e das consequências de cada caso, não devendo ser nem excessiva nem exígua, observando-se, em cada caso concreto, obviamente, os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 212

É ressabido que a fixação do *quantum* atinente à indenização por dano moral é tormentosa. Ensina Maria Helena Diniz (in *Revista Jurídica Consulex*, nº 3, de 31.03.1997), sob título Indenização por dano moral: a problemática do *quantum*, *verbis*:

> A reparação do dano moral é, em regra, pecuniária, ante a impossibilidade do exercício do *jus vindicatae*, visto que ele ofenderia os princípios da coexistência e da paz sociais. A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza e angústia, pela superveniência de sensações positivas de alegria ou satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento. Trata-se da reparação por equivalente, ou melhor, da indenização entendida como remédio sub-rogatório, de caráter pecuniário, do interesse atingido.

Quanto aos parâmetros delineadores, aclara:

> Na reparação do dano moral o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer eqüitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento, nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação.

Dessarte, o órgão judicante, na avaliação do dano moral, buscará o estabelecimento de uma reparação equitativa, com fulcro na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável.

Pois é certo que a verba indenizatória tem o objetivo de compensar os transtornos e inconvenientes pelos quais passou, neste caso, o apelante principal, servindo, de um lado, como inibidora da conduta ilícita, mas, de outro, não dando causa a enriquecimento ilícito.

Tem-se observado, não raro, uma generalização, exacerbação e descritério, nos deferimentos, em certos pedidos de indenização por danos morais, seja quando "puros", seja quando cumulados, em sede de responsabilidade civil, gerando e incentivando abusos, na proposta, e perplexidade dos jurisdicionados, ante a disparidade, numeral, das outorgas, fruto da ausência de normatização substantiva, constatável na maioria dos casos, e, consequentemente, adoção de critérios subjetivos, variados, alguns, *data venia*, estranhos ao bom senso e à melhor orientação jurisprudencial, erigindo arbítrio desaconselhável e, com ele, o descrédito do próprio instituto.

Todo julgador, em hipóteses tais, tem o dever de perquirir múltiplos fatores inerentes aos fatos, suas consequências, além da situação econômico-financeira dos litigantes, sabendo-se que o *quantum* reparador não pode ser irrisório, como também não pode se constituir em instrumento de enriquecimento sem causa do ofendido, não custa insistir.

Feitas tais considerações, verifica-se que o apelante principal comprovou, através de atestados, relatórios médicos, resultados de exames e receituários, lesão sofrida no joelho, em 2002, quando participava de atividades físicas planejadas pela 103ª Companhia de Ensino e Treinamento do 10º BPM.

Em virtude da lesão, durante a "jornada policial militar", permaneceu afastado de suas atividades laborais, ficando em tratamento médico.

Restou evidenciado, também, que, depois de sua exclusão, em decorrência da supressão do plano de saúde oferecido pelo IPSM, ficou impossibilitado de dar prosseguimento ao tratamento especializado que lhe era oferecido em clínica credenciada pelo instituto.

No campo moral, cediço que, para a caracterização da responsabilidade da Administração Pública, basta a prova da existência do dano e do liame de causalidade, dispensando-se a demonstração da conduta antijurídica por parte do requerido (CF/88, art. 37, § 6º), o que ocorreu.

Em que pese a regularidade da exclusão do CSTP/2002, não se pode negar o nexo de causalidade entre a conduta do Estado e os danos morais suportados pelo apelante principal.

Não se pode olvidar, também, que a jurisprudência é remansosa no sentido de que o dano moral, em caso de acidente de trabalho, caracteriza-se independentemente da prova de sua existência, desde que demonstrado o nexo causal com o fato devidamente identificado.

Ora, a condenação imposta ao Estado, dadas as circunstâncias em que ocorreram os fatos na espécie *sub judice*, encontra amparo na própria Constituição da República (art. 37), bastando, para que se configure (a responsabilidade civil do Estado), o dano e o nexo causal.

Tem-se, pois, que, nos termos de seu art. 37, § 6º, as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos têm a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa de seu agente no cometimento da lesão.

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano. Relembre-se, por oportuno, que, embora a teoria do risco administrativo dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 213

demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização. É o temperamento do risco.

A propósito, só a existência de culpa exclusiva ou concorrente 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.

A análise do acervo instrutório dos autos evidencia que se acham provados os pressupostos indispensáveis à caracterização da responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, há prova cabal acerca do dano e do nexo de causalidade, ao passo que inexiste prova de que o evento danoso tenha ocorrido por culpa exclusiva ou concorrente da vítima (apelante principal).

À guisa de complementação, é de se registrar que, pelo menos nestes autos e para fins de responsabilização do ente público, é de todo irrelevante a alegação de que o policial militar se encontrava no estrito cumprimento do dever legal (pelo menos no que concerne à obrigação do ente estatal em indenizar o particular lesado).

No caso, provado o nexo causal entre o fato lesivo e o resultado (dano), sem qualquer culpa da vítima, inquestionável é a obrigação do Poder Público em indenizá-la, não merecendo qualquer reparo o *decisum*, a respeito.

Impõe-se, pois, a indenização por dano moral recair somente sobre o Estado de Minas Gerais, conforme decidiu a ilustre Julgadora monocrática, não se solidarizando o IPSM.

A doutrina de Carlos Roberto Gonçalves assinala que dano moral "dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*" (*Responsabilidade civil*. 7. ed. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 552). Trata-se, pois, de presunção absoluta.

Em resumo, o dever de reparar é corolário da verificação do evento danoso, dispensável, ou mesmo incogitável, a prova do prejuízo, valendo destacar dentre os precedentes deste egrégio Tribunal, *verbis*:

> Existindo nexo de causalidade entre a ação do agente público e o evento danoso, caracterizada está a responsabilidade civil do Estado, cabendo ao ente indenizar a autora pelos prejuízos que lhe foram causados, mormente quando não restar comprovada culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Indenização - Danos morais - Valoração. - Cabe ao prudente arbítrio do magistrado fixar o *quantum* referente à indenização por danos morais, devendo sopesar, dentre outros fatores, a gravidade do fato, a magnitude do dano, a extensão das seqüelas sofridas pela vítima, a intensidade da culpa, as condições econômicas e sociais das partes envolvidas, de forma a proporcionar ao ofendido uma satisfação pessoal, de maneira a amenizar o sentimento do seu infortúnio. (TJMG, 7ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.03.009190-4/001, Relator Des. Pinheiro Lago, acórdão de 03.08.2004, publicação de 1º.10.2004.)

Feita a análise do apelo principal, ressai prejudicado, vênia máxima, o apelo adesivo, interposto pelo Estado, sob os argumentos de que apenas cumpriu, do início ao fim, os pronunciamentos judiciais pertinentes aos pedidos do apelante principal, e que este, na verdade, não explicita por que tenta atribuir ao ente público a responsabilidade pelos danos que alega ter sofrido.

Com tais expendimentos, rogando vênia, rejeito as preliminares e nego provimento a ambos os recursos, mantendo incólume a r. sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, do apelo principal, pelo respectivo apelante, suspensa, contudo, a exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei Federal nº 1.060/50, ressaindo *ex lege*, quanto ao adesivo.

É como voto.

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

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

...

Ação cominatória - Obrigação de fazer - Estabelecimento de ensino privado - Justiça Estadual - Competência - Expedição e registro de diploma - Multa cominatória - Obrigação - Cumprimento parcial - Redução - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Ação cominatória de obrigação de fazer. Instituição de ensino privada. Competência da Justiça Estadual. Expedição e registro de diploma. Multa cominatória. Cumprimento parcial da obrigação. Redução. Possibilidade.

- Compete à Justiça Estadual processar e julgar as ações de procedimento comum movidas por aluno, em face da instituição particular de ensino superior.

- Ausente nos autos a prova robusta acerca da impossibilidade de a instituição de ensino providenciar o registro do diploma de seu ex-aluno, deve ser mantida a decisão que o determinou.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0183.09.160406-0/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Agravante: Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - Agravado: Wagner Rezende Costa - Relator: DES. ALBERTO HENRIQUE

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 214

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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO.

Belo Horizonte, 21 de maio de 2009. - *Alberto Henrique* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de agravo de instrumento interposto, por Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete, contra decisão de f. 33, proferida nos autos da ação cominatória ajuizada pelo agravado, Wagner Rezende Costa, em desfavor da agravante, via da qual a MM. Juíza *a quo* deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando que a agravante, no prazo de 72 (setenta e duas) horas providenciasse a expedição e o registro do diploma do agravado, sob pena de multa diária fixada em R$465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais), até o limite de R$20.000,00 (vinte mil reais).

Irresignada, recorre a agravante arguindo, em sede de preliminar, a incompetência da Justiça Estadual para o processamento do feito.

No mérito, assevera que já providenciou a expedição do diploma do agravado, no entanto, afirma que não possui condições de registrar o diploma, uma vez que esta função cabia ao Conselho Estadual de Educação, sendo que, por decisão do STF, voltou a ser do Ministério da Educação.

Por essas razões, pugnou pelo deferimento do efeito suspensivo ao agravo e, no mérito, o seu provimento.

Preparo regular, à f. 63.

Efeito suspensivo deferido, à f. 74.

Informações prestadas pela MM. Juíza primeva, às f. 80/81.

Apesar de devidamente intimado, o agravado não apresentou resposta ao recurso, conforme se vê à f. 82.

Eis o relato do essencial.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão proferida nos autos da ação cominatória, em que foi deferida a tutela antecipada para que a agravante providencie a expedição e o registro do diploma do agravado, no prazo de 72 horas, sob pena de multa diária.

Conforme se extrai do feito, a agravante argumenta que já providenciou a expedição do diploma, o que restou comprovado pelo documento de f. 60.

Assim, o interesse recursal da agravante limita-se à determinação judicial de registrar o referido diploma, bem como na imposição de multa cominatória, para o caso de descumprimento da obrigação.

Com essas considerações, conheço parcialmente do recurso.

Preliminar: incompetência da Justiça Estadual.

Arguiu a agravante preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum, "[...] uma vez que a educação é uma concessão do Estado para o Particular, sendo assim todas as decisões têm que ser proferidas e julgadas pela Justiça Federal [...]".

Razão não assiste à agravante.

Como é cediço, a competência para apreciar e julgar as ações em geral, contra atos de dirigentes de pessoa jurídica de direito privado, de mera gestão administrativa, é da Justiça Estadual.

A exceção se dá em mandado de segurança, porque o ato atacado é de autoridade de instituição privada, no exercício de função federal delegada, porquanto, nos termos do § 1º do art. 1º da Lei 1.533/50,

> 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.

Por sua vez, encontra-se previsto na Constituição da República, em seu art. 109, VII, que:

> Art. 109 - Aos juízes federais compete processar e julgar:
> [...]
> VIII - os mandados de segurança e *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais.

Com efeito, apesar de se tratar de um ato praticado pelo diretor da universidade, o qual se equipara à autoridade federal, por exercer atividade delegada pelo Poder Público federal, não tratam os autos principais de mandado de segurança, e sim de uma ação cominatória, conforme se vê expressamente da inicial de f. 16/27.

Logo, não há falar em competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito.

Acerca do tema, a jurisprudência:

> Conflito de competência: Ação de procedimento comum movida por aluno contra instituição particular de ensino superior - Competência da Justiça Estadual. 1. A competência cível da Justiça Federal, estabelecida na Constituição, define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo: será da sua competência a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou opoente (art. 109, I, a). 2. Compete à Justiça Estadual, por isso, processar e julgar a causa em que figuram como partes, de um lado, o aluno e, de outro, uma entidade particular de ensino superior. No caso, ademais, a matéria versada na demanda tem relação

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 215

> com ato particular de gestão. 3. No que se refere a mandado de segurança, a competência é estabelecida pela natureza da autoridade impetrada. Conforme o art. 109, VIII, da Constituição, compete à Justiça Federal processar e julgar mandados de segurança contra ato de autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular quanto a atos praticados no exercício de função federal delegada. Para esse efeito é que faz sentido, em se tratando de impetração contra entidade particular de ensino superior, investigar a natureza do ato praticado. 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Estadual, o suscitado. (CC 38130/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJU* de 13.10.2003.)

Registra-se, oportunamente, que todas as jurisprudências colacionadas pela agravante, acerca da incompetência da Justiça Estadual, dizem respeito a mandado de segurança, e não ação cominatória, destoando-se, assim, da hipótese dos autos.

Rejeito, pois, a preliminar.

Mérito.

O cerne da questão, como dito alhures, consiste em perquirir se cabe à agravante a obrigação de proceder ao registro do diploma do agravado.

Extrai-se dos autos que a agravante sustenta a impossibilidade de registrar o diploma do agravado, sob o fundamento de que todos os diplomas das faculdades de direito eram registrados pela Fumec, por designação do Conselho Estadual de Educação, no entanto, atualmente, por decisão do STF, a função de registrar os diplomas passou a ser do Ministério da Educação.

Não obstante, afirma que o MEC ainda não estabeleceu as regras para o registro do diploma, bem como não estabeleceu qual será a instituição credenciada a fazer esse registro.

A despeito de toda a argumentação constante na peça recursal, melhor sorte não socorre a agravante.

Os documentos trazidos pela recorrente não são suficientes para afastar o seu dever de providenciar o registro do diploma, reclamado nos autos principais.

De fato, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (2501-MG), julgada em 04.09.08, retirou a subordinação das instituições de ensino privadas ao Conselho Estadual de Educação, determinando, por conseguinte, a sujeição dessas instituições ao Ministério da Educação.

Todavia, não há nos autos nenhuma comprovação de que o Ministério da Educação, após o julgamento citado alhures, suspendeu o registro dos diplomas por parte das instituições de ensino outrora subordinadas ao Conselho Estadual de Educação.

Com efeito, a alegação de que o MEC "[...] ainda não estabeleceu como serão as regras para o registro do diploma e também não estabeleceu qual será a instituição credenciada a fazer o registro [...]" é vazia e desprovida de qualquer documentação comprobatória, *data venia*.

Nessa perspectiva, não me afigura razoável admitir que o agravado, cuja colação de grau ocorrera em 18.07.08, ou seja, há quase 10 meses, não obtenha o registro de seu diploma, acarretando, certamente, reflexos negativos na ascensão de sua carreira, conforme bem fundamentou a MM. Juíza primeva (f. 33).

Dessa feita, deve ser mantida a decisão que determinou o registro do diploma do agravado, cabendo-me, todavia, apreciar o valor da multa cominatória fixada, que também foi objeto do recurso.

Quanto a esse ponto, razão assiste à agravante.

Como é cediço, a multa cominatória não tem objetivo indenizatório, reparatório ou sancionador, mas, prioritariamente, objetiva coagir o devedor a realizar determinado ato.

O seu arbitramento, portanto, deve guardar correspondência com esse objetivo, não podendo constituir, dessa forma, causa de enriquecimento para o credor.

Recomenda-se que, ao deferir a medida e arbitrar a multa, não se limite o julgador a fixar prazo para o cumprimento e o valor diário do encargo, devendo também ser estabelecido um limite máximo, evitando-se os excessos.

In casu, considerando-se que a obrigação foi parcialmente cumprida, deve ser proporcionalmente reduzida a multa, restringindo-se à parte inadimplida.

Sobre a possibilidade de redução da multa, inclusive de ofício pelo Magistrado, dispõe expressamente o § 6º do art. 461 do CPC que:

> Art. 461. [...]
> [...]
> § 6º O Juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Ponderando todos os aspectos mencionados, tenho por razoável reduzir a multa diária para o valor de R$100,00, (cem reais), limitada a R$10,000.00 (dez mil reais).

Com essas considerações, rejeito a preliminar de incompetência absoluta e, no mérito, dou parcial provimento, apenas para limitar a multa cominatória fixada, na forma acima assinalada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FRANCISCO KUPIDLOWSKI e CLÁUDIA MAIA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 216

Direito do consumidor - Programa de computador - Sociedade de advogados e empresa de *software* - Relação - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Teoria finalista mitigada - Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço - Obrigação - Inadimplemento total - Prescrição quinquenal - Voto vencido

Ementa: Direito do consumidor. Programa de computador. *Software*. Consumidor. Relação entre sociedade de advogados e empresa de *software*. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Teoria finalista mitigada. Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Inadimplemento total da obrigação. Prescrição quinquenal. Voto vencido.

- O consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC, permitindo-se, entretanto, a mitigação à aplicação daquela teoria, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas consumeristas a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

- Nas hipóteses de inadimplemento absoluto, não se estaria no âmbito do art. 18 (e, consequentemente, do art. 26 do CDC), mas no âmbito do art. 14, que, quanto à prescrição, leva à aplicação do art. 27, com prazo de cinco anos para o exercício da pretensão do consumidor.

- Como a prescrição é a perda da pretensão por ausência de seu exercício pelo titular, em determinado lapso de tempo, para se verificar se houve ou não prescrição, é necessário constatar se nasceu ou não a pretensão respectiva, porquanto o prazo prescricional só começa a fluir no momento em que nasce a pretensão, ou seja, quando se constata de forma inequívoca o inadimplemento total da obrigação.

Recurso provido.

- V.v.: - A norma consumerista somente tem aplicação quando o contratante puder ser caracterizado como destinatário final. Quando a aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, possui o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade-fim, não se reputa como relação de consumo, e sim como uma atividade de consumo intermediária, razão pela qual não se submete às normas do Código de Defesa do Consumidor.

- A partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei (art. 206). (*Des.ª Electra Benevides*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.207799-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Weslen Sousa Silva Advogados Associados S/C - Apelada: Aquarius Software Ltda. - Relator: DES. CABRAL DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A REVISORA.

Belo Horizonte, 2 de junho de 2009. - *Cabral da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CABRAL DA SILVA - Adoto o relatório do Juízo *a quo* f.174/176 por representar fidedignamente os fatos ocorridos em primeira instância.

Trata-se de apelação interposta por Weslen Sousa Silva Advogados Associados S/C às f.179/185, contra sentença de f. 174/178, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 20ª Vara da Comarca de Belo Horizonte, nos autos de "ação de cobrança c/c indenização por dano moral", na qual o Juiz decidiu por dar provimento ao agravo retido, decretando a prescrição da ação e extinguindo o processo.

Em suas razões recursais, o apelante pretende a reforma da sentença, prosseguindo o feito em seus ulteriores termos, com a condenação do apelado, incluindo a inversão do ônus da sucumbência. Sustentando a impossibilidade de se definir de forma precisa quem é o consumidor, o apelante alega que o que deve ser focado é a estrutura do contrato, e não somente a qualidade dos contratantes. Dessarte, o apelante enquadra-se nos moldes de consumidor, devendo ser aplicado ao caso o Código de Defesa do Consumidor. Aduz ainda que o prazo prescricional a ser aplicado ao caso deve ser o ordinário, que no Código Civil de 1916 é de 20 anos e no Novo Código Civil é de 10 anos. Alega ainda a necessidade de reforma do valor dos honorários advocatícios.

Em sede de contrarrazões (f.189/190) aduziu o apelado que a decisão proferida merece subsistir, visto que foi verificado o instituto da prescrição. Sustenta ainda a manutenção do valor dos honorários advocatícios. Em conclusão, considera pertinente a sentença,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 217

requerendo assim a manutenção do *decisum* e a improcedência do apelo.

Este é o breve relatório.

I - Mérito.

I - A - Incidência das normas do CDC.

Antes de adentrarmos o mérito, cabe salientar que é aplicável o Codex Consumerista à presente relação.

No que tange à definição de consumidor, o colendo Superior Tribunal de Justiça, em sua Segunda Seção, ao julgar em 10 de novembro de 2004 o Recurso Especial nº 541.867/BA, alinhou-se junto à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, em regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do *Codex* Consumerista. Entretanto, reconheceu-se naquela oportunidade certa mitigação à aplicação daquela teoria, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas consumeristas a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

In casu, o apelante é associação civil com a finalidade de prestação de serviços advocatícios, equiparando-se a empresa de pequeno porte, a qual, procurando dinamizar a sua atuação e reduzir seus custos de operação adquiriu programa de computador do apelado.

Por óbvio, o apelado nem qualquer de seus prepostos possuem conhecimento técnico sobre os mecanismos que envolvem a programação de computadores, caracterizando a hipossuficiência necessária à mitigação da teoria em favor do mesmo. A experiência comum revela que os meios informáticos por vezes causam dúvida até mesmo em profissionais da área, os quais não encontram soluções para os erros de execução dos programas e operacionalização de sistemas de informações telemáticos.

Dessa forma, a meu ver e sentir, caracterizada está a hipossuficiência da apelada, implicando a incidência das normas do *Codex* Consumerista.

II - B - Da prescrição aplicável. Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Inadimplemento total da obrigação.

Compulsando os autos, observo que a causa de pedir e o pedido constantes do feito versam sobre responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

Os programas de computador, comumente denominados *softwares*, possuem característica peculiar. O consumidor, ao adquiri-lo, não se torna dono de objeto físico, mas de licença de uso que pode ou não ser delimitada no tempo. Tal produto, por vezes, agrega-se à prestação de serviços de banco de dados e suporte, destinando-se ao incremento das atividades de todos os níveis da cadeia econômica.

In casu, a pretensão processual aviada pelo apelante baseia-se em inadimplemento absoluto da obrigação do fornecedor do produto denominado Chronos, o qual não haveria funcionado apropriadamente um só dia sequer, tornando inócua a aquisição de sua licença. Conclui o apelante, ao delimitar seu pedido à indenização por dano material e moral.

O *Codex* Consumerista, ao tratar sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, dispôs que:

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência 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.
> § 1° O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
> I - sua apresentação;
> II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
> III - a época em que foi colocado em circulação.
> § 2° O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.
> [...]

Já sobre a responsabilidade por vício do produto e do serviço, dispôs que:

> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.
> [...]
> § 6° São impróprios ao uso e consumo:
> [...]
> III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.
> [...]

Ainda, sobre os prazos de prescrição e de decadência pertinentes a cada um destes, dispôs o código que:

> Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:
> I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;
> II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.
> § 1° Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.
> § 2° Obstam a decadência:

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 218

> I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;
> II - (Vetado).
> III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.
> § 3° Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.
> Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.
> Parágrafo único. (Vetado).

Como se observa, há por vezes uma tênue linha entre a responsabilidade por fato do produto e por vício do produto, capaz de atrair o exíguo prazo decadencial ou quinquídio pertinente à prescrição.

A meu ver e sentir, se estivermos diante da hipótese de responsabilidade por fato do serviço (art. 14 do CDC), o prazo prescricional a ser aplicado é o do art. 27 do *Codex* Consumerista, de cinco anos. Se estivermos diante de responsabilidade por vício do produto (art. 18 do CDC), o prazo será decadencial, disciplinado no art. 26. No entanto, nas hipóteses de inadimplemento absoluto, não se estaria no âmbito do art. 18 (e, consequentemente, do art. 26 do CDC), mas no âmbito do art. 14, que, quanto à prescrição, leva à aplicação do art. 27, com prazo de cinco anos para o exercício da pretensão do consumidor.

Este é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbi gratia*:

> Consumidor. Recurso especial. Danos decorrentes de falha na prestação do serviço. Publicação incorreta de nome e número de assinante em listas telefônicas. Ação de indenização. Prazo. Prescrição. Incidência do art. 27 do CDC, e não do art. 26 do mesmo código.
> - O prazo prescricional para o consumidor pleitear o recebimento de indenização por danos decorrentes de falha na prestação do serviço é de 5 (cinco) anos, conforme prevê o art. 27 do CDC, não sendo aplicável, por consequência, os prazos de decadência, previstos no art. 26 do CDC.
> - A ação de indenização movida pelo consumidor contra a prestadora de serviço, por danos decorrentes de publicação incorreta de seu nome e/ou número de telefone em lista telefônica, prescreve em cinco anos, conforme o art. 27 do CDC. Recurso especial não conhecido. (REsp 722510/RS - Rel.ª Ministra Nancy Andrighi - *DJ* de 1°.02.2006, p. 553.)

> Recurso especial. 'Pacote turístico'. Inexecução dos serviços contratados. Danos materiais e morais. Indenização. Art. 26, I, do CDC. Direito à reclamação. Decadência. - O prazo estatuído no art. 26, I, do CDC, é inaplicável à espécie, porquanto a pretensão indenizatória não está fundada na responsabilidade por vícios de qualidade do serviço prestado, mas na responsabilidade contratual decorrente de inadimplemento absoluto, evidenciado pela não prestação do serviço que fora avençado no 'pacote turístico' (*LEXSTJ* 161/88).

Neste último precedente citado, firmou-se o entendimento, com o qual me coaduno, de que:

> não se trata de responsabilidade por vícios de qualidade do serviço prestado, mas de responsabilidade contratual decorrente de inadimplemento absoluto, evidenciado este pela não prestação do serviço que fora avençado.

O termo inicial do lapso prescricional, nos termos do art. 27, há de ser a data do inequívoco conhecimento do dano e de sua autoria, ou seja, da data em que se constatou não ser mais possível a utilização do programa.

Como a prescrição é a perda da pretensão por ausência de seu exercício pelo titular, em determinado lapso de tempo, para se verificar se houve ou não prescrição é necessário constatar se nasceu ou não a pretensão respectiva, porquanto o prazo prescricional só começa a fluir no momento em que nasce a pretensão. *In casu*, a pretensão só nasce a partir do momento no qual inequivocamente se têm ciência do completo inadimplemento da obrigação. Compulsando os autos, observo que há correio eletrônico enviado ao apelante em 20 de agosto de 2002 (f. 18), informando procedimentos de instalação do programa de computador. Dessa forma, a meu ver e sentir, nessa data ainda não estava o apelante ciente de forma inequívoca do completo inadimplemento da obrigação.

Assim, como o presente feito foi distribuído em 15 de setembro de 2006, encontra-se dentro do prazo prescricional, não estando extinta a pretensão aviada pela prescrição.

III - Conclusão.

Ex positis, dou provimento ao recurso para cassar o r. *decisum* do Juízo primevo e determinar que se profira sentença com a análise do mérito da pretensão processual aviada.

Custas, *ex lege*.

DES.ª ELECTRA BENEVIDES - Peço vênia ao eminente Desembargador Relator para discordar das razões esposadas no brilhante voto proferido, para negar provimento ao recurso, mantendo-se a sentença, com acréscimo de fundamentos.

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 174/178, que reconheceu a prescrição da ação de cobrança c/c indenização por dano moral proposta por Weslen Sousa e Advogados S/C em face de Aquarius Software e JLP Informática, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Inconformada, apela a parte autora, alegando, em suma, que o prazo prescricional aplicável ao caso seria o prazo ordinário de 10 anos, previsto no art. 205 do Código Civil, e não prazo de prescrição especial de 3 anos, previsto no art. 206, § 3°, V, do mesmo diploma.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 219

Em seu voto, o ilustre Relator entendeu que a relação existente entre as partes é regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor e, em decorrência disso, o prazo prescricional seria de 5 anos. Daí, concluiu ser a ação de cobrança tempestiva, merecendo a sentença primeva ser cassada.

Da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Contrariando a tese do eminente Relator, entendo que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável ao caso ora em análise, pois o apelante não é o destinatário final do produto, o que acaba por descaracterizar a relação de consumo.

Antes de fundamentar meu entendimento, há que se fazer algumas considerações acerca das duas correntes doutrinárias relativas à definição de consumidor, quais sejam a corrente maximalista e a finalista, e, por conseguinte, do campo de incidência do Código Consumerista.

A orientação maximalista pressupõe um conceito jurídico-objetivo de consumidor, entendendo que a Lei nº 8.078/90, ao defini-lo como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", apenas exige, para sua caracterização, a realização de um ato de consumo. A expressão "destinatário final", pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço.

Já o conceito de consumidor, sob a ótica da teoria finalista, restringe-se às pessoas físicas ou jurídicas não profissionais, que não visam ao lucro nas atividades contratadas. Contudo, será consumidor intermediário aquele que adquire produto ou usufrui de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar o seu próprio negócio lucrativo.

Assim, seria imprescindível à conceituação de consumidor que a destinação final fosse entendida como econômica [e não apenas fática], isto é, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente, pessoa física ou jurídica, e não objetive o desenvolvimento de outra atividade negocial.

Nesse sentido, dispõe Arnoldo Wald que

> o legislador pátrio, ao incluir as pessoas jurídicas como consumidoras no art. 2º do CDC, cuidou das sem caráter empresarial, como as fundações e as associações, ou admitiu que as pessoas jurídicas de direito comercial também pudessem invocar a proteção da lei especial, mas, tão somente, nos casos nos quais a contratação de bens ou serviços de consumo não tivesse vinculação alguma com a sua atividade produtiva ou empresarial, não se tratando de bens ou serviços utilizados, ou utilizáveis, direta ou indiretamente, na produção ou comercialização. [...]. A conclusão à qual se chega é, pois, que no Direito brasileiro, compatibilizando-se a letra e o espírito da lei e atendendo-se à lição do Direito Comparado, a pessoa jurídica, tão-somente, pode ser considerada 'consumidor' ou a ele equiparada, nos casos em que não atua profissionalmente, ou seja, quando a empresa não opera dentro de seus fins sociais. Cabe, aliás, em relação às sociedades comerciais, uma presunção de ser o consumo para fins profissionais e sociais, em virtude da própria estrutura e finalidade empresarial que as caracteriza (O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras, in *Revista dos Tribunais*, v. 666, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, abr./1991, p. 14).

Contudo, hodiernamente, verifica-se certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada *in concreto* a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais. Quer dizer, ao revés do preconizado pelos maximalistas, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção, e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.

Entretanto, não entendo que este seja o caso dos presentes autos, uma vez ausente a vulnerabilidade jurídica e econômica por parte do apelante em face dos apelados. Pelo contrário, trata-se de um escritório de advocacia, o qual dispõe do conhecimento jurídico, inexistindo, também, provas que demonstrem o desequilíbrio econômico entre as partes.

Feitas essas considerações, *data venia*, não há falar em relação de consumo no presente caso, sendo, portanto, inaplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor, visto que, conforme ponderou o apelante, em sua peça inicial, a aquisição do *software* se deu com vistas ao aperfeiçoamento da atividade-fim do escritório de advocacia e à facilitação do contato com seus clientes.

Assim, aplicáveis ao caso as normas constantes do vigente Código Civil.

Da prescrição do direito de ação.

Pois bem, verifico que as partes contrataram a instalação do programa de computador em agosto de 2001, tendo o apelante alegado que nunca utilizou o *software*, em virtude de defeitos técnicos.

Afirmou, também, o apelante que, após a compensação do último cheque dado em pagamento, no valor de R$600,00, os apelados não mais atenderam às solicitações de reparo, causando prejuízos ao escritório (à f. 04).

Verifico, à f. 19, que o cheque mencionado acima foi compensado em 20.08.2002, momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo prescricional para as ações de cobrança e de indenização por dano moral. Tal é corroborado pelo documento de f. 15, letra g, no qual o apelante declara que desde o final de 2002 os fabricantes estavam inertes quanto às reclamações efetuadas.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 220

Os prazos para a ação de reparação civil e ação de ressarcimento por enriquecimento sem causa foram reduzidos pelo novo Código Civil. Se, no código anterior, estes prazos eram de 20 (vinte) anos, segundo o art. 177, no novo Código, tais prazos reduziram-se a apenas 3 (três) anos, conforme art. 206, § 3º, IV e V. *In verbis:*

> Art. 206. Prescreve:
> § 3º Em três anos:
> [...]
> IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;
> V - a pretensão de reparação civil.

De fato, para casos como este, o novo Código estabeleceu, em seu art. 2.028, uma relativa proporção entre o prazo anterior, e em curso, e o prazo novo. E o fez da seguinte forma: se, no momento da entrada em vigor do novo Código, já tiver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada, é desta a regência do prazo. Se o contrário, ou seja, se, em 11 de janeiro de 2003, quando da entrada em vigor do novo Código, não houver transcorrido a metade daquele prazo, a prescrição será regida pela lei nova.

Por essas razões, os prazos prescricionais devem ser contados da entrada em vigor do novo Código, isto é, 11 de janeiro de 2003. Tendo a ação sido distribuída em 15.09.2006, afere-se que decorreu lapso temporal superior a três anos, estando prescrito o direito de ação do apelado de requerer o ressarcimento do valor despendido pela aquisição do programa de computador e de pleitear indenização por danos morais.

Ante o exposto, peço vênia ao ilustre Relator para negar provimento ao recurso, mantendo-se o reconhecimento da prescrição decretada em primeira instância, porém, com fulcro no art. 206, § 3º, incisos IV e V, do Código Civil.

Custas, *ex lege*.

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A REVISORA.

...

Medida cautelar - Bens que serão recebidos após inventário - Gravame - Devedor - Intenção fraudulenta - Prova - Necessidade

Ementa: Ação cautelar. Gravame sobre bens que serão recebidos após inventário. Necessidade de provas da intenção fraudulenta do devedor.

- Em que pese existir a previsão do art. 615-A do CPC de averbação da existência de processo de execução em registros de imóveis, registro de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora ou arresto, não há previsão de constituição de gravame sobre bens que ainda não foram formalizados como patrimônio do executado em virtude de ainda constarem como objeto de processo de inventário/arrolamento pendente de conclusão.

- Sem embargo da possibilidade jurídica de ser deferida a medida pleiteada no presente feito, apenas com finalidade acautelatória, tal provimento de caráter excepcional deverá estar fundamentado em provas ou pelo menos indícios de que exista intenção fraudulenta.

Negaram provimento ao primeiro recurso e deram parcial provimento ao segundo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.07.274396-2/001 em conexão com 1.0672.06.219079-4/003, 1.0672.07.274395-4/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelantes: 1º) Marcos Moreira de Oliveira, 2º) Gustavo Viana de Melo Figueiredo - Apelados: Marcos Moreira de Oliveira, Gustavo Viana de Melo Figueiredo - Relator: DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2009. - *José Domingues Ferreira Esteves* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES - Cuida-se de recursos de apelação interpostos por Marcos Moreira de Oliveira e Gustavo Viana de Melo Figueiredo, insurgindo-se contra a r. sentença de f. 173/177, que veio a julgar improcedente a medida cautelar pleiteada pelo primeiro apelante em face do segundo.

Para tanto, aduz o primeiro apelante, mediante suas razões às f. 182/198, em suma, que restaram demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* necessários para o deferimento da medida cautelar pleiteada, haja vista que o apelado é réu de uma ação de execução na qual ainda não podem ser penhorados os bens que serão herdados com a conclusão do processo de inventário indicado na inicial, e, sem a medida pleiteada, tais bens poderão ser dilapidados.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 221

Por fim, com fulcro no princípio da eventualidade, pede a redução dos honorários de sucumbência e que seja conhecido e provido o agravo retido interposto contra decisão que acolheu incidente de impugnação ao valor da causa.

O segundo apelante, por sua vez, às f. 206/216, aduz, em síntese, que a condenação quanto aos ônus da sucumbência deve recair sobre o autor da ação cautelar, ora o segundo apelado, e que tal condenação deve ter o percentual elevado de 1 para 20% do valor da causa.

Conheço dos recursos, porque próprios e tempestivos.

Trata-se de ação cautelar ajuizada pelo primeiro apelante visando acautelar o direito de constituir gravame sobre o patrimônio do segundo apelante no que toca ao patrimônio que será recebido pelo último em decorrência do inventário/arrolamento nº 672.06.219079-4.

De início, conheço do agravo retido para negar-lhe provimento, pois o valor da causa deve expressar o valor econômico debatido, que, no caso específico dos autos, deve refletir o montante do débito que o agravante pretende ter resguardado mediante constrição no patrimônio que será do agravado.

Adentrando a analise das apelações, infere-se que o autor da ação, ora primeiro apelante, expõe seu temor de que o patrimônio do réu, ora segundo apelante, seja dilapidado, o que impediria o recebimento de crédito que perfaz o montante de R$2.426.559,86 (dois milhões quatrocentos e vinte e seis mil quinhentos e cinquenta e nove reais e oitenta e seis centavos).

Compulsando os autos, não constato nenhum indício de intenção de dilapidação do patrimônio por parte do demandado, tampouco foi alegada a ocorrência de algum fato nesse sentido no bojo da peça inicial.

Assim, em que pese existir a previsão do art. 615-A do Código de Processo Civil de averbação da existência de processo de execução em registros de imóveis, registro de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora ou arresto, conforme destacado pelo próprio primeiro apelante, não há previsão de constituição de gravame sobre bens que ainda não foram formalizados como patrimônio do executado em virtude de ainda constarem como objeto de processo de inventário/arrolamento pendente de conclusão.

Sem embargo da possibilidade jurídica de ser deferida a medida pleiteada no presente feito, apenas com finalidade acautelatória, tal provimento de caráter excepcional deverá estar fundamentado em provas, ou pelo menos indícios de que exista intenção fraudulenta, o que, como alhures já exposto, não é possível inferir no caso em tela, afastando, portanto, o requisito do *fumus boni iuris*.

Ademais, no caso de eventual alienação fraudulenta, o primeiro apelante disporá de meios próprios para resguardar crédito eventualmente existente, o que também rechaça a presença do requisito do *periculum in mora*.

No tocante ao segundo recurso, merece prosperar quanto ao pedido de que a condenação recaia sobre o autor da ação cautelar, e não o réu, haja vista que foi julgada improcedente a ação.

Todavia, no tocante ao pedido de majoração dos honorários de sucumbência, não merece reforma o r. *decisum*, pois, não obstante a qualidade dos procuradores cuja tese logrou êxito na demanda, sopesando a complexidade do trabalho, o local e o tempo despendido, a condenação ao pagamento de 1% sobre o valor da causa apresenta-se em consonância com a prescrição do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Diante de tais considerações, nego provimento ao primeiro recurso e dou parcial provimento ao segundo, apenas para determinar que a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência recaia sobre o autor da ação cautelar, e não sobre o réu.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ERNANE FIDÉLIS e EDILSON FERNANDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO.

...

Impenhorabilidade - Microempresa - Bens necessários ou úteis às suas atividades - Reconhecimento

Ementa: Impenhorabilidade. Microempresa. Bens necessários ou úteis às suas atividades. Reconhecimento.

- São impenhoráveis os bens necessários ou úteis ao funcionamento de microempresas, de modo a não causar nenhum óbice ao exercício das atividades por elas desenvolvidas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.06.324541-0/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Banco Itaú S.A. - Apelada: Andréia Lourdes Alves ME (Microempresa) - Relator: DES. MAURÍLIO GABRIEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 222

Belo Horizonte, 2 de abril de 2009. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Cuida-se de embargos à execução interpostos por Andréia Lourdes Alves ME em face da execução por quantia certa, com base em título executivo extrajudicial, contra ela ajuizada pelo Banco Itaú S.A.

Em sentença, foram julgados "parcialmente procedentes os presentes embargos, para manter a penhora apenas de 01 (um) computador, 01 (uma) impressora e 01 (um) cilindro laminador", tornando "insubsistentes os demais bens descritos no auto de penhora de f. 29, por constituírem bens absolutamente impenhoráveis".

Em consequência, a sentença condenou a "embargante e embargada no percentual respectivo de 60% e 40% ao pagamento de custas e honorários advocatícios", estes arbitrados "em R$ 800,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC".

Inconformado, o Banco Itaú S.A. interpôs recurso de apelação afirmando que "todas as provas existentes nos autos levam a crer que o dinheiro retirado do banco foi justamente para aquisição dos novos materiais que compõe a empresa", o que os tornaria penhoráveis por força do disposto no § 1º do art. 649 do Código de Processo Civil.

Pondera ainda que, caso não seja "admitida a penhora dos bens da apelada", arcará com o prejuízo irreparável", tendo em vista a ausência de outros bens para garantir a dívida.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, mantendo-se a penhora efetivada.

Apesar de intimada, Andréia Lourdes Alves ME não apresentou contrarrazões.

Conheço da apelação interposta por estarem presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Aos 25 de outubro de 2006, procedeu-se à penhora de alguns bens móveis de propriedade da executada, todos devidamente discriminados no respectivo auto anexado, por cópia, às f. 10/11.

Na sentença prolatada nos autos dos embargos, a referida penhora foi mantida apenas em relação a "01 (um) computador, 01 (uma) impressora e 01 (um) cilindro laminador", tendo sido desconstituída em relação aos demais bens.

Para tanto, apegou-se a culta Juíza sentenciante no inciso V do art. 649 do Código de Processo Civil, na redação vigente à ocasião da penhora, que determinava serem absolutamente impenhoráveis "os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão".

Esse dispositivo legal, com pequenas modificações, irrelevantes para o caso, é reiterado no item V do mesmo art. 649, na redação dada pela Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

Sabe-se que o empresário individual é a própria pessoa física ou natural e a sua transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do Direito Tributário, devendo, por consequência, ser a ele estendido o benefício da impenhorabilidade acima mencionado.

Assim, não merece qualquer censura a sentença recorrida, por ser a apelada uma microempresa e por serem os bens afastados da penhora evidentemente necessários ou úteis à sua atividade normal.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta que a regra geral é a da penhorabilidade dos bens das pessoas jurídicas, impondo-se, todavia, a aplicação excepcional do art. 649, inciso V, do CPC, nos casos em que os bens - alvo da penhora - revelem-se indispensáveis à continuidade das atividades de microempresa ou de empresa de pequeno porte (STJ, REsp 670.126/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24.06.2008, *DJ* de 08.08.2008).
>
> Esta Corte, ampliando a aplicação do artigo 649 do Código de Processo Civil, tem reconhecido a impenhorabilidade de bens necessários ou úteis ao funcionamento de empresas de pequeno porte ou microempresas, de modo a não causar nenhum óbice ao exercício das atividades por elas desenvolvidas (STJ, REsp 946.959/RN, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, *DJ* de 27.08.2007, p. 219).
>
> A regra geral é a da penhorabilidade dos bens das pessoas jurídicas, impondo-se, todavia, a aplicação excepcional do artigo 649, inciso V, do CPC, nos casos em que os bens alvo da penhora revelem-se indispensáveis à continuidade das atividades de microempresa ou de empresa de pequeno porte (Precedentes: REsp nº 426.410/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, *DJU* de 31.03.2006; REsp nº 749.081/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJU* de 05.09.2005; REsp nº 686.581/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJU* de 25.04.05; REsp nº 512.555/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJU* de 24.05.2004) (STJ, REsp 755.977/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06.03.2007, *DJ* de 02.04.2007, p. 237).

Sustenta, ainda, o apelante que a impenhorabilidade dos referidos bens estaria afastada por força do disposto no § 1º do art. 649 do Código de Processo Civil, que transcrevo: "A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem".

Esse parágrafo foi acrescido ao art. 649 pela Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que entrou em vigor quarenta e cinco (45) dias após a sua publicação, ocorrida no dia 7 dos mesmos mês e ano.

A sua vigência é, portanto, posterior à interposição dos embargos à execução e à impugnação apresentada pelo embargado, mas anterior à prolação da sentença, que se deu em junho de 2007.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 223

Deveria, portanto, essa exceção à impenhorabilidade ter sido suscitada antes da prolação da sentença, para, após a observância do contraditório, ser nela examinada, na forma autorizada pelo item I do artigo 303 do Código de Processo Civil.

Todavia, assim não agiu o apelante, que simples invocou esta regra de exceção em suas razões recursais.

A questão, portanto, caracteriza indevida e inaceitável inovação recursal, desmerecendo, pois, ser examinada.

Ademais, ainda que assim não fosse, não há, nos autos, qualquer comprovação segura de que os bens inicialmente penhorados tenham sido adquiridos com os valores provenientes de contrato firmado pelas partes.

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TIAGO PINTO e ANTÔNIO BISPO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação de cobrança - Previdência privada - Aposentadoria complementar - Competência - Legitimidade *ad causam* - Auxílio cesta-alimentação - Caráter salarial - Voto vencido

Ementa: Ação de cobrança. Previdência privada. Aposentadoria complementar. Competência. Legitimidade *ad causam*. Auxílio cesta-alimentação. Caráter salarial. Juros de mora.

- Compete à Justiça Comum o julgamento do pedido de complementação de aposentadoria dirigido contra entidade de previdência privada, quando não decorrer essa complementação de contrato de trabalho.

- Legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.

- O auxílio cesta-alimentação concedido ao empregado em atividade por força de convenção coletiva de trabalho tem natureza salarial, conforme definido pelo art. 457, § 1°, da CLT, devendo ser estendido aos aposentados e pensionistas, que 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.

- Os juros de mora devem ser computados à razão de 0,5% até a entrada em vigor do novo Código Civil, e à razão de 1% daí em diante. (*Des. Domingos Coelho*)

- V.v.: - Ação de cobrança. Previdência privada. Aposentadoria complementar. Competência. Legitimidade *ad causam*. Auxílio cesta-alimentação. Caráter salarial. Juros de mora.

- Tratando-se de pedido de complementação de aposentadoria, que se deseja alcance também a verba relativa ao auxílio-alimentação, a legitimidade passiva é da entidade de previdência privada, não da instituição financeira que não é titular da relação de direito material.

- Havendo previsão em cláusula de convenção coletiva de trabalho de pagamento mensal de auxílio cesta-alimentação somente a empregados em atividade, dando-lhe caráter indenizatório, é indevida a extensão desse benefício aos aposentados. (*Des. José Flávio de Almeida*)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.468993-7/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1º) Bradesco Vida Previdência S.A., 2º) Banco Bradesco S.A. - Apelada: Norma dos Passos Gribel - 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, EM REJEITAR PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL, VENCIDO O VOGAL. REJEITAR PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SEGUNDO APELANTE, VENCIDO O REVISOR. DAR PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO, VENCIDO O REVISOR QUANTO A AMBOS.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2009. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOMINGOS COELHO - Cuida-se de apelações cíveis interpostas por Bradesco Vida Previdência S.A. e Banco Bradesco S.A. em face da r. sentença de f. 838/844, que julgou procedente o pedido inicial nos autos da ação de cobrança que lhe move Norma dos Passos Gribel.

Irresignado, alega o primeiro apelante que a sentença deferiu à recorrida uma verba de auxílio cesta-alimentação que não está prevista no contrato de previdência, criando um verdadeiro desequilíbrio contratual e

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 224

ofensa aos princípios básicos da teoria geral dos contratos; que não há nos autos prova de que tenha assumido a obrigação de incluir no benefício de complementação de aposentadoria por tempo de serviço o valor de verba trabalhista prevista em convenção coletiva de trabalho; que a apelada não tem direito ao recebimento dessa verba adicional, a qual trata de um ganho real recebido somente pelos ativos, visto que, quando da sua aposentadoria, tal verba não fazia parte de seu salário; que a cláusula relativa a reajustamento dos benefícios é clara ao excluir os ganhos reais; que não há qualquer previsão de recebimento de benefícios, nas mesmas proporções dos empregados ativos; que não consta da convenção coletiva de trabalho que o auxílio cesta-alimentação é estendido aos empregados aposentados por tempo de serviço; que os juros de mora das parcelas vencidas na vigência do Código Civil de 1916 sejam no percentual de 6% ao ano.

O segundo apelante aduz preliminar de incompetência da Justiça Estadual e ilegitimidade passiva. No mérito, alega que o auxílio cesta-alimentação somente é devido aos empregados ativos ou que estivessem afastados por auxílio-acidente do trabalho e licença-maternidade; que o apelado não faz jus ao recebimento do auxílio cesta-alimentação, não estando amparado na convenção coletiva invocada; que se aplica ao caso a Súmula 680 do STF.

Contrarrazões às f. 891/912.

Recursos próprios, tempestivos, regularmente processados e preparados. Deles conheço, pois que presentes os pressupostos para sua admissibilidade.

Ab initio, analisarei as preliminares levantadas.

Aduz o segundo apelante a incompetência da Justiça Estadual para julgar a presente lide, ao argumento de que a relação existente entre as partes envolve questão trabalhista.

A meu ver, compete à Justiça Estadual processar e julgar ação de cobrança ajuizada pelos beneficiários contra a instituição de previdência privada, objetivando estender o benefício do auxílio cesta-alimentação aos funcionários inativos.

Nesse sentido, cabe citar a decisão monocrática proferida pela Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 698111/RS:

> [...] Decido.
> 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que compete à Justiça Comum dirimir as controvérsias relativas à complementação de proventos de aposentadoria dirigidas contra entidade de previdência privada, quando não decorrentes de contrato de trabalho.
> Nesse sentido:
> 'Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Complementação de aposentadoria. Previdência privada. Competência.
> I - Ambas as turmas desta Corte entendem que compete à Justiça Comum o julgamento do pedido de complementação de aposentadoria dirigido contra entidade de previdência privada, quando não decorrer essa complementação de contrato de trabalho.
> II - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão atacada.
> III - A apreciação do recurso extraordinário demanda o exame de matéria de fato e a interpretação de cláusulas contratuais, o que atrai a incidência das Súmulas 279 e 454 do STF.
> IV - Agravo regimental improvido' (AI 598.723-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, *DJ* 25.5.2007).
> 6. Além disso, o Tribunal de origem examinou a controvérsia quanto ao pagamento do auxílio cesta-alimentação e do abono único à luz de legislação infraconstitucional e com interpretação de cláusulas do regulamento da entidade de previdência privada e da convenção coletiva de trabalho, o que é inviável em recurso extraordinário. Incide, na espécie, a Súmula 454 do Supremo Tribunal Federal.
> Nesse sentido:
> 'Agravo regimental no agravo de instrumento. Trabalhista. Diferenças salariais. Acordo coletivo. Ofensa constitucional indireta. Interpretação de cláusula de acordo coletivo. Impossibilidade. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento' (AI 616.980-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, *DJ* 3.8.2007).
> E:
> 'Previdência privada. Abono salarial. Extensão aos aposentados. Matéria infraconstitucional. Ofensa indireta à Constituição. Súmulas 279 e 454 do STF. I - Matéria de índole meramente processual, em regra, não autoriza o conhecimento do recurso extraordinário, porquanto eventual afronta à Constituição seria indireta.
> II - RE que demanda o exame de matéria de fato e análise de cláusulas contratuais, bem como de legislação ordinária, o que inviabiliza o RE, a teor das Súmulas 279 e 454 do STF.
> III - Ausência de novos argumentos.
> IV - Agravo regimental improvido' (RE 524.569 - AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, *DJ* 19.12.2007).
> 7. Nada há, pois, a prover quanto às alegações da parte agravante.
> 8. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) (*DJ* 06.05.2008).

No Superior Tribunal de Justiça, a decisão monocrática do Ministro Sidnei Beneti no julgamento do Agravo de Instrumento nº 828376/RS:

> Agravo de Instrumento nº 828.376 - RS (2006/0241926-4). Relator: Ministro Sidnei Beneti. Agravante: Fundação Banrisul de Seguridade Social. Advogados: Roberto de Souza Moscoso e outro. Julia Cristina Silva dos Santos e outro. Agravado: José Valdir Macedo. Advogados: João Maltz e outro.
> Decisão.
> 1 - Trata-se de Agravo de Instrumento de decisão que negou seguimento a Recurso Especial fundamentado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, interposto contra Acórdão unânime do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator o E. Des. Ney Wiedemann Neto, proferido nos autos de ação objetivando o pagamento, a título de complementação de aposentadoria, das parcelas denominadas auxílio cesta-alimentação e abono dedicação integral - ADI.
> 2 - Nas razões do Apelo Excepcional, alegou a entidade ré

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 225

violação do artigo 535, II, do Código de Processo Civil, por negativa de prestação jurisdicional, além de dissídio jurisprudencial, sustentando a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento da causa.
É o relatório.
3 - O inconformismo não merece prosperar.
4 - Apesar de rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Colegiado de origem, que sobre ela emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente. É de se salientar que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o Órgão julgador obrigado a responder, um a um, os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu propósito de infringência do julgado.
5 - Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, é competente a Justiça Estadual para processar e julgar ação que visa à complementação de benefício previdenciário, tendo em vista que o pedido e a causa de pedir decorrem de pacto firmado com instituição de previdência privada, o que, desde logo, evidencia a natureza civil da contratação, envolvendo tão-somente de maneira indireta os aspectos da relação laboral. Nesse sentido, já se decidiu:
'Conflito de competência. Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Justiça Comum. Precedentes.
Há reiterada jurisprudência nesta Corte no sentido de que, em se tratando de reivindicação pertinente à previdência privada, como no caso de complementação de aposentadoria, é competente a Justiça Estadual. Conflito conhecido, declarando-se competente juízo suscitado' (CC 38.221/MG, Rel. Min. Castro Filho, *DJ* de 06.10.03).
6 - Ainda sobre o tema: AgRg nos EDcl no Ag 868.792/DF, Relª. Min.ª Nancy Andrighi, *DJ* de 22.10.07; AgRg no Ag 783.075/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* de 23.04.07; AgRg no Ag 788.928/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 12.03.07.
7 - E no âmbito do Excelso Pretório:
'Recurso Extraordinário. Complementação de aposentadoria. Previdência privada. Não decorrência do contrato de trabalho. Competência. Justiça Comum. Decisão mantida. Precedentes. Agravo regimental não provido.
É competente a Justiça Comum para julgar pedido de complementação de aposentadoria na órbita da previdência privada, quando não decorrente de contrato de trabalho. 2. Recurso. Agravo Regimental. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, CC, arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado' (AgRg no Ag 441.426/RS, Rel. Min. Cezar Peluzo, *DJ* de 14.09.07).
8 - Pelo exposto, nega-se provimento ao Agravo.
Intimem-se (Ministro Sidnei Beneti, 24.10.2008).

Ainda: AgRg no Ag 798.059/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 27.02.2007, *DJ* de 16.04.2007, p. 208; AgRg no Ag 788.928/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 12.03.2007; Agravo de Instrumento nº 1.037.040/RS Rel.: Min. Massami Uyeda, *DJ* de 15.09.2008; Recurso Especial nº 1.061.817/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* de 08.09.2008, Agravo de Instrumento nº 956.648/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* de 13.02.2008; Agravo de Instrumento nº 1.031.661/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* de 16.09.2008 e Recurso Especial nº 1.060.350/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* de 13.08.2008.

Rejeito, pois, a preliminar.

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva trazida pelo Banco Bradesco, também não merece ser acolhida.

Com efeito, a legitimidade da parte constitui uma das condições da ação, pressupondo a titularidade ativa e passiva da ação, ou, no dizer de Liebman, "É a pertinência subjetiva da ação".

Para Humberto Theodoro Júnior,

> Parte, em sentido processual, é um dos sujeitos da relação processual contrapostos diante do órgão judicial, isto é, aquele que pede a tutela jurisdicional (autor) e aquele em face de quem se pretende fazer atuar dita tutela (réu). Mas, para que o provimento de mérito seja alcançado, para que a lide seja efetivamente solucionada, não basta existir um sujeito ativo e um sujeito passivo. É preciso que os sujeitos sejam, de acordo com a lei, partes legítimas, pois se tal não ocorrer o processo se extinguirá sem julgamento do mérito (art. 267, VI) (*Curso de direito processual civil*. 41. ed., v. I, p. 57).

Estará, assim, legitimado o autor quando for possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorrerá do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença.

Nesse norte, a jurisprudência proclamada em nossos tribunais pátrios:

> Medida cautelar inominada. Condições da ação. Possibilidade jurídica do pedido. Interesse processual. Legitimidade ativa e passiva. Existência. - [...] Os legitimados ao processo são os titulares dos interesses em conflito, havendo legitimidade ativa *ad causam* quando o autor é o possível titular do direito pretendido e passiva se o réu é a pessoa indicada para sofrer os efeitos da sentença, em caso de procedência do pedido (TJMG, AC 317630-5, 11ª C.Cív., Rel. Des. Edilson Fernandes, - j. em 11.10.2000).

> Apelação cível. Ação de indenização c/c perdas e danos. Sublocação. Ilegitimidade ativa e passiva *ad causam*. Sentença mantida apelo desprovido. - [...] A legitimidade das partes é uma das condições da ação, razão pela qual tratando-se a autora de parte ilegítima ativa e o réu, ilegítima passiva, o feito há de ser extinto por carência de ação (TJSC, AC 98.017222-5, 2ª C.Cív., Rel. Des. Anselmo Cerello, j. em 17.11.2000).

Afasto também essa preliminar.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Bradesco Vida e Previdência S.A. e Banco Bradesco S.A. apelam da sentença de f. 838/844, que, nos autos de ação de cobrança ajuizada por Norma dos Passos Gribel, julgou procedentes os pedidos iniciais para "[...] condenar os requeridos solidariamente a repassar à requerente a

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 226

verba denominada auxílio cesta-alimentação sempre que prevista da mesma forma que a atual nas convenções coletivas firmadas pela categoria dos bancários, bem como o pagamento retroativo do referido benefício à requerente, limitados aos não repassados nos últimos 5 (cinco) anos a contar da propositura da presente demanda" (*sic*, f. 843). Condenou-os ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Conheço dos recursos, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Acompanho o voto do Relator quanto à competência da Justiça Comum, pois nesse sentido proferi voto no julgamento da Apelação nº 1.0145.07.411816-0/001, e também quanto à prejudicial de mérito.

Segunda apelação.

Preliminar: ilegitimidade passiva *ad causam*.

Banco Bradesco S.A. argui preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* sob o fundamento de que

> [...] não é parte legítima para compor a lide, uma vez que todo o imbróglio advém de complementação de aposentadoria ou previdência, devendo responder a Bradesco Vida e Previdência, que é responsável por todas as questões envolvendo o tema acima disposto (*sic*, f. 872/873).

Todavia, a petição inicial revela que a apelada é funcionária aposentada do extinto Banco de Crédito Real de Minas Gerais S.A. - Credireal, e, que, desde maio de 1999, a complementação de aposentadoria passou a ser paga pela Bradesco Vida e Previdência S.A., f. 07.

O pagamento da complementação de aposentadoria é adimplido pela entidade de previdência privada. Os aspectos da relação de trabalho são abordados de forma indireta, o que revela que o Banco Bradesco S.A. não é titular da relação de direito material.

Desse modo, o Banco Bradesco S.A. é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, porque a complementação dos proventos de aposentadoria da apelada deve ser demandada somente contra a entidade de previdência privada.

Cabe citar um trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Sidnei Beneti, do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 970.620/RS:

> [...]
> É o relatório.
> 4 - Examina-se, inicialmente, o apelo da empresa pública federal.
> 5 - O fato de a CEF ser instituidora e mantenedora da Funcef não a obriga a integrar o polo passivo de demanda em que se vindica o pagamento de complementação de aposentadoria, com base em contrato firmado entre associado - seu ex-funcionário, com quem teve extinto o contrato de trabalho - e a entidade previdenciária, o qual é regido por normas de direito civil, e envolve tão-somente de maneira indireta os aspectos da relação laboral. Nesse sentido, já se decidiu:
>
> 'Previdência privada. Complementação incluindo a verba relativa ao auxílio-alimentação. Legitimidade passiva da Caixa Econômica Federal.
> 1. Tratando-se de pedido de complementação de aposentadoria, que se deseja alcance também a verba relativa ao auxílio-alimentação, a legitimidade passiva é da entidade de previdência privada, não da Caixa Econômica Federal que não é titular da relação de direito material como posto no julgado.
> 2. Recurso especial não conhecido.[...]' (*DJ* de 05.11.2008).

Assim, com a devida vênia, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Banco Bradesco S.A. para julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Acolho a preliminar para excluir o Banco Bradesco.

DES. NILO LACERDA - Com relação à preliminar para excluir o Banco Bradesco, também a estou rejeitando.

DES. DOMINGOS COELHO - Passo agora ao exame do mérito dos recursos, sendo que os analisarei conjuntamente por estarem as matérias interligadas.

A controvérsia restringe-se ao pagamento de cesta alimentação decorrente de convenção coletiva trabalhista, tanto para os ativos, como também para os inativos.

Inicialmente, necessário ressaltar que o contrato firmado entre as partes diz respeito a plano de previdência privada complementar, no qual a autora figurara 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 sua flagrante 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 parcos 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, ainda que concedidas por convenção coletiva, em razão do princípio da isonomia e da paridade prevista constitucionalmente no art. 40, § 4º, da Constituição Federal.

Nessa esteira, faz-se necessária a análise do auxílio cesta-alimentação postulado no caso em julgamento, verificando-se sua natureza, se remuneratória ou não.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 227

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 de que deve compor a remuneração o abono pago pelo empregador, ainda que seja ele fruto de convenção coletiva de trabalho e pago de forma única.

Nesse diapasão, possuindo o referido auxílio-alimentação o caráter remuneratório e atuando em caráter de recomposição salarial concedida aos trabalhadores em atividade, deverá ser estendida 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.

O certo é que o auxílio cesta-alimentação já foi firmado pelos tribunais do País como verba de caráter salarial, de cunho assistencial, que integra o vencimento do empregado da ativa e deve incorporar o benefício de aposentadoria complementar pago pela ré aos empregados aposentados da instituição financeira em referência.

Nesse sentido, vem-se manifestando a jurisprudência deste Sodalício:

> 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, desta forma, não há que se falar em competência da Justiça Trabalhista. O abono e a alimentação prevista 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 deverá também incidir sobre a aposentadoria dos inativos (Número do processo: 1.0024.06.046926-9/001(1), Relator: Des. Nicolau Masselli, j. em 27.02.2008, data da publicação: 14.03.2008).

> Ação de cobrança. Previdência privada. Aposentadoria complementar. Auxílio cesta-alimentação. Caráter salarial. O auxílio cesta-alimentação, desde que não haja previsão expressa em convenção coletiva de trabalho da categoria dos autores de que se trata de verba indenizatória, na forma do permissivo constante do artigo 7º, XXVI, da CF/88, se caracteriza como verba de natureza salarial e deve integrar os benefícios pagos aos aposentados, se pago aos empregados da ativa (Número do processo: 1.0145.05.260110-4/001(1), Relator Des. Otávio Portes, j. em 11.04.2007, data da publicação: 08.05.2007).

> Ação de cobrança. Entidade de previdência privada. Auxílio cesta-alimentação. Concessão aos empregados da ativa. Natureza salarial. Aposentados. Direito à complementação de proventos. Equiparação salarial. Natureza do contrato. O auxílio cesta-alimentação concedido ao empregado em atividade por força de convenção coletiva de trabalho tem natureza salarial, conforme definido pelo art. 457, § 1º, da CLT, devendo ser estendido aos aposentados e pensionistas, que 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 (Número do processo: 1.0145.07.414202-0/001, Relator: Fernando Caldeira Brant, j. em 30.07.2008, data da publicação: 09.08.2008).

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, reitero, seja mantida a equiparação entre os proventos dos aposentados com o vencimento dos empregados da ativa.

Com relação aos consectários legais, entendo que dever ser provido o primeiro recurso, de modo que os juros sejam aplicados à razão de 0,5% (meio por cento) até a data da entrada em vigor do novel Código Civil e, somente a partir de então, à razão de 1% (um por cento).

É nesse sentido a orientação da jurisprudência difundida neste Tribunal:

> Apelação. Monitória. Cheque prescrito. Preliminar de nulidade da sentença. Inocorrência. Percentual dos juros moratórios. Percentual incidente. Vigência do percentual estipulado no NCC após sua entrada em vigor. Honorários advocatícios. Majoração. Inviabilidade. - Não há falar em nulidade da sentença proferida em total acordo com as normas processuais, especialmente quando a alegada nulidade se embasar em argumentos infundados e relativos a questões meritórias. - Os juros de mora incidem no percentual de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do novo Código Civil e em 1% ao mês no período subsequente, conforme estipulado no artigo 406 desse diploma legal [...] (TJMG - Apelação 2.0000.00.471489-4/000, 14ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula, j. em 12.05.2005).

Mercê de tais considerações, hei por bem dar parcial provimento ao primeiro recurso e negar provimento ao segundo, para determinar apenas que os juros moratórios sejam computados à razão de 0,5% até a data da entrada em vigor do novo código civil e, a par-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 228

tir daí, à razão de 1%. No mais, confirmo a decisão de primeiro grau, por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pelos respectivos recorrentes, dada a sucumbência mínima do recorrido.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Primeira apelação.

A controvérsia devolvida com o recurso de apelação apresentado por Bradesco Previdência e Seguros S.A. está restrita à impossibilidade de se estender aos funcionários aposentados o benefício do "auxílio cesta-alimentação" concedido aos empregados em atividade.

O apelante sustenta que "[...] o apelado não faz jus ao recebimento da Cesta Alimentação, não estando amparado na Convenção Coletiva invocada, inexistindo amparo à sua pretensão" (*sic*, f. 875).

A prova dos autos revela que a Convenção Coletiva de Trabalho desde 2003/2004, invocada pela apelada como parâmetro, estabeleceu o pagamento do auxílio cesta-alimentação aos funcionários em atividade da seguinte forma:

> Cláusula décima quinta - Auxílio Cesta Alimentação.
> Os bancos concederão aos seus empregados cumulativamente com o benefício da cláusula anterior, Auxílio Cesta Alimentação, no valor mensal de R$ 200,00 (duzentos reais), sob a forma de 4 (quatro) tíquetes, no valor de R$ 50,00 (cinqüenta reais) cada um, junto com a entrega do Auxílio Refeição previsto na cláusula anterior, observadas as mesmas condições estabelecidas no seu *caput* e §§ 2º e 6º.
> Parágrafo primeiro.
> Os tíquetes alimentação referidos no *caput* poderão ser substituídos pela emissão do cartão eletrônico, com a disponibilidade mensal no valor de R$ 200,00 (duzentos reais e oito centavos), nas localidades em que esse meio de pagamento seja normalmente aceito pelos estabelecimentos comerciais conveniados. Entretanto, havendo dificuldade de aceitação normal pelos estabelecimentos conveniados, o cartão será revertido para tíquetes alimentação.
> Parágrafo segundo.
> O Auxílio Cesta-Alimentação é extensivo à empregada que se encontre em gozo de licença-maternidade.
> Parágrafo terceiro.
> O empregado afastado por acidente do trabalho ou doença faz jus à cesta alimentação, por um prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados do primeiro dia do afastamento do trabalho.
> Parágrafo quarto.
> Este auxílio não será devido pelo banco que já concede outro similar, com valor no mínimo equivalente, respeitados os critérios mais vantajosos (f. 116).

No mesmo sentido, dispõem as convenções coletivas de 2002/2003, 2004/2005, 2005/2006, e 2006/2007, que apenas reajustaram os valores a serem pagos.

A interpretação dessa cláusula não deixa dúvida de que o auxílio cesta-alimentação se destina somente aos empregados em atividade, sendo que os casos excepcionais estão expressamente indicados nos seus respectivos parágrafos, situações em que a hipótese dos autos não se enquadra, pois o apelado teve o seu vínculo laboral extinto pela concessão da aposentadoria.

Assim, a apelante não está obrigada a garantir que a apelada receba o auxílio cesta-alimentação concedido aos empregados em atividade, porque não tem natureza salarial, o que afasta a aplicação do princípio da isonomia previsto no § 4ª do art. 40 da Constituição Federal.

Nesse sentido, as orientações jurisprudenciais nºs 123 e 133 editadas pela Subseção de Dissídios Individuais - 1 (SDI -1) do Tribunal Superior do Trabalho:

> 123 - Bancários. Ajuda alimentação.
> A ajuda alimentação prevista em norma coletiva em decorrência de prestação de horas extras tem natureza indenizatória e, por isso, não integra o salário do empregado bancário.
>
> 133 - Ajuda alimentação. PAT. Lei 6.321/1976. Não integração ao salário.
> A ajuda alimentação fornecida por empresa participante do programa de alimentação ao trabalhador, instituído pela Lei 6.321/1976 não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum efeito legal.

É certo que o auxílio cesta-alimentação pleiteado pela apelada não possui natureza salarial, o que afasta a aplicação do disposto no art. 27 do Regulamento do Plano Geral.

Cabe citar um trecho da decisão monocrática proferida pela Ministra Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1062417/RS:

> [...] - Da concessão de auxílio-cesta-alimentação aos inativos
> [...]
> Com efeito, está assentado no STJ o entendimento no sentido de que não são estendidos aos servidores aposentados o benefício do auxílio-alimentação, por se tratar de verba indenizatória, estando destinada a cobrir custos de refeição de servidores em exercício.
> [...] (*DJ* 25.09.2008).

No mesmo sentido: REsp 1061734/RN, Rel. Min. Massami Uyeda, *DJ* de 1º.08.08; REsp 1010902, Rel. Min.ª Nancy Andrighi, *DJ* de 20.05.2008; REsp 1011012, Min. Massami Uyeda, *DJ* de 15.05.08 e Agravo de Instrumento 1010430/RS, Nancy Andrighi, *DJ* de 18.04.08.

Assim, havendo previsão em cláusula de convenção coletiva de trabalho de pagamento mensal de auxílio cesta-alimentação somente a empregados em atividade e, sendo evidente a natureza não salarial da verba, é indevida a extensão do benefício aos aposentados.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 229

Portanto, o primeiro apelante não está obrigado a garantir que a apelada receba o auxílio cesta-alimentação concedido aos empregados em atividade, porque inaplicável ao caso o princípio da isonomia entre funcionários em atividade e aposentados.

Diante do exposto, com fundamento no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal e art. 131 do Código de Processo Civil, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do Bradesco S.A. e declaro extinto o processo, em relação ao segundo apelante, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Dou provimento à primeira apelação para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Condeno a apelada ao pagamento das custas processuais, incluindo as recursais e honorários para os advogados de cada um dos réus, que arbitro em R$ 1.000,00 (mil reais), com fundamento no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, suspensa a exigibilidade mediante a condição prevista no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

DES. NILO LACERDA - Ressalvando o meu entendimento pessoal quanto à competência para julgamento de ação movida contra entidade de previdência privada, visando à complementação de verba salarial, como *in casu*, que entendo ser da Justiça do Trabalho, em razão do contido na Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, curvo-me ao entendimento do em. Relator, que encontra agasalho em reiteradas decisões do colendo Superior Tribunal de Justiça e com ele ponho-me de inteiro acordo, especialmente quanto ao mérito da questão ora em julgamento, o que faço rendendo vênias ao em. Revisor, que dá provimento à 1ª apelação.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL, VENCIDO O VOGAL. REJEITARAM PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SEGUNDO APELANTE, VENCIDO O REVISOR. DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO, VENCIDO O REVISOR QUANTO A AMBOS.

...

Prestação de contas - Herdeiros de titular de conta-corrente - Litisconsórcio ativo necessário - Citação de todos os litisconsortes - Imprescindibilidade

Ementa: Ação de prestação de contas. Polo ativo composto por uma das herdeiras. Existência de mais seis herdeiros. Necessidade de citação de todos. Litisconsórcio ativo necessário. Anulação do processo e determinação de emenda da inicial.

- Constatado o litisconsórcio ativo necessário entre todos os herdeiros do falecido titular da conta-corrente, impõe-se a anulação do processo, desde o despacho inicial, e a determinação de emenda da inicial, com a inclusão de todos os herdeiros na relação jurídica, tendo em vista que a sentença afetará a esfera jurídica de todos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.476037-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ilena Moreira Rocha, herdeira de José Lourenço Rocha - Apelado: BRB - Banco de Brasília S.A. - Relator: DES. PEDRO BERNARDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DE OFÍCIO, ANULAR O PROCESSO DESDE O DESPACHO INICIAL.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2009. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de ação de prestação de contas ajuizada por Ilena Moreira Rocha em face de BRB - Banco de Brasília S.A., em que o MM. Juiz da causa, às f. 71/74, julgou improcedente o pedido inicial.

Inconformada com a r. sentença, a autora interpôs apelação, (f. 75/79) alegando que "José Lourenço Rocha, já falecido, contratou com o Banco apelado a abertura de uma conta poupança, de nº 033.000.096-9, em 26.05.93, ocasião em que realizou o primeiro depósito (f. 12) e, posteriormente, outros (f. 13)"; que, após sua morte, a apelante, sua viúva, dirigiu-se ao banco apelado para buscar informações sobre a conta, mas que não conseguiu obter extratos ou informações sobre saldo; que o apelado jamais lhe prestou contas dos valores depositados na referida conta; que o banco não apresentou os extratos nem ao contestar a demanda; que o banco alegou que estava momentaneamente impossibilitado de fornecer documentos, mas é sua obrigação manter seus arquivos organizados; que o banco tem o dever de prestar contas, pois acolheu os depósitos efetuados, conforme comprovado à f. 12; que "o banco informa que o número da conta do titular mudou para 027009892-5 e possui saldo atual de R$2.696,59, pois os depósitos foram realizados em 1993, quando vigorava outra moeda"; que é possível que o *de cujus* tivesse feito outros depósitos no ano de 1994, antes de falecer; que o Banco Central obriga os bancos a manterem arquivos e apresentar documentação contábil da conta.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 230

O réu apresentou contrarrazões (f. 81/89) alegando que, embora tenha afirmado que o banco se negou a fornecer os extratos, admitiu que "o extrato enviado pelo Banco não condiz com a realidade da movimentação financeira da conta do titular"; que, no ano de 2006, a autora ajuizou ação idêntica, que foi extinta sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa da autora; que a autora não é inventariante do espólio de seu marido e tampouco arrolou todos os herdeiros; que persiste o equívoco, pois, conforme certidão de óbito de f. 11, o seu falecido marido possui 6 (seis) filhos; que os herdeiros Nilson e Nilza não figuram no polo ativo da ação; que a ação deve ser julgada extinta por ilegitimidade ativa; que a autora não poderia pleitear o direito do marido em nome próprio; que o falecido deveria ser representado ativamente pelo seu espólio ou por todos os seus herdeiros; que todos os herdeiros deveriam concordar e estar cientes da presente demanda; que o banco réu não se negou a fornecer os documentos, tendo apresentado prontamente os documentos; que não houve comprovação de que o réu foi notificado extrajudicialmente; que quem deu causa ao ajuizamento da demanda é que deve arcar com os ônus dela advindos; que resta clara a ausência de interesse processual, pois a autora sequer notificou o banco; que deve ser reconhecida a prescrição ao direito de ação; que a autora pretende receber os mesmos documentos que confessadamente já recebeu; que todos os depósitos foram feitos antes do falecimento do marido da autora, ou seja, antes de 13.10.94, sendo que a moeda em vigor era o Cruzeiro Real; que o banco não ofereceu resistência ao pedido inicial.

Ausente o preparo, em razão da assistência judiciária deferida à f. 15.

Hei por bem trazer à análise desta eg. Câmara preliminar que suscito de ofício, qual seja a nulidade do processo desde o despacho inicial que determinou a citação do réu, em razão da existência de litisconsórcio ativo necessário entre a autora e os outros seis herdeiros.

Segundo o art. 47 do Código de Processo Civil:

> Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.
> Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

A prestação de contas foi proposta por Ilena Moreira Rocha contra BRB - Banco de Brasília, na condição de herdeira e meeira do falecido correntista, José Lourenço Rocha.

A autora afirma que os demais herdeiros transigem qualquer direito em seu favor (f. 02). Nas f. 04/05 constam duas procurações: uma assinada por Ilena e a outra por várias outras pessoas, sem que estas sejam sequer qualificadas.

Pela certidão de óbito de f. 11, o falecido titular da conta deixou sete herdeiros: a esposa e mais seis filhos.

Analisando os autos, verifica-se que os herdeiros Nilson e Nilza não foram incluídos no polo ativo, não assinaram procuração e sequer sabem da propositura da presente demanda, pois a autora confessa que não sabe onde eles estão (f. 37).

Ademais, as outras pessoas que assinaram a procuração de f. 05 devem ser identificadas e também ser incluídas no polo ativo da demanda, se herdeiras forem.

Assim, existe vício insanável, apto a ocasionar a sua nulidade desde o despacho inicial, pois qualquer sentença a ser proferida ocasionará, indiscutivelmente, consequências na esfera jurídica de todos os herdeiros e, nesta hipótese, torna-se imprescindível a formação de litisconsórcio necessário.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra *Manual do processo de conhecimento*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 203-204:

> Impõe-se, então, a formação do litisconsórcio precisamente porque a relação material deduzida comporta, em um dos pólos, pluralidade de sujeitos. Não importa, aqui, a existência ou não de previsão legal para o estabelecimento do litisconsórcio. Decorre ele, simplesmente, do fato de que - ressalvada eventual hipótese em que a própria lei autorizasse cada qual dos co-titulares a defender, sozinho, o direito como um todo - sendo todos titulares, a legitimação somente competiria a todos os titulares em seu conjunto, seja no pólo ativo (como demandantes), seja no pólo passivo (como réus).

Leciona Humberto Theodoro Júnior, em sua obra *Curso de direito processual civil*, 41. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 104:

> O que, de fato, torna necessário o litisconsórcio é a forçosa incidência da sentença sobre a esfera jurídica de várias pessoas. Sem que todas elas estejam presentes no processo, não será possível emitir um julgado oponível a todos os envolvidos na relação jurídica material litigiosa e, consequentemente, não se logrará uma solução eficaz do litígio.

O STF já decidiu:

> O litisconsórcio necessário tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo. (STF-*RT* 594/248) (THEOTÔNIO NEGRÃO e GOUVÊA, José Roberto F. *CPC e legislação processual em vigor*, 37. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 175).

Sendo assim, deveria o MM. Juiz *a quo* ter assinalado prazo para que a autora promovesse a inclusão dos demais herdeiros.

Nesse sentido:

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 231

Processual civil. Apelação. Ação de cobrança. Expurgos inflacionários. Herdeiro do titular da conta bancária. Demais herdeiros legítimos. Litisconsórcio ativo necessário. Art. 47, parágrafo único, do CPC. - Constada a existência de litisconsórcio ativo necessário, deve o magistrado assinalar prazo para que o autor promova a inclusão dos litisconsortes na demanda, nos exatos termos do parágrafo único do art. 47 do CPC, e não declarar extinto o processo sem resolução do mérito, por ilegitimidade *ad causam* do requerente, até porque este pleiteara tal inclusão, trazendo aos autos os respectivos instrumentos de mandato outorgados por aqueles. (TJMG - Apelação Cível n° 1.0248.07.005078-1/001 - Relator: Des. Tarcísio Martins Costa - 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 24 de junho de 2008.)

Processual civil. Apelação. Ação de cobrança. Expurgos inflacionários. Viúva do titular da conta bancária. Herdeiros legítimos. Litisconsórcio ativo necessário. Art. 47, CPC. Ausência de documento indispensável. Art. 284, CPC. Emenda da inicial. [...] - Constatando-se o litisconsórcio ativo necessário, impõe-se ao Tribunal a anulação do processo, dando cumprimento ao art. 47 do CPC, para determinar a inclusão de todos os litisconsortes no pólo ativo da lide. [...] (Apelação Cível n° 1.0024.07.539781-0/002 - Relator: Des. Irmar Ferreira Campos, 17ª Câmara Cível do TJMG, *DJ* de 13.03.08).

O TJRS decidiu:

Ação de cobrança. Repetição de indébito. Mensalidades de mútuo habitacional pagas e recebidas após quitação do contrato pelo seguro. Processual civil. Carência de ação. Ilegitimidade ativa. Inépcia da inicial. Não ocorrência. - Intentado o processo pela sucessão ao tempo em que já encerrado o inventário, possível a adequação do pólo ativo com o estabelecimento do litisconsórcio necessário, chamada a integralidade dos herdeiros. Incidência do art. 47 do CPC [...] (Apelação Cível n° 70017947763, 10ª Câmara Cível do TJRS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. em 26.07.07).

Apelação cível. Dissolução de sociedade. Litisconsório ativo necessário. Extinção do feito sem exame de mérito. Impossibilidade. - Sendo caso de litisconsórcio ativo necessário, cumpria ao magistrado atentar para a exegese do art. 47, parágrafo único, do CPC, determinando a citação do sócio minoritário, já que eram três os quotistas e apenas um estaria fora da lide, ao invés de, de plano, extinguir o feito sem exame de mérito, até porque suplicara a parte autora pela citação daquele sócio. Sentença desconstituída. (Apelação Cível n° 70006530307, 5ª Câmara Cível do TJRS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, j. em 05.08.04.)

Indene de dúvida que eventual procedência do pedido da autora, ora apelante, certamente irá afetar a esfera patrimonial de seus filhos e dos outros dois herdeiros do titular da conta bancária em questão.

Assim, impõe-se ao Tribunal a anulação do processo, determinando-se à autora que emende a inicial e inclua, no polo ativo da lide, todos os herdeiros legítimos de José Lourenço Rocha como litisconsortes necessários, sob pena de indeferimento da inicial.

Pelo exposto, de ofício, anulo o processo desde o despacho inicial, determinando à autora que emende a inicial, no prazo de 10 (dez) dias, incluindo no pólo ativo os herdeiros ou promovendo a citação de todos eles, como litisconsortes necessários, sob pena de indeferimento da inicial.

Custas, ao final.

Em síntese, para efeito de publicação (art. 506, III, do CPC):

- De ofício, anularam o processo desde o despacho inicial.

- Custas, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TARCÍSIO MARTINS COSTA e JOSÉ ANTÔNIO BRAGA.

Súmula - DE OFÍCIO, ANULARAM O PROCESSO DESDE O DESPACHO INICIAL.

...

Indenização - Danos morais e materiais - Responsabilidade civil do Estado - Morte de preso - Obrigação de indenizar - Viúva - Pensão indevida

Ementa: Indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade civil do Estado. Assassinato de preso. Direito à incolumidade. Indenização à viúva por danos materiais. Obrigação de indenizar inexistente.

- É dever do Estado zelar pela incolumidade dos presos, sendo responsável pela indenização por danos que vierem a sofrer nas prisões, independentemente da prova de culpa dos servidores do presídio.

- Embora seja justificável a indenização por danos morais, não é devida a pensão a título de alimentos, se a prova demonstra que era a vítima sustentada por seu filho - e não o contrário.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.08.987285-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelados: Maria Madalena Ferreira dos Reis e outros - Relator: DES. WANDER MAROTTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incor-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 232

porando 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, 12 de maio de 2009. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDER MAROTTA - Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário.

Maria Madalena Ferreira dos Reis, Maria de Fátima dos Reis, José dos Reis, Clóvis dos Reis, Idelci dos Reis Lopes, Marli dos Reis Silva, Mônica dos Reis e Masilsa dos Reis ajuizaram ação de indenização por danos materiais e morais contra o Estado de Minas Gerais, alegando serem viúva e filhos de Pedro dos Reis, assassinado no interior da cadeia pública da cidade de Rio Casca em 23.07.07. Ressaltam que a vítima era portador de distúrbios mentais, motivo pelo qual era beneficiário do INSS, e que por diversas vezes procuraram os órgãos públicos para providências no sentido de proporcionar-lhe tratamento, porém nenhuma atitude foi tomada. Apesar de não ser pessoa violenta, em 17.07.07 foi preso por suposto envolvimento em homicídio. Enfatizam haver duas versões sobre os fatos que lhe causaram a morte: a primeira, a de que já foi colocado na cela muito machucado, com hematomas e queixando-se de muita dor, e outra, a de que foram os detentos da cela que o espancaram causando-lhe os ferimentos, o que em nada diminui a responsabilidade do réu, uma vez que foi torturado por omissão de seus agentes, que o colocaram na cela mesmo após as ameaças dos detentos, e também porque não providenciaram socorro após a agressão. Sustentam que, segundo os agentes penitenciários, no dia 18.07.07, a vítima foi retirada da cela, encaminhada ao hospital e, ao retornar, foi colocado em outra cela, não havendo qualquer registro do alegado procedimento. Somente quando já se encontrava agonizando, em 22.07.07, foi encaminhado ao hospital, onde veio a falecer no dia seguinte. Afirmam que foram impedidos de visitar a vítima, sob a alegação de que a cadeia se encontrava superlotada, sendo informados de que o preso se encontrava bem, tanto que ficaram surpresos com a notícia de seu falecimento. Enfatizam que não foi feito exame de necropsia, sendo necessária a exumação para se constatar a *causa mortis*: hemorragia interna por traumatismo torácico e abdominal. Alegam que a vítima era beneficiário do INSS, recebendo, aproximadamente, um salário mínimo mensal, que lhe garantia o sustento e de sua esposa. Provada a negligência do réu, pugnam pela procedência do pedido para condená-lo ao pagamento das despesas do sepultamento, cento e oitenta salários mínimos à viúva, nos termos do art. 948, II, do Código Civil, levando-se em consideração que a vítima faleceu aos 55 anos, e teria uma expectativa de vida de 70 anos, e mais duzentos salários mínimos para os autores a título de danos morais. Requereram os benefícios da justiça gratuita - deferidos.

Contestação sustentando que a morte do preso ocorreu em razão das agressões sofridas pelos demais detentos, motivo pelo qual não pode ser responsabilizado por não ter concorrido para o evento danoso, não estando caracterizada, portanto, a culpa *in vigilando*. Ressalta que a indenização por danos materiais e morais pretendidos pela viúva da vitima não é devida dada a ausência de prova da dependência econômica, e porque o casal se encontrava separado desde 2001. Alega não haver provas dos danos alegados. Caso assim não se entenda, deve a indenização ser fixada considerando o padrão de vida dos autores.

Instadas a se manifestarem sobre a produção de provas, as partes requereram o julgamento antecipado da lide.

A sentença julgou procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento da indenização por danos morais no valor de R$40.000,00, e R$720,00 pelos danos materiais, corrigidos monetariamente pelos índices da Corregedoria de Justiça a partir da publicação da sentença, acrescidos de juros de 1% ao mês, contados a partir do evento danoso. Condenou-o, ainda, ao pagamento de pensão à viúva do preso, no valor equivalente a um salário mínimo, desde a data da morte até a data em que completaria 65 anos de idade, além dos honorários advocatícios arbitrados em R$1.500,00 (f. 87/95).

Inconformado, recorre o Estado (f. 96/103), entendendo ausente o dever de indenizar, uma vez que não concorreu para o falecimento da vítima, que se encontrava preso em razão de homicídio praticado na cidade de São Pedro dos Ferros e teria sido agredido por seus colegas de cela, causando-lhe lesões corporais que, por sua natureza e sede, foram a causa eficiente de sua morte. Alega inexistirem provas do dano moral, insurgindo-se contra o valor arbitrado a tal título, entendendo-o excessivo. Enfatiza nada ser devido à viúva a título de pensão, pois não há provas da dependência econômica, acrescentando que uma parcela substancial da pensão percebida pelo falecido era gasta com suas próprias despesas. Ressalta que a verba honorária ultrapassa, e muito, os limites previsto no art. 20, § 4º, do CPC.

Trata-se de ação de indenização na qual os autores pretendem que seja o Estado de Minas Gerais condenado ao ressarcimento por danos materiais e morais em decorrência do falecimento de seu marido e pai, ocorrido em 23.07.07, resultante de lesões corporais graves sofridas quando se encontrava recolhido à cadeia pública de Rio Casca, e que, por sua natureza e sede, foram a causa eficiente de sua morte.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 233

Em causa mais uma morte na prisão. O sistema penitenciário, falho e perverso, tem sido apontado como o grande responsável por esses fatos, e o Estado mostra-se incapacitado, por causas conhecidas, para solucionar a grave questão. Fica para toda a sociedade, já que o Estado é, na verdade, uma ficção, o ônus de indenizar a família do detento pela falta do serviço administrativo.

Por isso é que a Carta da República dispõe, consagrando a teoria da responsabilidade objetiva do Estado:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> [...]
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sobre a responsabilidade do Poder Público, ensina Hely Lopes Meirelles (in *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed., Malheiros Editores, 2002, p. 624):

> Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal.

E prossegue:

> O que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da natureza. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos (ob. cit., p. 624).

Outro não é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (in *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 150):

> O caso mais comum, embora não único, é o que deriva da guarda, pelo Estado, de pessoas ou coisas perigosas, em face do que o Poder Público expõe terceiros a risco. Serve de exemplo, o assassinato de um presidiário por outro presidiário.

Discorrendo sobre a obrigação do Estado de zelar pela incolumidade do preso, ensina Cretella Júnior (in *O Estado e a obrigação de indenizar*. Ed. Saraiva, 1980, p. 251/252):

> Pessoas recolhidas a prisões comuns ou a quaisquer recintos sob a tutela do Estado têm o direito subjetivo público à proteção dos órgãos públicos, cujo poder de polícia se exercerá para resguardá-las contra qualquer tipo de agressão, quer dos próprios companheiros, quer dos policiais, quer ainda de pessoas de fora, que podem, iludindo a vigilância dos guardas, ocasionar danos aos presos. [...]. Como já vimos, a polícia pode agir ou deixar de agir, ocorrendo da ação ou omissão danos aos recolhidos em estabelecimentos sob a guarda do Estado.

Esse direito encontra-se consubstanciado na Constituição Federal:

> 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:
> [...]
> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Na lição de José de Aguiar Dias (in Rui Stoco, ob. cit., p. 278):

> O fundamento primário da responsabilidade civil é o princípio da restituição, isto é, a contemplação da manutenção, do equilíbrio social, que se afere de acordo com a ordem jurídico-política vigente. É esse o sentido em que deve ser entendida a responsabilidade civil do Estado. Vem ela a ser, pois, a obrigação, a cargo do Poder Público, de reparar o dano por ele causado, restabelecendo, por meio de indenização adequada, o equilíbrio econômico rompido pelo prejuízo.

Para Yussef Said Cahali (in *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 504):

> Na realidade, a partir da detenção do indivíduo, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação de sua integridade corporal, protegendo-se de eventuais violências que possam contra ele ser praticadas, seja da parte dos agentes públicos, seja da parte de outros detentos, seja, igualmente, da parte de estranhos. A pessoa detida para simples averiguação, preso em virtude de sentença condenatória ou preventivamente no curso do processo criminal ou, mesmo, simplesmente perseguida por suspeita de prática de infração não é destituída do seu direito inalienável à integridade física ou moral, cuja preservação e tutela cabem às autoridades policiais.

A prova demonstra que Pedro dos Reis foi recolhido à cadeia pública de Rio Casca em 17.07.07, por suposto envolvimento em homicídio ocorrido em São Pedro dos Ferros, vindo a falecer em 23.07.07, em consequência de hemorragia interna por traumatismo torácico e abdominal, como consta do relatório de exumação e necropsia (f. 50/51).

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 234

Os depoimentos dos companheiros de cela da vítima no sentido de que já apresentava hematomas pelo corpo quando ali deu entrada não se sustentam em face das afirmações dos agentes penitenciários de plantão, no dia dos fatos.

Em suas declarações perante a autoridade policial, o agente penitenciário Rogério de Assis Mamédio declara que "estava de plantão no Estabelecimento Prisional local, juntamente com outro Agente Penitenciário *ad hoc* Laerte Colares Filho, quando a pessoa de Pedro dos Reis deu entrada no recinto prisional pela prática de homicídio que ocorrera na cidade de São Pedro dos Ferros/MG naquela manhã"; que Pedro dos Reis fora submetido a uma revista ao chegar, como o ocorre com outros que dão entrada no local; que, "ao acabarem a revista, onde inclui a retirada de parte das roupas do detento, perceberam que o Pedro dos Reis não apresentava nenhum hematoma e nem lesões pelo corpo e que o mesmo apresentava somente sintomas de embriaguez" (f. 60).

Laerte Colares Filho declara que se encontrava de plantão quando Pedro dos Reis deu entrada no recinto prisional, ocasião em que foi revistado, não apresentando "nenhum hematoma e nem lesões pelo corpo e que o mesmo apresentava somente sintomas de embriaguez" (f. 61).

Entretanto, passados quatro dias da detenção, o preso foi encaminhado ao hospital apresentando estado grave e, em decorrência das lesões sofridas, veio a falecer .

O próprio réu, em sua defesa, afirma que o preso "teria sido agredido pelos colegas da cela em que foi posto, o que resultou em seu óbito" (f. 76).

Como bem observou o ilustre Magistrado de primeiro grau, verifica-se que

> o Estado não promoveu a vigilância necessária dentro do estabelecimento prisional e deixou de zelar pela integridade física do preso que se encontrava sob sua custódia, o que lhe ocasionou a morte (f. 90).

Da prova, constata-se a ocorrência de falha na vigília dos responsáveis pela segurança da cadeia pública de Rio Casca, que resultou na agressão da vítima, ocasionando sua morte, a caracterizar a responsabilidade do Estado na reparação do dano causado dela decorrente.

A vítima, recolhida à cadeia pública em razão de suposto envolvimento no crime de homicídio, estava sob a custódia do Estado de Minas Gerais, que deveria assegurar-lhe a integridade física, evidenciando-se o nexo causal entre a atividade estatal e o evento danoso, sendo devida a indenização, nos termos do art. 186 do Código Civil c/c art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Na ação de ressarcimento com fundamento na responsabilidade objetiva prevista no art. 107 da Carta Magna (atual art. 37, § 6º), basta ao autor a demonstração do nexo etiológico entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) imputável à Administração Pública e o dano de que se queixa.

> Presumida a culpa do agente, opera-se a inversão do ônus probatório com vistas à eventual exclusão de responsabilidade, cabendo, por isso, à entidade pública provar que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima (in *RT* 567/106).

Nos termos do art. 333, inciso II, do CPC, cabia ao réu demonstrar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, o que não foi levado a efeito.

Acresça-se que, se um preso se fere, agride, mutila ou mata outro detento, o Estado deve responder objetivamente pelo dano, já que cada detento está sujeito a situações de risco, inerente e próprio do ambiente carcerário.

É de julgar-se procedente, pois, a pretensão dos autores, indenizando-os pela morte do marido e pai, que se encontrava preso sob ordem do Estado.

Nesse sentido, é o entendimento deste Tribunal:

> Ementa: Indenização por ato ilícito. Dano moral. Responsabilidade objetiva do Estado. Morte de preso na cadeia pública. Compete ao Estado zelar pela segurança do preso sob sua custódia, respondendo por sua morte, dentro da cadeia pública, por companheiros de cela (Apelação Cível nº 182.396-2, Rel. Des. Aloysio Nogueira, j. em 07.12.00, p. em 22.12.00).

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

> Responsabilidade civil do Estado. Morte de detento. - O ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física (CF art. 5º, XLIX), sendo dever do Estado garantir a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente. Assassinado o preso por colega de cela quando cumpria pena por homicídio qualificado responde o Estado civilmente pelo evento danoso, independentemente da culpa do agente público. Recurso Improvido (STJ-1ª Turma, REsp 5711/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, v.u., *DJU* de 22.04.91, pg. 4.771).

Com respeito à indenização por danos materiais - as despesas com o funeral ficaram comprovadas nos autos (f. 42).

Relativamente à indenização à viúva, representada por pensão mensal fixada em um salário mínimo, não há notícias, nos autos, de que a vítima contribuía para as despesas do lar, inexistindo mesmo qualquer prova de que exercesse atividade lucrativa. Ao contrário, ficou demonstrado que o falecido recebia benefício do INSS, ao que tudo indica o de aposentadoria por invalidez (f. 15), onde, certamente, sua viúva poderá requerer que lhe seja pago, tendo em vista que eram casados como comprova a certidão de f. 13.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 235

Acresça-se que, segundo declarações de José dos Reis, filho da vítima, residente em São Pedro dos Ferros, perante a autoridade policial,

> seu genitor, Pedro dos Reis, desde meados do ano de 2001, passou a fazer tratamento de saúde por alcoolismo, pois devido a passar a ter delírio alcoólico ficou internado pela primeira vez na cidade de Viçosa, num centro de recuperação, não tendo resultado, sendo encaminhado para a cidade de Juiz de Fora/MG, numa clínica psiquiátrica, ficando internado durante o período de 03 meses;

que seu pai foi para a cidade de São Pedro dos Ferros ocasião em que

> o informante passou a cuidar do seu genitor, que fazia uso de vários medicamentos para desintoxicação, nervos, distúrbio mental; [...] que o pai do informante teve uma recaída em agosto de 2004, fez uso de bebida alcoólica, sendo novamente internado na clínica de Juiz de Fora/MG, durante o período de 02 (dois) meses; que seu pai refez novamente o tratamento de desintoxicação referente ao álcool retornando para a casa e o informante novamente passou a cuidar de seu genitor por um período; que seu genitor ficou por um período de 01 ano e meio na cidade de Belo Horizonte/MG onde reside a genitora do informante e mais irmãos; que no mês de fevereiro de 2007 o genitor do informante retornou para essa cidade e continuou muito bem de saúde usando os remédios controlados diariamente; que o informante mora sozinho e seu genitor morava juntamente com seu outro irmão e tudo estava indo muito bem.

Acrescenta que

> devido ao fato de o genitor do informante estar tendo um início de relacionamento amoroso com a vizinha dele conhecida como 'Lindalva', que faz uso de bebida alcoólica, o informante passou a ficar desconfiado até que um dia chegou na casa do seu genitor e encontrou 02 (duas) garrafas pequenas contendo pinga, escondidas atrás da cama [...] e que passou a ver a 'Lindalva' juntamente com seu genitor em bares (f. 70 e verso).

Tais declarações não deixam dúvidas de que a vítima residia em companhia de seus filhos no interior do Estado, e não com sua esposa, pois, ao que ali consta, esta residia nesta Capital e, quando do ajuizamento da ação, em Esmeraldas, como consta da inicial.

Ausente a prova de que a vítima contribuía para as despesas de sua família, ou mesmo de que auferia renda, não há como acolher a pretensão da autora com relação à pensão mensal.

Nesse sentido:

> Ementa: Responsabilidade civil do Estado. Morte de presidiário por companheiro de cela. Dever do Estado de zelar pela segurança e integridade física das pessoas recolhidas às prisões ou a quaisquer recintos sob sua tutela. Indenização por danos patrimoniais indevida aos pais à ausência de prova da dependência financeira. Vítima em cumprimento de pena que, antes do decreto de prisão, já não exercia qualquer atividade lucrativa para que seu falecimento representasse perda de força de trabalho na família (Apelação Cível 200.248-3, Rel. Des. Pinheiro Lago, j. em 06.11.01, p. em 1°.02.02).

É devida também indenização por danos morais. Segundo o magistério de Caio Mário da Silva Pereira, "o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E, assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo", acrescentando que,

> com duas disposições contidas na Constituição Federal de 1988, o princípio da reparação do dano moral encontra o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito, obrigatório para o legislador e para o Juiz (in *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio: Ed. Forense, 1992, p.58).

Consagrado o princípio da reparação do dano moral, sua indenizabilidade

> que ainda gera alguma polêmica na jurisprudência, ganha foros de constitucionalidade. Elimina-se o materialismo exagerado de só se considerar objeto do Direito das Obrigações o dano patrimonial (in THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil, *RT* 662/8).

Danos morais, segundo a definição do insigne mestre Wilson Mello da Silva, 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 (in *O dano moral e sua reparação*. 2. ed., Forense, p. 13).

E continua afirmando que

> 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.

Tratando-se de dano moral, o conceito de ressarcimento abrange duas forças: uma de caráter punitivo, visando a castigar o causador do dano, pela ofensa que praticou; outra, de caráter compensatório, que proporcionará à vítima algum bem em contrapartida ao mal sofrido.

Em relação ao valor da indenização, na lição de Maria Helena Diniz (in *Curso de direito civil brasileiro* - Responsabilidade civil. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, p. 78/79):

> A fixação do *quantum* competirá ao prudente arbítrio do magistrado de acordo com o estabelecido em lei, e, nos

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 236

> 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 contra as circunstâncias de cada caso, o quanto da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.

Em outros termos, na fixação da indenização por danos morais, deve-se levar em consideração sua gravidade objetiva, a personalidade da vítima, considerando-se sua situação familiar e social, a gravidade da falta e as condições do autor do ilícito.

A meu ver, o valor fixado pelo Magistrado, R$40.000,00, está correto, mesmo porque não houve recurso no sentido de aumentá-lo.

São oito os beneficiados, cabendo a cada um R$5.000,00, não me parecendo que referido valor possa ser considerado como fonte de enriquecimento desmedido.

Sabe-se que valor nenhum trará de volta a vida do marido e pai perdido - e não é isso que se pretende. Considero que a importância arbitrada poderá ajudar a família a enfrentar essa fase tão difícil.

Em relação aos honorários advocatícios, devem seguir a regra do CPC, art. 20, § 4º, e o valor fixado atende aos parâmetros legais.

> Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior (art. 20, § 4º, da Lei Processual).

Diante do exposto, em reexame necessário, reformo parcialmente a decisão de primeiro grau apenas para decotar do valor indenizatório a pensão mensal ali arbitrada à viúva da vítima, acrescido o valor indenizatório de correção monetária pelos índices da Corregedoria da Justiça, a partir do trânsito em julgado do acórdão, e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, prejudicado o recurso voluntário.

Sem custas.

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

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

...

Embargos de terceiro - Veículo - Penhora - Transferência de propriedade - Tradição - Comprovação - Adquirente de boa-fé - Constrição afastada

Ementa: Apelação. Embargos de terceiro. Veículo. Penhora. Transferência de propriedade. Tradição. Comprovação. Adquirente de boa-fé. Constrição afastada.

- A transferência de propriedade de veículo automotor é realizada, por ser um bem móvel, mediante a tradição da coisa, independentemente da alteração do registro junto ao Detran.

- Restando comprovado nos autos que a aquisição do veículo constritado ocorreu em data anterior ao ajuizamento da ação de execução, a penhora não merece subsistir, pois a propriedade do bem não mais pertencia ao executado.

Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0348.08.003537-4/001 - Comarca de Jacuí - Apelante: Helena Maria Duarte Magalhães - Apelada: Sicoob Nossocrédito - Cooperativa Regional de Crédito do Sudoeste Mineiro e Nordeste Paulista Ltda. - Relatora: DESª. ELECTRA BENEVIDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2009. - *Electra Benevides* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ELECTRA BENEVIDES - Trata-se de recurso de apelação aviado por Helena Maria Duarte Magalhães contra r. sentença prolatada pela Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Jacuí, que julgou improcedentes os embargos de terceiro aviados em desfavor de Cooperativa Regional de Crédito do Sudoeste Mineiro e Nordeste Paulista Ltda. - Sicoob Nossocrédito.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 237

Irresignada, insurge-se a apelante contra a r. sentença afirmando que o veículo GM D20 Custom de Luxe, placa JLC 0282, ano 1992, que foi penhorado nos autos da ação de execução movida pela apelada contra a empresa West Flex Indústria e Comércio de Calçados Ltda. ME (Microempresa) é de propriedade da recorrente, em razão de uma compra e venda realizada em 18.04.2007 com a executada.

Sustenta que, conforme reconhecido pela própria apelada, esta ajuizou a ação de execução em 17.05.2007, ou seja, após a aquisição da caminhonete por parte da apelante.

Aduz que DUT acostado aos autos comprova que a data de aquisição do bem constrito ocorreu em 18.04.2007 e que o tabelião que autenticou aquele documento possui fé pública.

Alega que não foi possível realizar a transferência do veículo para o nome da apelante, em razão de um contrato de financiamento realizado entre o executado e o Banco Bradesco, contudo, tal fato não interfere na prova de propriedade do bem, pois esta, no caso de bens móveis, se dá pela tradição.

Pugna pelo provimento do recurso, buscando a reforma da sentença prolatada em instância primeva.

Contrarrazões às f. 52/55.

Este o relatório. Decido.

Conheço do recurso por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Do cotejo dos autos, constata-se que a ora apelada ajuizou, em 17.05.2007, uma ação de execução em face de West Flex Indústria e Comércio de Calçados Ltda. ME (Microempresa) e outros, tendo indicado à penhora, para o caso de não pagamento da dívida, o veículo GM D20 Custom de Luxe, placa JLC 0282, ano 1992, de propriedade da primeira executada.

Após citação dos executados, estes quedaram-se inertes quanto ao pagamento da dívida exequenda, não tendo, ainda, nomeado outros bens à penhora.

Assim sendo, a exequente reiterou o pedido de penhora do bem indicado na petição inicial, o que foi deferido pela MM. Juíza *a quo*.

Pretende a apelante seja desconstituída a penhora que recaiu sobre o veículo descrito alhures, ao argumento de que o adquiriu em uma operação de compra e venda em 18.04.2007, antes, portanto, do ajuizamento da ação de execução que ocorreu em 17.05.2007.

Analisando o certificado de registro de veículo à f. 15 dos embargos, emitido pelo Detran/MG, constata-se que aquele ainda se encontra em nome da empresa executada.

Contudo, tal fato, por si só, não é suficiente para comprovar que a executada ainda era proprietária do veículo, tendo em vista que, por se tratar de um bem móvel, a sua propriedade ocorre mediante simples tradição.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste Tribunal:

> Embargos de terceiros. Propriedade. Bem móvel. Tradição. Registro Detran. Efeitos administrativos.
> A transferência da propriedade do bem móvel ocorre apenas com a tradição, não sendo necessária a prova documental da propriedade.
> O registro de veículo no Detran não demonstra a propriedade, gerando apenas efeitos administrativos.
> Apelo provido. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0089.06.000139-6/001. Rel.ª Des.ª Evangelina Castilho Duarte. *DJ* de 27.02.2008.)

> Apelação cível. Embargos de terceiro. Bem móvel. Aquisição. Tradição. Ato de constrição posterior. Terceiro de boa-fé. Procedência - Decisão que se mantém. - A aquisição de bens móveis opera-se com a simples tradição, não podendo o terceiro adquirente de boa fé ser afetado por constrição judicial efetivada após a transferência do bem. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0701.06.153946-9/001. Rel.ª Des.ª Selma Marques. *DJ* de 12.12.2007.)

> Embargos de terceiro. Alienação preexistente. Prova da posse e propriedade. Terceiro de boa-fé. - Em se tratando de coisa móvel, é cediço que a sua aquisição se opera com a entrega da coisa (tradição), conforme dispõe o art. 1.267 do Código Civil. Se o terceiro adquirente de boa-fé prova a tradição e a posse do veículo objeto da penhora na ação executiva, devem os embargos por ele interpostos ser acolhidos. É irrelevante o fato de o automóvel não haver sido transferido para o nome do adquirente junto ao Detran, que é órgão administrativo. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.06.296881-6/001. Rel. Des. Antônio de Pádua. *DJ* de 10.08.2007.)

Dessa forma, no caso em comento, o que deve ser analisado é se restou comprovada nos autos a aquisição do veículo pela apelante.

Verificando o certificado de registro de veículo alhures mencionado, é possível constatar à f. 15-v. que foi preenchida em nome da apelante a autorização para transferência de veículo, que foi assinada no campo destinado ao proprietário vendedor pelo representante legal da executada, Rildo Oliveira Galdino, conforme cópia do contrato social (f. 75/78 execução), cuja firma foi reconhecida em cartório no dia 18.04.2007, antes, portanto, do ajuizamento da ação de execução, que ocorreu em 17.05.07.

À f. 16 dos autos, a apelante apresentou recibo de pagamento realizado em 27.04.2007 de uma parcela referente ao financiamento do veículo, fato que se tornou incontroverso, tendo em vista que a apelada não impugnou o documento.

Ademais, quando a penhora foi realizada, o veículo se encontrava com o filho da apelante, tendo este sido nomeado como depositário do bem, conforme se extrai do auto de penhora, avaliação e depósito à f. 87 da ação de execução.

Conclui-se, portanto, que a apelante é adquirente de boa-fé, pois, a meu ver, existem provas suficientes

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 238

acerca da realização do negócio jurídico antes do ajuizamento da ação de execução, bem como da tradição e posse do veículo objeto da penhora pela apelante, sendo irrelevante, como dito, a sua ausente transferência de registro de propriedade junto ao Detran, por ser esta uma questão meramente administrativa.

Por todos esses motivos, entendo que não existem razões para manter a constrição lançada sobre o veículo.

Nesse sentido:

> Embargos de terceiro. Veículo. Compra e venda. Anterioridade à citação na execução. Registro no Detran. irrelevância.. Comprovado que a venda do veículo se concretizou antes da citação da devedora nos autos da execução, ainda que ausente o registro no Detran, procedem os embargos de terceiro aviados pela proprietária do bem, com o fito de liberar este da penhora. (TJMG. Apelação Cível nº 1.0643.07.001362-5/001. Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes. *DJ* de 17.02.2009.)

Pelo exposto e por tudo o mais que nos autos consta, dou provimento ao recurso para determinar a exclusão da penhora realizada sobre o veículo.

Custas recursais, pela apelada.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE e PEREIRA DA SILVA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação cominatória - Perdas e danos - Cumulação de ações - Direito autoral - Ecad - Radiodifusão musical - Direitos do autor - Ausência de autorização e pagamento - Requisitos - Verificação - Antecipação de tutela

Ementa: Processual civil. Agravo de instrumento. Ação cominatória c/c perdas e danos. Direitos autorais. Ecad. Suspensão de radiodifusão musical porque sem autorização e sem pagamento dos direitos do autor. Requisitos. Verificação. Antecipação de tutela. Cabimento. Reforma da decisão agravada. Recurso conhecido e provido.

- Os requisitos da antecipação de tutela são aqueles dispostos no art. 273 do CPC, ou seja, verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

- É verossimilhante a alegação de que a radiodifusão de músicas deve preceder de autorização do ECAD e de recolhimento de retribuição autoral, como previsto na Lei 9.610/98.

- Há risco de dano irreparável em caso de não pagamento de direitos autorais.

Recurso conhecido e provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0428.09.012795-5/001 - Comarca de Monte Alegre de Minas - Agravante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad - Agravados: Rádio Central do Triângulo Mineiro Ltda. e outro, Sebastião Eugênio Pimenta da Mota - 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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de maio de 2009. - *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad interpôs agravo de instrumento contra decisão trasladada às f. 190/192-TJ, prolatada pelo MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Monte Alegre de Minas, nos autos da ação cominatória c/c perdas e danos movida por ele contra Rádio Central do Triângulo Mineiro Ltda. e Sebastião Eugênio Pimenta da Motta, na qual foi indeferida liminar pedida pelo ora agravante com base no art. 105 da Lei 9.610/1998 e no art. 461 do CPC, para suspensão ou interrupção de execução radiofônica de obras musicais sem sua prévia autorização.

O agravante requereu o conhecimento do presente agravo, apresentado na forma de instrumento, e seu recebimento também no efeito suspensivo. No mérito, pugnou pela reforma da decisão agravada, alegando: que ajuizou ação de obrigação de não fazer c/c perdas e danos contra os ora agravados, pois exerce a prerrogativa de arrecadar e distribuir o direito autoral no território nacional; que a rádio agravada vem utilizando obras musicais em sua programação regular sem recolher retribuição autoral, desde 2004, como exige a Lei 9.610/98; que há solidariedade entre os réus, ora agravados, visto que o segundo é administrador da primeira, como preceitua o art. 110 da Lei 9.610/98; que o direito autoral é protegido constitucionalmente; que o MM. Juiz, ao indeferir a antecipação de tutela,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 239

negou a aplicação dos arts. 68 e 105 da Lei 9.610/98; que o art. 105 da Lei 9.610/98 não exige a comprovação do ano imediato, mas tão somente a iminência do ilícito ou sua continuidade com a utilização musical desautorizada; que não há se falar em fumaça do bom direito ou perigo da demora; que os agravados se encontram inadimplentes desde 2004, cujo débito já alcança R$ 40.000,00; que a exibição musical desautorizada deve ser imediatamente impedida, quer por meio da liminar, quer por meio da antecipação de tutela, porque patente se mostram o perigo da demora e o risco de dano irreparável.

Às f. 201/202, conheci do recurso e deferi o pedido de tutela antecipada recursal para determinar a suspensão da execução por rádio de obras musicais até que se regularize a obrigação quanto aos direitos autorais, sob pena de multa diária de R$ 100,00.

O MM. Juiz informou que mantinha a decisão agravada e que foi cumprido o disposto no art. 526 do CPC (f. 212-TJ).

Devidamente intimados (f. 202, 205 e 213A), os agravados não apresentaram contraminuta.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porque próprio, tempestivo e por ter contado com preparo regular (f. 194-TJ).

Anoto que a decisão é passível de agravo de instrumento, não sendo o caso de conversão para a forma retida, conforme Lei 11.187/2005, porque, em tese, contém potencial lesivo à parte.

Preliminar.

Não foi arguida preliminar no presente recurso.

Mérito.

O Ecad agravou da decisão na qual foi indeferida liminar por ele pedida, em ação cominatória c/c perdas e danos, de suspensão de execuções musicais pelos réus, ora agravados, até que regularizem a questão dos direitos autorais.

A tese do agravante é a de que estão presentes os requisitos para antecipação de tutela por ele pedida.

Observando tudo o que consta do instrumento do agravo, tenho que assiste razão ao agravante.

Trata-se de pedido de antecipação de tutela feito pelo Ecad, ora agravante, com a finalidade de impedir que os ora agravados continuem a executar transmissão radiofônica de obras musicais, sem autorização prévia e sem o devido recolhimento de retribuição autoral.

A antecipação de tutela é um instituto processual que permite a antecipação total ou parcial do direito material alegado pela parte. É o que ensina Humberto Theodoro Júnior:

> O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio. Não se deve, porém, confundir antecipação de tutela apenas com as liminares que já se conheciam em várias ações especiais. Embora essas liminares tenham sido a primeira forma de propiciar antecipação de tutela, a forma generalizada de provimentos dessa natureza, concebida pelo atual art. 273 do CPC, compreende providências que tanto podem ocorrer *in limine litis* como no curso do processo, em qualquer tempo em que ainda não se possa executar definitivamente a sentença de mérito.
>
> Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.
>
> Com o novo expediente, o juiz, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipa uma decisão de mérito, dando provisório atendimento ao pedido, no todo ou em parte.
>
> Diz-se, na espécie, que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva.
>
> Justifica-se a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Reconhece-se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato.
>
> Mais do que um julgamento antecipado da lide, a medida autorizada pelo art. 273 do CPC vai ainda mais longe, entrando, antes da sentença de mérito, no plano da atividade executiva. Com efeito, o que a lei permite é, desde logo, a execução de alguma prestação que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito e já no campo da execução forçada. Realiza-se, então, uma provisória execução, total ou parcial, daquilo que se espera venha a ser o efeito de uma sentença ainda a proferir. E, nesse âmbito, a providência antecipatória tanto pode corresponder a medidas positivas como negativas (in *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. II, p. 567-568).

Para antecipação de tutela, é indispensável ao menos a existência dos dois requisitos exigidos pelo art. 273 do Código de Processo Civil, ou seja, prova inequívoca da verossimilhança da alegação e receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Diz o art. 273 do CPC:

> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
>
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Com efeito, para o deferimento da tutela antecipada, basta, segundo Humberto Theodoro Júnior, o seguinte:

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 240

> Para alcançar a satisfação antecipada do direito material, a lei exige da parte a prova inequívoca tendente a um imediato juízo de verossimilhança, além do perigo de dano iminente, ou, alternativamente, o abuso de direito de defesa por parte do réu (art. 273).
> As medidas de urgência, seja na tutela cautelar, seja na tutela antecipada, apresentam-se sempre como excepcionais e não como mera faculdade da parte ou do juiz. Não podem ser recusadas, quando presentes os seus pressupostos legais e configuram abuso de direito ou de poder, quando promovidas fora dos condicionamentos rigorosos da lei (in *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 46).

Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão.

Quanto ao requisito da verossimilhança das alegações, ensina Humberto Theodoro Júnior (em *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. II, p. 572):

> Quanto à verossimilhança da alegação, refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua reparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Quanto ao requisito de receio de dano irreparável ou de difícil reparação (ob. cit, p. 573):

> Receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.
> Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência de risco de dano anormal cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Lado outro, para a concessão de tal medida não pode haver risco de irreversibilidade, conforme § 2º do art. 273 do CPC, que dispõe:

> Art. 273. [...]
> § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

A tutela antecipada consiste em adiantamento parcial ou total do direito material referido na ação principal. Daí a necessidade de não poder ser concedida se não puder ser revertida no caso de improcedência da ação.

Dessarte, há rigor na verificação dos requisitos que autorizam a antecipação da tutela, porque, na verdade, por tal medida não se está meramente concedendo garantia de utilidade e eficácia à futura sentença eventualmente favorável ao agravante, ou seja, garantia de natureza processual, mas sim antecipação de direito material.

Pois bem. No caso, presentes estavam os requisitos exigidos pelo art. 273 do CPC, razão pela qual a decisão agravada merece ser reformada. Vejamos.

Com a presente ação cominatória c/c perdas e danos o Ecad, ora agravante, pretende que os réus, ora agravados, suspendam a transmissão radiofônica de obras musicais sem autorização prévia e sem que paguem as parcelas mensais devidas a título de direitos autorais, calculadas nos termos de seu regulamento e sua tabela de preços.

O MM. Juiz indeferiu o pedido de antecipação de tutela de suspensão de execução radiofônica de obras musicais, ao entendimento de que está ausente o requisito do perigo da demora, conforme especificado no segundo parágrafo de f. 191-TJ da fundamentação da decisão agravada.

> A documentação que acompanha a inicial comprova a presença do requisito do *fumus boni iuris*, no entanto, não há nos autos comprovação do requisito do *periculum in mora*.

Contudo, o perigo da demora não é requisito exigível para concessão da tutela antecipada, salvo se examinada sob o enfoque do § 7º do referido art. 273 do CPC.

Lado outro, o agravante atende aos requisitos do art. 273 do CPC para obter a tutela antecipada por ele pretendida.

É que, em primeiro lugar, suas alegações são verossimilhantes e contam com prova inequívoca.

A Lei 9.610/1998, que consolida a legislação sobre direitos autorais, define que as associações de titulares de direitos autorais devem manter um único escritório central para arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública das obras musicais, conforme previsão do art. 99, razão pela qual o Ecad, ora agravante, exerce a prerrogativa exclusiva de arrecadar e distribuir a receita auferida a título de direitos autorais, daí advindo a verossimilhança da alegação de ausência de autorização à rádio agravada, para exibição de obra musical, diante da previsão contida no art. 68 da referida lei, *in verbis*:

> Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.
> § 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de freqüência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.
> § 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de freqüência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 241

> ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.
> § 3º Consideram-se locais de freqüência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.
> § 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais. [...]
> § 7º As empresas cinematográficas e de radiodifusão manterão, à imediata disposição dos interessados, cópia autêntica dos contratos, ajustes ou acordos, individuais ou coletivos, autorizando e disciplinando a remuneração por execução pública das obras musicais e fonogramas contidos em seus programas ou obras audiovisuais.

Como se vê, a legislação em vigor é expressa quanto à necessidade de autorização e de recolhimento prévio dos direitos autorais.

No caso em exame, os réus/agravados não demonstraram, aliás, sequer alegaram que cumpriram as determinações previstas na mencionada lei, restando incontroverso o fato de que efetivamente não possuem a autorização para transmitir as obras musicais, sendo certo que eles não vêm recolhendo a respectiva contribuição.

A planilha de f. 80/81-TJ demonstra que a Rádio Central do Triângulo Mineiro Ltda., ora primeira agravada, administrada pelo ora segundo agravado (f. 96/98-TJ), está em débito com o pagamento de direitos autorais desde julho de 2004 e, tendo sido notificada, conforme documentos de f. 82/85-TJ, se manteve inerte.

Dessarte, o art. 105 da Lei 9.610/1998, que regula o direito autoral, prevê a concessão de medidas de urgência em casos de descumprimento do texto legal.

> Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.

Também o art. 461 do CPC prevê a possibilidade de antecipação de tutela em caso de ação cominatória, como o ora presente.

> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...]
> § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.
> § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.
> § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. [...]

Lado outro, o requisito do risco de dano imediato ou de difícil reparação também está comprovado, porque a execução ou exibição de obra musical ou artística em geral, sem que haja pagamento dos direitos ao autor ou do órgão que o representa, é lesiva.

Veja o que a doutrina explana quanto tal dano ou lesão ao direito do autor:

> Sendo a obra do autor uma propriedade, ela insere-se na categoria dos direitos patrimoniais. E neste sentido é que o pensamento romano torna-se importante, contribuindo para que os estudiosos chegassem à conclusão de que os direitos autorais reputam-se, para efeitos legais, bens móveis, do que resulta outro fator importante: não é a idéia em si, a abstração, que se protege, mas sim essa idéia quando toma forma concreta, inserida num *corpus mechanicum*, o que a transforma, precisamente, num bem móvel.
> Delia Lipszyc diz:
> 'O direito de autor destina-se a proteger a forma representativa, a exteriorização e seu desenvolvimento em obras concretas aptas serem reproduzidas, representadas, executadas, exibidas, rediofonizadas, etc, segundo o gênero a que pertençam' (Lipszyc, *Derechos de autor y derechos conexos*, 1993, p. 62).
> No Brasil, desde cedo, firmou-se o conceito de que o direito autoral é uma propriedade e, portanto, uma categoria a que se confere a condição de negociabilidade em todos os aspectos: compra, venda, concessão, cessão e sucessão *mortis causa*. [...]
> A violação a direitos autorais, diz Carlos Alberto Bittar, acarreta sancionamentos em diferentes planos do Direito, em que avulta a perspectiva de reparação dos danos sofridos pelo lesado, tanto de ordem moral como de ordem patrimonial, os primeiros referentes a lesão de componentes pessoais do relacionamento autor-obra, os segundos a de cunho pecuniário.
> No que tange aos critérios para indenização, Bittar diz que a doutrina universal é tranqüila a respeito, entendendo espraiar-se o sancionamento por todos os efeitos danosos da ação lesiva e propondo, para determinadas ações, critérios próprios. Assim, compreendem-se, no cálculo da indenização, verbas correspondentes à satisfação dos danos morais e às dos danos patrimoniais, considerando-se independente,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 242

nos dois campos, cada direito exclusivo violado (Bittar, 1992, p. 201-202).
Conclui-se, pois, que tanto o dano moral como o dano material são indenizáveis, embora a quantificação dependa de cada caso. [...]
O art. 105 é bastante amplo e abrangente. Ele se refere à transmissão de obras protegidas através de qualquer meio ou processo, o que inclui o espaço cibernético. Essas transmissões deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente.
Segundo esse artigo, a suspensão ou interrupção deverá ser feita sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis. O legislador procura dar os instrumentos legais necessários para que se ponha fim à lesão, suspendendo-se a comunicação da obra ao público, seja qual for o meio utilizado, aí incluindo-se a Internet e as fontes de acesso remoto via computador.
Trata-se, obviamente, de medida cautelar a ser tomada de plano independente do curso da ação (CABRAL, Plínio. *A nova lei e direitos autorais*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003, p. 14-15 e 136-137).

Nesse sentido:

1) Ementa: Cobrança - Direito Autoral - Ecad - Radiodifusão - Falta de autorização - Suspensão da transmissão. - Inexistindo autorização para a transmissão de obra musical, é cabível a aplicação da penalidade prevista no art. 105 da Lei 9.610/98 (AC 1.0607.06.033.984-5/004, 17ª CCível/TJMG, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. em 05.02.2009, *DJ* de 06.03.2009).

2) Ementa: Direitos autorais - Ecad - Cobrança - Tutela antecipada - Art. 105 da Lei nº 9.610/98. - Nos termos do art. 105 da Lei nº 9.610/98, deve a autoridade judicial suspender ou interromper imediatamente a transmissão e a comunicação ao público de obras artísticas realizadas mediante violação dos direitos autorais (AI 1.0040.08.070.374-3/001, 12ª CCível/TJMG, voto não unânime, Rel. Des. Nilo Lacerda, j. em 19.11.2008, *DJ* de 09.12.2008).

Assim sendo, presentes os requisitos exigidos para concessão da antecipação de tutela, o presente agravo deve ser provido para possibilitar a reforma da decisão recorrida, em confirmação da medida de urgência deferida na decisão inicial desta Relatora.

Dispositivo.

Isso posto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão agravada e deferir a antecipação de tutela pedida pelo Ecad, determinando a suspensão da execução por rádio das obras musicais até que se regularize a obrigação quanto aos direitos autorais, sob pena de multa diária de R$ 100,00 (cem reais), limitada ao valor da obrigação vencida, apontada à f. 40-TJ.

Custas recursais, pelos agravados.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES LUCAS PEREIRA e EDUARDO MARINÉ DA CUNHA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação de atentado - Liminar - Concessão - Presença dos requisitos - Viabilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de atentado. Concessão de liminar. Presença dos requisitos. Viabilidade.

- Reputa-se cabível a concessão de liminar em ação cautelar de atentado, por força do disposto no art. 812 do Código de Processo Civil, quando demonstrada a plausibilidade do direito e o perigo de lesão à parte. A medida visa a impedir que se promovam inovações ilegais e sem autorização no estado de fato da coisa objeto do litígio.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0570.08.020241-1/001 - Comarca de Salinas - Agravante: VDL Siderurgia Ltda. - Agravado: Coosar - Cooperativa de Silvicultura e Agropecuária de Rubelita - 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, 23 de junho de 2009. - *José Antônio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, o Dr. Sidnei Alves de Almeida.

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Trata-se de agravo de instrumento manejado por VDL Siderurgia Ltda. contra decisão proferida pelo Juízo da Comarca de Salinas, nos autos da ação de atentado ajuizada por Coosar - Cooperativa de Silvicultura e Agropecuária de Rubelita.

A decisão combatida (f. 117/120-TJ) deferiu o pedido liminar formulado pela cooperativa autora,

> [...] para determinar aos requeridos [...] que cessem, imediatamente, a exploração da área sob litígio nos autos n. 0570.08.018103-7, sob pena de multa de R$ 2.000,00 (dois mil reais) por árvore derrubada, nos termos do artigo 461, § 4º, do CPC.

Em sua minuta recursal, a parte agravante alega, em síntese, que recebeu em comodato uma área localizada nas "Fazendas Reunidas dos Gerais", situada em Rubelita-MG, e uma outra localizada na "Fazenda São Miguel e Caixão", localizada no Município de Fruta de Leite - MG, para exploração de aproximadamente

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 243

111.000 estéreos de madeira em pé de eucalipto, de projetos de reflorestamentos.

Aduz que a parte agravada noticiou, na presente demanda, que também estão em curso ações possessórias envolvendo litígio sobre a posse do imóvel denominado "Fazendas Reunidas dos Gerais", na qual vem fazendo a mencionada exploração.

Registra que a medida cautelar, após audiência de justificação, foi deferida pelo Juízo primevo, sem a comprovação documental de posse ou propriedade da área litigada, não havendo que se falar em fumaça do direito da cooperativa agravada.

Salienta que o Contrato de Autorização de Uso de Terras Públicas anteriormente firmado pelo Iter/MG com a parte agravada foi suspenso oficialmente, ante a constatação de que a real proprietária da área *sub judice* é a Florestaminas - Florestamentos Minas Gerais S.A.

Ao final, pugna pela concessão do efeito suspensivo, bem como pelo conhecimento e provimento do agravo de instrumento aviado, para fins de reforma da decisão hostilizada.

Preparo regular, f. 143.

Indeferido o efeito suspensivo vindicado, f. 149/150.

Contraminuta apresentada, f. 154/157, tendo a parte agravada pugnado pelo desprovimento do recurso.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, f. 162, tendo o douto Representante registrado a desnecessidade da intervenção do Ministério Público no feito.

É o breve relatório.

Conhece-se do recurso, por estarem presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Cinge-se a questão central na verificação da presença dos requisitos ensejadores à concessão da liminar tal como deferida pelo d. Julgador primevo.

Antes de adentrar na análise da validade da decisão liminar propriamente dita, cumpre tecer algumas considerações sobre o seu cabimento nesta ação de atentado, verificada a existência de dissenso doutrinário acerca da possibilidade de sua concessão em hipóteses que tais.

Há quem entenda pela impossibilidade do deferimento de liminar nesse procedimento, encontrando respaldo na interpretação literal do art. 880 do CPC, que estabelece que deverão ser observados os arts. 802 e 803; ao passo que a possibilidade estaria prevista no art. 804 do mesmo estatuto processual.

A par de tais entendimentos, filio-me à corrente que defende a possibilidade, por entender estar mais em harmonia com os princípios do Código de Processo Civil, visto que inconcebível medida cautelar sem possibilidade de liminar.

Com efeito, há que se fazer uma exegese mais abrangente, sopesando os arts. 879 e seguintes com o chamado poder geral de cautela, previsto nos arts. 797 e 798 da Lei dos Ritos.

Diante das circunstâncias e peculiaridades da ação de atentado, pode o julgador aplicar preceitos da parte geral das medidas cautelares, compatíveis com o procedimento, como a liminar, para impedir a modificação no estado da coisa durante o curso da lide, apoiando-se no art. 804 da Lei Processual Civil, até porque, entre as inovações ilegais que podem ocorrer, muitas exigem providência do juiz, incontinente, sem a qual podem resultar danos irreparáveis à parte.

De outro lado, faz-se necessário estejam presentes os dois requisitos indispensáveis para o deferimento da medida, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, sobre os quais o mestre Humberto Theodoro Júnior doutrina:

> Os requisitos para alcançar-se uma providência de natureza cautelar são, basicamente, dois:
> I - Um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável.
> II - A plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris* (*Curso de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 367).

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior anota que:

> Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni juris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a 'eficácia' do processo de conhecimento ou do processo de execução (Nery, Recurso, 210) (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.075).

De se colocar em relevo que a análise do tema se fará com base em cognição sumária, por se tratar de apreciação de pedido liminar na lide posta sob apreciação.

Assim, far-se-á mero juízo de probabilidade, baseado em indícios fortes a amparar a existência do direito alegado, e não uma decisão baseada em juízo de certeza, que será realizada quando do julgamento do mérito.

A ação cautelar de atentado é admitida pelo art. 879 do Código de Processo Civil, quando criada situação nova ou mudança de *statu quo*, durante o curso de determinada lide, lesiva à parte e sem razão de direito, isto é, o possuidor do bem em litígio que promove inovação de fato ilegal comete atentado, estando sujeito à medida judicial correspondente, que exigirá a restituição ao estado anterior do bem.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 244

A admissibilidade dessa ação encontra-se atrelada ao preenchimento de quatro requisitos, quais sejam: a pendência de processo judicial, a inovação no estado de fato inicial do bem, a ilegalidade desta inovação e o prejuízo para o interesse da outra parte.

Nesse norte, a doutrina de Alexandre Freitas Câmara:

> Por fim, há atentado quando alguma das partes pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato. Abrange esta hipótese qualquer inovação que a parte pratique, de forma ilícita, alterando a estrutura física ou orgânica do bem litigioso, desviando-o, ocultando-o, destruindo-o ou inutilizando-o. Não é difícil figurar exemplos de atentado inseridos nesta previsão legal do inciso III do art. 879. Basta pensar no caso de 'ação possessória' em que o demandante, após o cumprimento da medida liminar de reintegração de posse, dá início à demolição de benfeitoria construída pelo demandado. Ocorre também atentado quando, cumprida medida liminar de manutenção de posse, pratica o demandado nova turbação à posse do demandante (*Lições de direito processual civil*. 8. ed. Lumen Juris, 2005, v. 3, p. 257-258).

O preenchimento do primeiro requisito é patente, tendo em vista a existência de ações de manutenção e reintegração de posse ajuizadas, pendentes de julgamento, que têm por objeto justamente a posse do imóvel "Fazendas Reunidas dos Gerais".

Por outro lado, indubitável também que a inconteste exploração da madeira existente na área objeto da ação constitui verdadeira alteração no estado de fato da coisa litigada, restando, pois, preenchido o segundo requisito.

O fato de o Contrato de Autorização de Uso de Terras Públicas anteriormente firmado pelo Iter/MG com a parte agravada ter sido suspenso oficialmente, ante a constatação de que a real proprietária da área *sub judice* é a Florestaminas - Florestamentos Minas Gerais S.A., por si só, não dá o direito à parte agravante de promover alterações no estado físico do imóvel, sendo questão que somente poderá ser resolvida com o julgamento do mérito.

Presentes, portanto, os requisitos de admissibilidade da concessão da liminar na ação de atentado, visto que demonstrada a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, é prudente que se determine às partes envolvidas que não pratiquem qualquer inovação no imóvel, de forma a alterar a estrutura física ou orgânica do bem litigioso, desviando-o, ocultando-o, destruindo-o ou inutilizando-o, até a entrega definitiva da prestação jurisdicional.

Assim, levando-se em conta que os argumentos expostos pela parte agravante, bem como os documentos carreados a este instrumento não se prestam para modificar a r. decisão vergastada, porquanto fruto do convencimento do ilustrado Magistrado, em face da prova por ele colhida em audiência de justificação, deve a mesma ser mantida em sua integralidade.

Nesse contexto, a melhor solução é aplicar à espécie o princípio *quieta non movere*, que recomenda a manutenção da situação fática existente, consoante a lição maestral de Pontes de Miranda:

> O princípio do *status quo*, ou princípio da conservação do fático, considerado como imprescindível à paz jurídica, como à paz fática, exige que cada um respeite as situações jurídicas e a posse dos outros. *Quieta non movere*! As relações de posse existentes, quer tenham elas sujeitos passivos totais, quer também tenham sujeitos passivos individuais, hão de conservar-se como são, exceto se o titular delas as mudar, ou a sentença determinar que se mudem. Ninguém pode, sem ofender o princípio, que é, logicamente, de vida social, antes de ser vida jurídica, transformar ou extinguir relações de posse, cujo titular é outro (*Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio: Borsoi, t. 10, § 1.109, p. 282).

Com tais considerações, nega-se provimento ao agravo de instrumento, mantendo-se a decisão primeva por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela parte agravante.

Para os fins do art. 506, III, do CPC, a síntese do presente julgamento é:

1. Negaram provimento ao recurso, mantendo-se a decisão primeva por seus próprios e jurídicos fundamentos.

2. Condenaram a parte agravante ao pagamento das custas recursais.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Peço vista.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo interessado, a Dr.ª Clênia Gosling.

DES. PRESIDENTE - Este feito veio adiado na sessão anterior, quando pediu vista o Desembargador 1º Vogal, após o Desembargador Relator negar provimento.

DES. OSMANDO ALMEIDA - Inconformada com a r. decisão de f. 117/120-TJ, que deferiu o pedido contido na pretensão liminar, na ação em curso no Juízo de origem, qual seja cautelar incidental de atentado, proposta por Cooperativa de Silvicultura e Agropecuária de Rubelita - Coosar, a ré da demanda, VDL Siderurgia Ltda., interpôs recurso de agravo de instrumento.

A r. decisão agravada deferiu a liminar requerida,

> [...] para determinar aos requeridos Florestaminas - Florestamento Minas Gerais S.A., João de Lima Geo e VDL Siderurgia Ltda., que cessem, imediatamente, a exploração da área sob litígio nos autos nº 0570.08.018103-7, sob pena de multa de R$ 2.000,00 (dois mil reais) por árvore derrubada, nos termos do art. 461, § 4º, do CPC.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 245

Conta o agravante que recebeu em comodato uma área localizada nas "Fazendas Reunidas dos Gerais", situada no Município de Rubelita/MG, e outra localizada na "Fazenda São Miguel e Caixão", localizada no Município de Fruta de Leite/MG, para exploração de aproximadamente 111.000 st (cento e onze mil estéreos) de madeira em pé de eucalipto, de projetos de reflorestamento.

Relata que a agravada noticiou que também estão em curso ações possessórias envolvendo litígio sobre a posse do imóvel denominado "Fazendas Reunidas dos Gerais" na qual a ora agravante, por força de contrato particular de compra e venda de madeira em pé, firmado com a Florestaminas, vem promovendo a mencionada exploração de madeira e extração da floresta plantada.

Verbera que o contrato de autorização de uso de terras públicas firmado pelo Iter/MG com a cooperativa ora agravada foi suspenso oficialmente, ante a constatação de que a real proprietária da área em litígio é a Florestaminas.

Requer a concessão de efeito suspensivo da decisão agravada, "para que sejam mantidas as atividades da agravante de exploração daquela área e no corte de madeira de reflorestamento (eucalipto)", e, ao final, seja provido o presente recurso, com a reforma do *decisum* monocrático.

A medida cautelar de atentado é regulamentada pelo art. 879 do CPC, que assim dispõe:

> Art. 879. Comete atentado a parte que no curso do processo:
> [...];
> III - pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato.

Ressalte-se que a matéria devolvida neste recurso deve estar limitada à aferição da presença ou não dos requisitos para o deferimento da liminar e sobre a legalidade da decisão objurgada, porquanto na ação cautelar é vedado o debate sobre questão meritória a ser analisada na ação própria. E, no caso dos autos, a questão possessória somente poderá ser feita no pleito específico.

A concessão ou não de liminar está adstrita ao livre convencimento do magistrado.

In casu, a manutenção da liminar concedida pelo Juízo monocrático seria endossar que o *decisum* tomou por base os elementos dos autos, notadamente aqueles trazidos em audiência de justificação, quais sejam: de que "os depoimentos das testemunhas demonstram que está havendo inovação ilegal no estado de fato do imóvel sob litígio por parte dos requeridos, através da exploração de madeira para a produção de carvão", e, ainda, que "existem cerca de quarenta ou cinquenta fornos construídos na região, sendo que a demora na prestação jurisdicional poderia tornar inócua uma sentença de mérito nos autos principais" - a configurar os requisitos ensejadores da concessão da medida liminar: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A concessão da liminar no caso em tela não gera perigo de irreversibilidade do provimento, porquanto, conforme aludido pelo il. Magistrado prolator da r. decisão agravada, caso os réus sejam vencedores na ação principal, "poderão futuramente explorar a área" objeto da lide.

Como bem asseverado pelas partes, a concessão ou não da liminar, com certeza, causará um dano de cunho social, pois, de um lado, a agravante alega que a manutenção do julgado lhe causará grave prejuízo financeiro, pois

> [...] estará sujeita à paralisação de suas atividades de fabrico de ferro gusa, acarretando inadimplências contratuais e, em decorrência, protestos cambiais, pedido de sua falência e encerramento de suas atividades, com desemprego de vários trabalhadores e impossibilidade de sustento de inúmeras famílias.

Por sua vez, a agravada sustenta que a recorrente instalou aproximadamente 50 (cinquenta) fornos de carvão na área em litígio, o que, por certo, "acabará com o pouco de madeira ali existente". Na possessória, afirma que a cooperativa é composta por 22 cidadãos pobres e desalojados nos Municípios de Rubelita e Salinas, "os quais, para trabalhar e sustentar suas famílias, necessitam de terras, como esta em questão, que se encontrava em poder de grandes empresas que pouco fazem pelo social em favor da população pobre".

O d. Magistrado sensível às duas questões, atento às características do caso concreto, embasado em sua consciência jurídica, e dentro de seu poder de apreciação, ponderou pela solução que, no seu entender, vai causar prejuízo de menor monta na espécie, ao consignar: "caso os requeridos sejam vencedores na ação principal poderão futuramente explorar a área, não incidindo, assim, a vedação prevista no art. 273, § 2º, do CPC".

Não se pode perder de vista o fato de o agravo ser um recurso menor, de aparas, cuja moldura se acomoda no texto da decisão agravada. E, no caso presente, o d. Julgador *a quo* deferiu a liminar postulada pela ora agravada, sem decidir, como não poderia deixar de ser, acerca da matéria de mérito.

Observe-se que, neste momento processual, restringe-se aos limites certos e estreitos do agravo, qual seja a impugnação da decisão agravada, sob pena de se verem examinados de modo precipitado e inoportuno temas que ainda não passaram pelo crivo do Juízo singular, ou até mesmo que não se sujeitaram ao consagrado princípio do contraditório assegurado constitucionalmente.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 246

Analisada a matéria aqui deduzida, entendo que o caso em exame deve ser precedido de maior dilação probatória, uma vez que a discussão aqui travada nada tem de singela, a esgotar o mérito.

Mas, por ora, presentes os requisitos ensejadores da liminar, entendo que a decisão ora atacada não está a merecer reparos, razão pela qual nego provimento ao presente recurso.

DES. PEDRO BERNARDES - Estava tendente a pedir vista dos autos ao ensejo da sustentação na semana passada.

Todavia, tendo em vista os estudos que fiz depois da semana e os esclarecimentos prestados pelo 1º Vogal, vejo que realmente a solução encontrada pelo em. Relator é acertada.

Assim, acompanho integralmente o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Título de crédito - Quitação - Protesto efetivado por endossatário - Falta de cautela - Responsabilidade - Ato ilícito - Obrigação de indenizar - *Quantum* indenizatório - Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Ementa: Ação de indenização. Título de crédito. Quitação. Protesto efetivado por endossatário. Falta de cautela. Responsabilidade. Ato ilícito. Obrigação de indenizar. *Quantum* indenizatório. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Recursos desprovidos.

- Por meio do endosso-mandato não se transfere a propriedade do título, mas apenas a posse direta.O endossatário tem a obrigação de conferir se o título continua inadimplido, para somente então protestá-lo e, não o fazendo, configura o ato ilícito que gera a obrigação de indenizar, em valor condizente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0443.06.029375-2/001 - Comarca de Nanuque - Apelantes: 1ª) Alliança Rent a Car Ltda., 2º) Banco ABN Amro Real S.A. - Apelados: Banco ABN Amro Real S.A., Alliança Rent a Car Ltda. - 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 A AMBAS AS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2009. - *Generoso Filho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GENEROSO FILHO - Conheço de ambas as apelações como recurso próprio e tempestivo, presentes os requisitos de admissibilidade previstos no CPC.

Alliança Rent a Car Ltda. propôs ação de indenização por dano moral em face do Banco ABN Amro Real S.A. pelo motivo de o requerido ter negativado indevidamente o nome da requerente.

O MM. Juiz deferiu o pedido liminar para que se procedesse ao cancelamento do protesto, o qual foi confirmado, posteriormente, em sentença.

Ainda, em seu *decisum* final, condenou o requerido a pagar o valor de sete mil e seiscentos reais (R$ 7.600,00) a título de danos morais, valor esse que será atualizado pela Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais e acrescido de um por cento (1%) ao mês a título de juros de mora.

Ficou o requerido condenado a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios fixados em dez por cento (10%) sobre o valor da condenação.

Contra esta sentença foram interpostos dois recursos.

O primeiro recurso foi interposto pela Alliança Rent a Car Ltda., que objetiva a reforma do *decisum* na parte dispositiva do *quantum* indenizatório, alegando que o mesmo fora fixado em valor não correspondente com o poderio econômico do banco e, portanto, tal condenação não atende ao princípio da razoabilidade, não tendo força para coibir que o banco continue com a prática de atos ilícitos como esse praticado contra a requerente.

Ao recurso, foram apresentadas as contrarrazões de f. 102/108, propugnando o segundo apelante pelo desprovimento do recurso.

O segundo recurso foi interposto pelo Banco ABN Amro Real S.A.; às f. 93/98, alegando que a remessa do título a protesto continha todos os requisitos constantes do § 1º do art. 2º da Lei 5.474/68. Ademais, o banco agiu apenas como mandatário, cabendo apenas cobrar o título que lhe foi enviado, sendo, portanto, perfeitamente legítima a cobrança.

Aduz que o protesto tem que obedecer ao disposto na Lei 9.492 e que, ao expedir a notificação do protesto, deverá conter a intimação do sacado para aceitar ou pagar no prazo de três (3) dias úteis o título ou dar as razões por que não o fez e, não o fazendo, fica notificado o devedor.

Assim, alega que o devedor não agiu com zelo, pois devia ter apresentado ao cartório o título quitado, resultando então em culpa exclusiva da apelada Alliance Rent a Car Ltda., não se configurando o ato ilícito.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 247

Por fim, caso assim não entenda esse Juízo recursal, requer o apelante a minoração dos danos morais para no máximo dois (2) salários-mínimos.

Contra este recurso, não foram apresentadas as contrarrazões.

Passo a decidir os dois recursos simultaneamente.

Não há preliminares arguidas, pelo que passo à decisão do mérito.

O endosso-mandato não transfere a propriedade do título, mas apenas a posse direta, o que, via de regra, exclui o mandatário da responsabilidade de indenizar.

O banco, como possuidor do título, tinha como obrigação executar diligências a fim de resguardar a cobrança do mesmo, não podendo simplesmente aferir o não pagamento e protestar o devedor.

Como se verifica com os documentos acostados na inicial, o pagamento foi efetuado no dia 30.06.2006 (f. 23), e o protesto foi feito em 06.07.2006 (f. 25), ou seja, seis dias após o pagamento do título em questão.

Assim, vê-se que o banco não tomou as devidas providências antes de realizar o protesto, o que prejudicou o devedor de realizar outras transações creditícias, por culpa do banco.

Ainda, quanto à alegação de que o devedor tinha três (3) dias para se manifestar quanto ao pagamento ou anuir sobre o protesto, vê-se que a alegação no sentido de que o mesmo procurou o banco a fim de resolver o problema, o que não foi resolvido, e, mesmo que não tenha comprovado tal alegação, faz-se mister a obrigação do banco de conferir o pagamento do título antes do protesto, o que não fez.

O título quitado remetido a protesto configura o ato ilícito, o que consequentemente fez nascer o direito à indenização por parte do devedor.

O Juiz monocrático, sabidamente, arbitrou essa indenização em sete mil e seiscentos reais (R$ 7.600,00), o equivalente a vinte (20) salários-mínimos, o que, no meu entender, atende ao princípio pedagógico desta condenação e, ainda, atende ao princípio do enriquecimento ilícito, ou seja, o ganhador da indenização não pode ter um acréscimo em seu patrimônio por efeito de uma indenização.

Há entendimento deste Tribunal nesse sentido:

> Ementa: Responsabilidade civil. Danos morais. Banco mandatário. Protesto de título já pago. Endosso-mandato. Legitimidade passiva *ad causam*. Reconhecimento. Protesto indevido. Dano moral. Dano *in re ipsa*. Desnecessidade de prova. *Quantum* indenizatório. Fixação. Prudente arbítrio do julgador.
> I - Assume legitimidade passiva na ação de indenização o banco que, na qualidade de apresentante e endossatário-mandatário, tiver agido culposamente, com falha no serviço de cobrança, por enviar a protesto título sabidamente quitado.
> II - O protesto indevido, porque já quitado o título, é ato ilícito que autoriza a condenação do responsável a indenizar os danos causados ao lesado.
> III - O dano moral decorre do próprio fato ilícito do protesto indevido e autoriza a condenação do responsável a indenizar os danos causados ao lesado, sendo que a prova do dano, nesse caso, é prescindível, pois o prejuízo extrapatrimonial decorre dos efeitos do ato do protesto, tratando-se de dano moral *in re ipsa*.
> IV - Deve-se fixar o valor da indenização por dano moral com cautela e prudência, atendendo às peculiaridades próprias ao caso concreto, de modo que o valor arbitrado não seja elevado a ponto de culminar aumento patrimonial indevido ao lesado, nem demasiadamente inexpressivo, por desservir ao seu fim pedagógico, advindo do ordenamento jurídico atinente à espécie. (Apelação Cível nº 1.0024.06.120119-0/001, Relator: Des. Osmando Almeida, pub. em 08.12.2007.)

Pelo exposto, nego provimento aos dois recursos, para manter na íntegra a condenação de primeiro grau, devendo cada parte arcar com as custas do seu recurso.

DES. OSMANDO ALMEIDA - De acordo.

DES. PEDRO BERNARDES - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito veio adiado da sessão anterior, a pedido do Desembargador Vogal, após os Desembargadores Relator e Revisor negarem provimento ao 1º e ao 2º apelos.

DES. PEDRO BERNARDES - Como é sabido, em princípio, na hipótese de endosso-mandato, o endossatário que envia o título a protesto por ordem do endossante, não responde a título de danos morais.

No caso, o título foi pago no dia 30.06.2006 (f. 23) em agência do próprio endossatário, o apelante, que, não obstante isso, no dia 06.07.2006 (f. 25), levou o título a protesto. É evidente a responsabilidade do banco, não obstante tratar-se de endosso-mandato.

Acompanho o eminente Des. Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES.

...

Previdência social - Execução de título judicial - INSS - Pagamento não efetuado na íntegra - Requisição de Pequeno Valor - Possibilidade

Ementa: Direito processual civil. Agravo de instrumento. Previdência social. Execução de sentença. Pagamento não efetuado na íntegra pelo INSS. Requisição de Pequeno Valor. Possibilidade. Decisão mantida. Recurso não provido.

- É licito ao segurado optar pelo pronto pagamento do resíduo de seu crédito, via Requisição de Pequeno Valor,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 248

quando o inadimplemento parcial é em função da desídia do Instituto Social, que deixa de quitar débito certo e exigível quando do pagamento via precatório.

Negar provimento ao recurso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.96.070133-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: INSS - Instituto Nacional de Seguro Social - Agravado: Francisco Pinto da Silva - Relator: DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de abril de 2009. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Conheço do recurso, porque próprio e regularmente aviado, constatados os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade recursal.

O caso é o seguinte: INSS - Instituto Nacional do Seguro Social inconformado com a decisão que deferiu o pedido de expedição de requisição de pequeno valor para a satisfação do crédito remanescente da execução agravou da r. decisão alegando, em apertada síntese, que a determinação de pagamento do resíduo apurado pelo autor/apelado por meio de requisição de pequeno valor é ilegal, uma vez que, tendo o valor principal do débito sido pago por meio de precatório, o valor da diferença também deve ser quitado por meio dessa forma de pagamento, sob pena de fracionamento da execução, o que é expressamente vedado pela legislação pátria. Sem razão, no entanto.

Pois bem. Compulsando os autos, verifico que a controvérsia se restringe à possibilidade de se fazer o pagamento do valor residual do débito por meio de Requisição de Pequeno Valor - RPV, tendo em vista que o valor principal já foi quitado via precatório.

Primeiramente, insta salientar que não cabe discussão quanto a ser devido ou não o valor remanescente do débito principal, visto que a própria instituição previdenciária reconheceu o direito do agravado, insurgindo-se apenas quanto ao procedimento a ser adotado para o pagamento.

O *caput* do art. 128 da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 10.099/2000, dispõe que

> As demandas judiciais que tiverem por objeto o reajuste ou a concessão de benefícios regulados nesta Lei, cujos valores de execução não forem superiores a R$5.180,25 (cinco mil, cento e oitenta reais e vinte e cinco centavos), por autor poderão, por opção de cada um dos exequentes, ser quitadas no prazo de até sessenta dias após a intimação do trânsito em julgado da decisão, sem necessidade da expedição de precatório.

Por sua vez, o § 1º do mencionado artigo estabelece que:

> É vedado o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no *caput*, e, em parte, mediante expedição do precatório.

Além da norma que rege a Previdência, a Constituição Federal, em seu art. 100, § 4º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 37, de 12.06.2002, prescreve:

> Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.
> [...]
> § 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

Como cediço, a proibição contida no art. 100, § 4º, da Constituição Federal é no sentido de se evitar a possibilidade de os credores, por via oblíqua, fracionarem créditos e usarem do sistema de requisições de pequeno valor para pagamentos de quantias superiores ao definido.

No caso dos autos, entretanto, verifica-se que o agravado não pretende fracionar a forma de pagamento da dívida, uma vez que se utilizou do meio correto para o pagamento do seu crédito, tendo o valor principal sido submetido ao precatório na forma do art. 100, *caput*, da Constituição Federal. O instituto agravante é que não efetuou via precatório a totalidade do seu débito.

Ademais, não são poucos os casos em que a previdência social deixa de acrescentar verbas que estão incluídas na condenação e que deveriam ter sido quitadas de uma só vez, quando do pagamento via precatório.

Assim sendo, não é justo que o agravado seja penalizado por essa falta do agravante e que tenha que enfrentar toda a burocracia e demora do pagamento por meio de precatório para receber a pequena importância a que tem direito.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 249

Desse modo, tendo o agravado recebido o que lhe era devido pelo regime tradicional do precatório, pode agora valer-se de mecanismo mais ágil previsto na legislação previdenciária para obter o resíduo complementar, desde que obedecido o teto legal.

Nesse sentido, o posicionamento adotado por este Sodalício:

> Ementa: Ação acidentária. Execução. Precatório anteriormente expedido. Resíduo de correção monetária. Precatório complementar. Requisição de Pequeno Valor. Cabimento.- Recebido o valor expresso em precatório, apurando-se posteriormente que existem diferenças referentes à correção monetária cujo valor é abrangido pelo art. 128 da Lei nº 8.213/91, é lícito ao segurado optar pelo pronto pagamento, sendo desnecessária a expedição de precatório complementar. (Agravo nº 1.0024.91.817952-4/00, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Alvimar de Ávila, 22.03.2006.)

> Ementa: Agravo de instrumento - Execução de sentença - Pagamento do débito principal por meio de precatório - Ausência de atualização dos valores - Pagamento mediante Requisição de Pequeno Valor - Possibilidade, desde que obedecido o teto legal. (Agravo nº 1.0024.01.015714-7/001, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Audebert Delage, j. em 10.04.2008.)

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. decisão hostilizada. Sem custas recursais, porquanto a parte sucumbente goza de isenção, nos termos do art. 10, inciso I, da Lei Estadual nº 14.939/2003.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OTÁVIO PORTES e WAGNER WILSON.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Curador especial - Honorários - Remuneração devida pelo Estado - Valor - Estatuto da OAB

Ementa: Apelação. Curador especial. Honorários. Remuneração devida pelo Estado. Valor.

- A prestação de assistência judiciária é um dever do Estado, a quem cabe remunerar aqueles que tenham sido indicados como defensores dativos ou curadores especiais.

- O art. 22, § 1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece que, prestada a assistência judiciária gratuita por advogado nomeado para patrocinar causa dos interessados certos e incertos não representados, o mesmo faz jus à percepção de honorários fixados pelo Juiz, a serem pagos pelo Estado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0382.07.071416-9/001 - Comarca de Lavras - Apelante: Roger Tadeu Morais Penido - Apelados: Espólio de João Izidoro Mendes e outros - 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, 6 de maio de 2009. - *Nilo Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NILO LACERDA - Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de apelação cível interposta contra a r. sentença de f. 129/132, proferida nos autos da ação de usucapião proposta pelo espólio de João Izidoro Mendes e outros.

A r. sentença recorrida julgou procedente a ação, declarando o domínio em favor do espólio de João Izidoro Mendes, sobre o imóvel descrito na inicial.

Interpostos os embargos de declaração de f. 135, pelo curador especial Roger Tadeu Morais Penido, foram acolhidos pela decisão de f. 136, sendo para ele fixados honorários advocatícios de R$ 620,00, restando suspensa a exigibilidade pelo fato de os autores serem beneficiários da assistência judiciária.

Apresentando um segundo embargo de declaração, foi juntado às f. 137/139, sendo rejeitado pela decisão de f. 140.

Inconformado, o curador especial apelante às f. 141/145, alegando em síntese que os honorários que lhe são devidos não são os da sucumbência, mas sim pelo fato de ter sido indicado pelo juízo, sendo o Estado o responsável pelo pagamento.

Lembra que a tabela da OAB/MG juntada aos autos estabelece que o valor mínimo de honorários para uma ação de usucapião é de R$ 1.200,00, não podendo seus honorários ser fixados em valor inferior ao estabelecido por sua entidade de classe, pugnando pela majoração.

Contrarrazões às f. 148/150, pelo provimento do recurso.

Determinado o envio dos autos à ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, os autos retornaram sem a apresentação de parecer, nos termos postos à f. 161.

Compulsando os autos, verifica-se que, pelo despacho de f. 72, o apelante foi nomeado curador especial, tendo comparecido às f. 73/78, manifestando-se no interesse de seus representados.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 250

A prestação de assistência judiciária é um dever do Estado, a quem cabe remunerar aqueles que tenham sido indicados como defensores dativos ou curadores especiais.

O art. 22, § 1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece que, prestada a assistência judiciária gratuita por advogado nomeado para patrocinar causa dos interessados certos e incertos não representados, o mesmo faz jus à percepção de honorários fixados pelo juiz, a serem pagos pelo Estado.

A situação dos autos é exatamente aquela prevista no art. 9º, inciso II, do CPC, ou seja, o curador especial foi designado para representar os interessados citados por edital, que não compareceram nos autos para se manifestarem.

Essa nomeação tem como finalidade precípua permitir a formação da relação processual e a realização dos atos processuais, assegurando à parte os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Como se sabe, a prestação de assistência judiciária é um dever do Estado, a quem cabe remunerar aqueles que tenham sido indicados como defensores dativos ou curadores especiais.

Esta conclusão decorre do próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94), que estabelece que, uma vez prestada a assistência judiciária gratuita por advogado nomeado pelo magistrado, 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).

Ao utilizar a expressão "juridicamente necessitado", certamente o Estatuto da OAB não se referiu somente àqueles desprovidos de recursos financeiros, mas também àqueles que necessitam de tutela jurídica diferenciada, como é o caso dos autos - interessados intimados pela modalidade ficta do edital (art. 9º, II).

Além disso, a fixação dos honorários do curador especial é consectária da própria garantia constitucional de que todo o trabalho deve ser remunerado.

Portanto, havida a nomeação do advogado particular para atuar como curador especial e tendo cumprido o *munus* que lhe foi posto, impõe-se ao Estado a responsabilidade pelo pagamento dos valores correspondentes aos serviços prestados.

Por sua vez, a Lei Estadual nº 13.166/99 estabelece :

> Art. 1º O advogado que não for Defensor Público, quando nomeado para defender réu pobre em processo civil ou criminal terá os honorários pagos pelo estado, na forma estabelecida nesta Lei.
> § 1º Os honorários a que se refere este artigo serão fixados pelo Juiz na sentença, de acordo com tabela elaborada pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Minas Gerais - OAB-MG.

O Decreto Estadual 42.718/2002 também dispõe que:

> Art. 7º O pagamento a advogado dativo será processado mediante certidão emitida por Juiz competente, na qual constarão dados relativos à ação, a informação de que se trata a da defesa de réu pobre e o valor arbitrado.

Pela análise da tabela da Ordem dos Advogados de Minas Gerais, verifico à f. 98 que o valor mínimo previsto é de R$ 1.200,00, pelo que, em substituição ao valor arbitrado pelo Magistrado *a quo*, fixo como devido pelo Estado de Minas Gerais este valor.

Isso posto, dou provimento ao recurso de apelação fixando a responsabilidade do Estado de Minas Gerais pelo pagamento dos honorários advocatícios devidos ao curador especial, que fixo em R$ 1.200,00, importância que deverá ser atualizada desde a publicação da presente ação e acrescida de juros de 1% ao mês desde o ajuizamento da presente demanda até o seu efetivo pagamento, devendo ser expedida certidão própria pelo Juízo e entregue ao apelante.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALVIMAR DE ÁVILA e SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ministério Público - Honorários de sucumbência - Pagamento - Mitigação da regra contida no art. 81 do CPC - Isenção

Ementa: Processual civil. Ministério Público. Pagamento de honorários de sucumbência. Mitigação da regra contida no art. 81 do CPC. Isenção concedida. Recurso provido.

- O Ministério Público está isento do pagamento de honorários de sucumbência, porquanto responsável pela tutela de interesses de toda a coletividade, devendo ser interpretada, com restrições, a regra contida no art. 81 do Código de Processo Civil.

- O art. 18 da Lei 7.347/85 somente se aplica em ações civis públicas e nas hipóteses de comprovada má-fé do Órgão Ministerial, sem a qual não há falar na sua condenação ao pagamento de honorários.

Recurso ao qual se dá provimento.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 251

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0183.08.148383-0/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Jonas Alves dos Reis Carvalho e outros, herdeiros de Arnaldo Reis Carvalho - Relator: DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de abril de 2009. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Arnaldo Francisco Penna.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Trata-se de recurso de apelação aforado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Jonas Alves dos Reis Carvalho e outros, censurando a sentença de f. 51/52, complementada à f. 56, que acolheu os embargos para extinguir a execução promovida pelo *Parquet*, com espeque no art. 267, VI, do CPC.

Em sede de embargos de declaração, a sentença acabou modificada pelo Juízo de origem, condenando-se o Ministério Público "ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em vinte por cento do valor cobrado na execução, devidamente atualizado quando do respectivo pagamento" (f. 56).

Inconformado, o Ministério Público recorreu da sentença primeva, almejando isentar-se do pagamento de honorários. Diz que agiu na defesa do interesse público e destaca, por fim, que a execução foi ajuizada antes do posicionamento da Corte Superior deste Tribunal sobre a sua legitimidade para executar título executivo extrajudicial emanado do Tribunal de Contas.

Pede a reforma parcial da sentença, para excluir sua condenação ao pagamento dos honorários decorrentes da sucumbência.

Sobrevieram contrarrazões às f. 72/76.

Ouvida, a Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (f. 84/92).

É o relato do necessário.

Conheço do recurso, aos seus pressupostos.

A questão devolvida a este Tribunal resume-se em perquirir sobre a possibilidade de condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários de sucumbência, devendo-se ter em mente que se mostra inaplicável, na espécie, o art. 18 da Lei 7. 347/1985.

A meu juízo, razão assiste ao apelante.

Sabe-se que a questão afeta à legitimidade do Ministério Público para promover ação de execução de título executivo emanado do Tribunal de Contas encerrava grandes divergências neste Tribunal, dando azo, inclusive, à instauração de um incidente de uniformização de jurisprudência perante a Corte Superior.

Os que defendem (ou defendiam) sua legitimidade baseavam-se na redação original do art. 23, inciso V, da LCE 33/1994, que autorizava o Ministério Público a "promover a execução dos julgados do Tribunal, adotando as providências necessárias ao seu cumprimento", valendo-se, de igual modo, da Lei 8.625/1993, que incumbe o Órgão Ministerial da função de responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados pela Corte de Contas. Do mesmo modo, invocava-se o art. 129 da Constituição Federal para reconhecer legitimidade ao *Parquet*, especialmente os seus incisos III e IX.

A corrente antagônica, por sua vez, entende que a antiga previsão do art. 23, V, da LC 33/1994 estava a regulamentar apenas a atividade dos Procuradores do Ministério Público jungidos ao Tribunal de Contas, repelindo a extensão de tal função aos demais integrantes do *Parquet*. Faz-se, aqui, uma distinção entre o Ministério Público Ordinário e o Ministério Público Especial, porquanto cediço que este último é dotado de identidade e fisionomia próprias.

Os defensores da segunda linha jurisprudencial argumentavam, também, que o interesse em reaver a quantia apontada como devida pelo Tribunal de Contas era afeta exclusivamente ao ente público lesionado, o que afastaria a legitimidade do Ministério Público.

Ao que tudo indica, o Supremo Tribunal Federal acenou para esta última tese (RE 223037/SE e ADI 2884/RJ).

Finalmente, estancando de vez a controvérsia, a Corte Superior decidiu que

> [...] a titularidade, a legitimidade e o interesse imediato e concreto para proceder ao ajuizamento de ação de execução fundada em certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas do Estado somente pertencem ao ente público beneficiário da condenação, carecendo o Ministério Público de legitimidade para tanto. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Corte Superior - Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1.0000.06.445598-3/000, Rel. Des. Cláudio Costa, *DJ* de 27.06.2007.)

O referido acórdão, como se vê, foi publicado aos 27.06.2007, ou seja, após o ajuizamento da execução promovida pelo Ministério Público no caso destes autos, que se deu aos 24.04.2007.

Sendo assim e tendo em vista que a cizânia não se encontrava pacificada nesta instância quando do ajuizamento da ação, não me parece razoável condenar o apelante ao pagamento de honorários, uma vez que estava exercendo a sua função em prol de toda a comu-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 252

nidade de Conselheiro Lafaiete, embasando-se nos artigos constitucionais e infraconstitucionais aqui citados, que, por certo, comportavam a interpretação que lhes foi dada pelo *Parquet*.

Se houvesse havido má-fé do Órgão Ministerial, poder-se-ia até cogitar sobre a aplicação analógica do art. 18 da Lei 7.347/1985, para fins de condená-lo ao pagamento de honorários. Entretanto, não foi o que ocorreu. Não há má-fé na hipótese; pelo contrário, existe título executivo expedido em benefício do Município e, portanto, de toda a Municipalidade.

O escopo do apelante foi apenas o de forçar o devedor a ressarcir o Erário. Em outras palavras: agiu em prol da sociedade.

É bem verdade que o art. 81 do CPC dispõe que "o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes".

Quanto aos ônus, a doutrina sustenta certa diferenciação entre o Ministério Público e as partes. A igualdade seria apenas "em termos, pois não está sujeito ao adiantamento das despesas processuais (art. 19, § 2º), nem à condenação nestas (art. 27) ou em honorários de advogado" (*JTJ* 152/103 - férias).

No mesmo sentido:

> Parece mais fundado, contudo, a opinião de Redenti, que, vendo na atividade do Ministério Público aquela tendência a uma plena atuação do ordenamento jurídico, o exclui da sucumbência nos encargos do processo. (CAHALI, Yussef. *Honorários advocatícios*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 162.)

> E quanto à responsabilidade por honorários advocatícios? Malgrado a existência de regra expressa que isente o Ministério Público dessa obrigação, é evidente que a instituição não pode ser condenada ao pagamento de verba honorária pelos mesmos motivos acima expendidos. De fato, além do argumento de que o *Parquet* só atua para tutelar interesse substancial seu, há que se considerar que ontologicamente falando os honorários não passam de espécie do gênero isenção ministerial, segundo o art. 27. (MACHADO, Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 552.)

Condenar o Ministério Público ao pagamento de honorários seria, a meu ver, um verdadeiro contrassenso, sob pena de condenar a própria sociedade ao pagamento de honorários e, o que é pior, desestimular o MP na sua função essencial de defender o patrimônio público e promover justiça.

Ante todo o exposto, dou provimento ao recurso e reformo, em parte, a sentença de primeiro grau, isentando o apelante do pagamento de honorários advocatícios.

É como voto.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Conheço do recurso de apelação, uma vez que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cinge-se o recuso em verificar se cabível a condenação do Ministério Público ao pagamento dos honorários advocatícios.

Em que pese toda a discussão travada em relação à legitimidade ativa do Ministério Publico para propor ação de execução com base em decisão do Tribunal de Contas do Estado, fato é que, em 25.06.07, foi julgado o incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1.000.06.445598-3/000 perante a Corte Superior deste Tribunal de Justiça em que se reconheceu a ilegitimidade daquela instituição.

Assim, tendo a presente demanda sido proposta em 24.04.07 e aplicando-se analogicamente o art. 18 da Lei nº 7.347/85, não há que falar em condenação do Ministério Público de Minas Gerais ao pagamento dos honorários advocatícios, visto que, *in casu*, não comprovada sua má-fé.

Nesses termos, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Execução promovida pelo Ministério Público do Estado da Paraíba. Título executivo extrajudicial consistente em decisão proferida pelo Tribunal de Contas Estadual. Débitos imputados em razão da prática de atos de improbidade administrativa que resultaram em prejuízo ao erário municipal. Condenação do *Parquet* em honorários. Artigo 18 da Lei 7.347/85. Impossibilidade.
> 1. Controvérsia que gravita em torno da possibilidade de condenação do Ministério Público em honorários advocatícios, que, observando orientação jurisprudencial local, ajuizou execução extrajudicial, amparada em decisão do Tribunal de Contas Estadual, que, nos termos do artigo 71, § 3º, da Constituição Federal de 1988, tem eficácia de título executivo, quando resulta em imputação de débito ou multa.
> [...].
> 6. Deveras, afigura-se possível a aplicação analógica do entendimento jurisprudencial concernente à não condenação do *Parquet* em honorários advocatícios, nos autos de ação civil pública, salvante quando comprovada má-fé, uma vez que, *in casu*, o Ministério Público, em busca do interesse público primário, objetivou proteger o patrimônio público, com a cobrança do devido ressarcimento dos prejuízos causados ao erário municipal, o que configura função institucional/típica do ente ministerial, a despeito de tratar-se de legitimação extraordinária.
> 7. Exclusão da condenação do Ministério Público, que se dá por força da situação fática, *in casu*, consistente na remessa dos autos ao *Parquet*, antes da comprovação, em outra hora, do pagamento do crédito exeqüendo, como também pela aplicação analógica da Lei 8.429 quanto à isenção sucumbencial, secundada por farta jurisprudência: REsp 406767/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 02.12.2002; REsp 153829/SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, *DJ* de 11.11.2002; EMC 1804/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, *DJ* de 07.10.2002; REsp 152447/MG, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, *DJ* de 25.02.2002; e REsp 422801/SP, Relator Ministro Garcia Vieira, *DJ* de 21.12.2002).
> 8. Recurso especial provido. (REsp 678969/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.12.2005, *DJ* de 13.02.2006, p. 680.)

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 253

Isso posto, acompanho o eminente Relator para dar provimento ao recurso de apelação e excluir a condenação do Ministério Público ao pagamento dos honorários advocatícios.

É como voto.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Repetição do indébito - Contrato de financiamento - Quitação antecipada - Juros - Redução proporcional - Tarifa de liquidação antecipada - Cobrança pelo banco - Decote - Ausência de pedido

Ementa: Ação de repetição de indébito. Quitação antecipada de contrato de financiamento. Redução proporcional dos juros. Tarifa cobrada pelo banco. Ausência de pedido para decote. Parcial provimento da apelação.

- A tarifa de liquidação antecipada, exigida pelo banco quando da quitação antecipada do contrato de financiamento, não pode ser decotada pelo juiz se não houve pedido do autor nesse sentido, sob pena de ofensa ao art. 460, *caput*, do Código de Processo Civil. Registre-se, a propósito, que não se está declarando a legalidade ou ilegalidade da referida tarifa, mas apenas mantendo a sua cobrança pelo banco, dada a ausência de pedido específico do autor para excluí-la.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.07.414086-7/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Banco Santander Banespa S.A. - Apelado: Ricardo de Assis Aragão - Relator: DES. BATISTA DE ABREU

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de maio de 2009. - *Batista de Abreu* - Relator.

Notas taquigráficas

O SR. DES. BATISTA DE ABREU - Ricardo de Assis Aragão ajuizou ação de repetição de indébito contra Banco Santander Banespa S.A., afirmando que, em 10.7.2006, firmou com o réu contrato de financiamento de veículo, tendo-lhe sido concedido crédito no valor de R$4.000,00, a ser quitado em 24 prestações mensais de R$273,00, sendo o primeiro vencimento em 10.8.2006 e o último em 10.7.2008; que em fevereiro de 2007, quando já havia pagado pontualmente sete prestações, resolveu quitar antecipadamente o financiamento, fazendo jus, nos termos do contrato, à redução proporcional dos juros; que, nesse sentido, era devida ao requerido a quantia de R$2.615,94, tendo o requerente, não obstante, pagado, para quitação antecipada do contrato, a importância de R$4.518,21; que o suplicado violou a norma do art. 52, § 2º, do CDC, já que não reduziu proporcionalmente os juros, pagando o suplicante, indevidamente, o montante de R$1.902,27, o qual lhe deve ser restituído em dobro, nos termos dos arts. 42, parágrafo único, do CDC e 940 do CC.

Requereu a condenação do banco ao pagamento da quantia de R$3.804,54 e, *ad argumentandum*, a restituição simples do valor quitado de forma indevida.

O réu contestou nas f. 34/40, alegando que ocorreu sim a redução proporcional dos juros, havendo, no entanto, a incidência da tarifa, prevista no contrato, decorrente da liquidação antecipada do contrato, a qual é legal, já que a pretensão ao pagamento antecipado frustra o anseio do banco de ver remunerado o seu negócio; que a cobrança de tarifa pelas instituições financeiras é regulada pela Resolução nº 2.039/96, com redação dada pela Resolução nº 2.747/00, do Conselho Monetário Nacional, estando a tarifa em questão em consonância com tais normas; que o pacto foi livremente formalizado pelo autor, que não pode pretender a sua modificação unilateral. Impugnou a pretensão à devolução em dobro da tarifa de quitação antecipada, bem como os cálculos apresentados na inicial, que, a seu ver, foram arquitetados de forma unilateral, sem a sua participação. Pugnou pela improcedência dos pedidos.

Laudo pericial contábil nas f. 98/102.

A sentença, de f. 107/109, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condenar o réu a pagar à autora a importância de R$972,75, em sua forma simples, além das custas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da condenação. Segundo o Juiz sentenciante,

> tendo a instituição financeira a obrigação legal de proceder, em caso de liquidação antecipada do financiamento, ao desconto proporcional dos juros e demais encargos embutidos nas prestações, impõe-se a restituição reclamada.

Banco Santander Banespa S.A. interpõe apelação (f. 112/116), sustentando que a cobrança da tarifa para hipótese de quitação antecipada do contrato está em perfeita consonância com as tarifas praticadas no mercado, havendo, ainda, previsão no contrato, ao qual

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 254

anuiu o apelado; que, no que tange aos juros, foi aplicada a redução proporcional, sendo que a quantia cuja devolução foi determinada é devida em virtude da tarifa de liquidação antecipada; que incumbia ao autor o ônus de provar que a tarifa cobrada pelo apelante destoa daquela exigida por outras instituições financeiras. Pede a reforma da sentença, condenando o apelado ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Contrarrazões nas f. 118/123.

Extrai-se dos autos que Ricardo de Assis Aragão e Banco Santander Brasil S.A. celebraram, em 10.7.2006, contrato de financiamento do automóvel marca Fiat, modelo Uno Mille Eletronic 1.0, placa LAX 0829, tendo sido disponibilizado ao mutuário crédito no valor de R$4.556,21 (incluída taxa de abertura de crédito e IOC), a ser quitado em 24 prestações de R$270,04, já computados os juros à taxa anual de 43,15% (f. 11).

Realizado o pagamento das sete primeiras parcelas do contrato, a última vencida em 10.2.2007 (f. 12/15), decidiu o contratante quitá-lo antecipadamente, fazendo-o por meio do depósito de f. 25, efetivado em 02.12.2007, no valor de R$4.518,21.

Como visto, alegando que o banco não reduziu proporcionalmente os juros de forma correta no momento da liquidação antecipada, o autor ingressou com a presente ação, postulando a repetição do indébito em dobro, obtendo êxito parcial em 1ª instância, razão do presente inconformismo por parte do réu.

Primeiramente, verifica-se que a planilha de cálculo elaborada pelo perito judicial nas f. 100 não apresenta qualquer erro, tendo apontado, com clareza, que, ao tempo da quitação antecipada do financiamento, o saldo devedor do apelado era de R$3.545,46, decorrente do decote dos juros remuneratórios que incidiriam a partir de 10.3.2007 e que deixaram de ser aplicados em virtude da devolução integral à instituição financeira do capital por ela disponibilizado ao correntista.

Em princípio, portanto, seria esse o montante que poderia ter sido exigido do recorrido para a liquidação do seu débito, daí advindo a diferença paga a maior de R$972,75, objeto da condenação.

Ocorre que, quando do pagamento antecipado do empréstimo, o apelante cobrou a denominada tarifa de liquidação antecipada - TLA, no percentual de 7% (f. 83), cuja declaração de nulidade ou inexigibilidade não foi requerida na inicial, na qual se limitou o autor a fundamentar a sua pretensão no alegado não abatimento correto dos juros, nada falando acerca da tarifa. A tarifa de liquidação antecipada, exigida pelo banco quando da quitação antecipada do contrato de financiamento, não pode ser decotada pelo Juiz, se não houve pedido do autor nesse sentido, sob pena de ofensa ao art. 460, *caput*, do CPC.

Nesse sentido, é defeso ao juiz decotá-la, sob pena de ofensa ao art. 460, *caput*, do CPC.

Registre-se, a propósito, que não se está declarando a legalidade ou ilegalidade da referida tarifa, mas apenas mantendo a sua cobrança pelo banco, dada a ausência de pedido específico do autor para excluí-la.

Haverá, *data venia*, de voltar às barras do Tribunal para novo pedido. Inaplicável aqui o princípio do *jura novit curia*.

Portanto, sobre o saldo devedor de R$3.545,46 deve incidir a TLA, à alíquota de 7%, o que resulta em R$248,18, restando para ser devolvida ao autor a importância de R$724,57.

Com tais fundamentos, dou parcial provimento à apelação, unicamente para manter a cobrança da TLA, nos termos acima.

Custas recursais, pelo apelante, que sucumbiu quase que integralmente.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA e WAGNER WILSON.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Habeas corpus - Depositário infiel - Depósito judicial - Dívida de caráter não alimentar - Prisão civil - Impossibilidade - Nova orientação do STF e STJ

Ementa: *Habeas corpus*. Depositário infiel. Depósito judicial. Prisão civil por dívida cabimento apenas na hipótese de devedor de alimentos. Observância à recente orientação do STJ e STF.

- A prisão civil por dívida somente é permitida em se tratando de devedor de alimentos, visto que, em recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, afastou-se o cabimento da decretação de prisão civil, mesmo em se tratando de depósito judicial.

HABEAS CORPUS CÍVEL Nº 1.0000.08.485450-4/000 - Comarca de Belo Horizonte - Paciente: Thiago Lúcio de Carvalho Fernandes - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - Relator: DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª 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 CONCEDER A ORDEM IMPETRADA.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 255

Belo Horizonte, 30 de abril de 2009. - *Irmar Ferreira Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. IRMAR FERREIRA CAMPOS - Trata-se de pedido liminar em *habeas corpus* impetrado por Luciana Ferraz Reis e Itamar Martins Filho, em nome do paciente Thiago Lúcio de Carvalho Fernandes, que se encontra recolhido à Seresp, em face da determinação de prisão civil exarada por ordem do MM. Juiz da 8ª Vara Cível de Belo Horizonte nos autos da execução de sentença movida por BSH Continental Eletrodomésticos Ltda.

O paciente alega que figurou como sócio de uma padaria de propriedade de seu pai até o ano de 2001, salientando que, em janeiro de 2002, a empresa BSH Continental Eletrodomésticos Ltda. ajuizou ação de cobrança de dívida contra o estabelecimento comercial do qual era sócio.

Acrescenta que, em 30.08.2005, foi expedido mandado de prisão em seu desfavor, sob o fundamento de que era depositário infiel de bens que garantiam a dívida contraída com BSH Continental Eletrodomésticos Ltda.

Alega que, em 31.10.2008, foi parado em uma *blitz* e, verificada a existência de mandado de prisão, foi recolhido à Seccional Floresta e enviado à Seresp para cumprimento da ordem de prisão.

Assevera ser incabível a prisão civil por dívida, amparado no art. 5º, LXVII, da CR/88 e nos Decretos 592/92 e 678/92, que integram o Pacto Internacional sobre Direito Civil e Político e Pacto de San José da Costa Rica. Requer a concessão de liminar para que seja expedido alvará de soltura.

Nos limites da cognição sumária, vislumbrando a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, à f. 23, deferi o pedido liminar para a expedição de alvará de soltura.

Prestadas informações pela autoridade coatora (f. 32).

Parecer da douta Procuradoria às f. 34/37, nas quais o Procurador de Justiça opina pela concessão da ordem.

Conheço do *writ*, presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

Inicialmente cumpre salientar que, em julgados anteriores, havia me manifestado no sentido de reconhecer a admissibilidade da prisão civil do depositário judicial infiel.

Contudo, em face dos reiterados julgados proferidos pelos Tribunais Superiores, revi meu posicionamento acerca dessa questão.

Destaque-se que, em recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, tem-se reconhecido ilegítima a decretação de prisão civil, mesmo em se tratando de depósito judicial. Tais decisões, a seu turno, coadunam-se com a tendência verificada no Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de tal prisão civil.

Tal fato, a seu turno, permite a ilação de que os Tribunais Superiores acenam, portanto, para o reconhecimento da legitimidade/constitucionalidade da prisão civil por dívida tão somente no que tange ao devedor de alimentos.

Nesse sentido, atente-se para os seguintes julgados proferidos pelo STJ e STF:

> *Habeas corpus*. Depositário infiel. Depósito judicial. - É ilegítima a prisão civil por dívida, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos. Entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal. Precedente do Supremo Tribunal Federal. (STJ. *HC* 113956/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 02.10.2008, pub. no *DJe* de 13.10.2008.)

> *Habeas corpus*. Processual civil. Execução. Penhora. Prisão. Depositário judicial. Impossibilidade. Art. 5º, LXVII, da Constituição. Exegese. RE nº 466.343/SP. - I. Conquanto legítima a penhora sobre bem do devedor, a prisão civil do depositário judicial infiel não encontra guarida no ordenamento jurídico (art. 5º, LXVII, da Constituição Federal). - II. Decisão que se harmoniza com a nova orientação que se vem consolidando no Pretório Excelso (RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, *HC* nº 90.172-7/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* de 17.08.2007). (STJ. *HC* 93629/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 04.09.2008, *DJe* de 29.09.2008.)

> Direito processual. *Habeas corpus*. Prisão civil do depositário infiel. Pacto de San José da Costa Rica. Alteração de orientação da jurisprudência do STF. Concessão da ordem. - 1. A matéria em julgamento neste *habeas corpus* envolve a temática da inadmissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de San José da Costa Rica no direito nacional. - 2. O julgamento impugnado via o presente *habeas corpus* encampou orientação jurisprudencial pacificada, inclusive no STF, no sentido da existência de depósito irregular de bens fungíveis, seja por origem voluntária (contratual) ou por fonte judicial (decisão que nomeia depositário de bens penhorados). Esta Corte já considerou que 'o depositário de bens penhorados, ainda que fungíveis, responde pela guarda e se sujeita a ação de depósito' (*HC* nº 73.058/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, *DJ* de 10.05.1996). Neste mesmo sentido: *HC* 71.097/PR, rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, *DJ* de 29.03.1996). - 3. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. - 4. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 256

caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de San José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, consequentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. (STF. *HC* 88240/SP, Rel.ª Ministra Ellen Graice, j. em 07.10.2008, *DJe* de 24.10.2008.)

Habeas corpus. Salvo-conduto. Prisão civil. Depositário judicial. Dívida de caráter não alimentar. Impossibilidade. Ordem concedida. - 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do 'responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia' (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: *HC* 87.585 e *HC* 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. - 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser aportadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. - 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional - à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º -, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. - 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. - 5. Ordem concedida. (STF. *HC* 94013/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 10.02.2009.)

Habeas corpus. Constitucional. Prisão civil. Ordem de prisão que tem como fundamento a condição de ser o paciente depositário judicial infiel: impossibilidade. Precedente do plenário deste Supremo Tribunal federal. Ordem concedida. - 1. A jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido da inviabilidade da prisão civil do depositário judicial infiel (*HC* 92.566, Rel. Min. Marco Aurélio). - 2. *Habeas corpus* concedido. (STF. *HC* 96118/SP, Rel.ª Ministra Carmem Lúcia Rocha, j. em 03.02.2009).

Na linha do entendimento acima sufragado, o Tribunal, por maioria, concedeu *habeas corpus*, impetrado em favor de depositário judicial, e averbou expressamente a revogação da Súmula 619 do STF ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito"). [...] (*HC* 92566) (Informativo nº 531- STF).

Corrobora este entendimento a recente jurisprudência desta Corte:

[...] *Habeas corpus*. Prisão civil. Depositário infiel. Prisão civil. Impossibilidade. Pacto de San José da Costa Rica. *Status* de norma supralegal. Revogação dos dispositivos infraconstitucionais que com ele conflitem. Entendimento contemplado pelos tribunais superiores. Ordem concedida. O Pacto de San José da Costa Rica, consolidado em 1969, que prevê a possibilidade de prisão civil apenas do devedor de alimentos, foi ratificado em nosso ordenamento jurídico, através do Decreto de nº 678, em 06.11.1992, ou seja, sob a égide da Carta Constitucional de 1988. Inicialmente, a jurisprudência das Cortes Superiores, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, direcionou-se no sentido da não-revogação do art. 5º, LXVII, da CR/88, que dispõe, de forma expressa, acerca do cabimento da prisão civil do depositário infiel. Sob o influxo da necessidade de, cada vez mais, se garantir eficácia aos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, aplicando uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, visando concretizar os fundamentos da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º da Carta Magna, tem atribuído ao Pacto de San José da Costa Rica *status* normativo supralegal, colocando-o acima da legislação infraconstitucional interna, contudo, abaixo das normas constitucionais, visto que não observados os requisitos do § 3º do art. 5º da Magna Carta. A elevação de tratados e convenções internacionais ao *status* de norma supralegal se deve ao fato de que o referido tratado de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil sem qualquer reserva, estabelece uma ampliação de direitos fundamentais consagrados pela nossa Constituição. Note-se que, ao atribuir caráter supralegal à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, que, repita-se, limita a hipótese de prisão civil apenas ao devedor de alimentos, houve a revogação de toda legislação interna infraconstitucional, que com ele conflite. Assim, em razão do referido posicionamento, acerca da hierarquia supralegal dos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, tem-se entendido não ser cabível a prisão civil do depositário infiel, mesmo nas hipóteses de depósito judicial, em razão da revogação dos dispositivos infraconstitucionais que tratam da matéria. [...] (TJMG. *Habeas Corpus* Cível nº 1.0000.08.484570-0/000, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. em 27.11.2008).

HC. Ação de execução. Depositário infiel. Prisão civil. Nova orientação do STF. Precedentes. - Segundo precedentes recentes do STF, na atualidade, a única hipótese de prisão civil, no Direito Brasileiro, é a do devedor de alimento. Hipótese em que o decreto de prisão foi determinado contra depositário judicial, infiel. (TJMG. *Habeas Corpus* Cível nº 1.0000.09.489549-7/000, Rel. Des. Domigos Coelho, j. em 11.03.2009.)

Mediante tais considerações, concedo a ordem impetrada, tornando definitiva a decisão de f. 23.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e MÁRCIA DE PAOLI BALBINO.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM IMPETRADA.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 257

Embargos à execução - Cessão de crédito - Notificação do devedor - Previsão no art. 294 do Código Civil - Comprovação - Ausência - Inadimplemento contratual - Oponibilidade das exceções pessoais - Legitimidade

Ementa: Embargos à execução. Cessão civil de crédito. Notificação do devedor prevista no art. 294 do CCB/2002. Comprovação. Ausência. Oponibilidade das exceções pessoais fundadas em inadimplemento contratual.

- Incumbe ao cedente o dever de notificar o devedor acerca da cessão civil de seu crédito, sob pena de tornar legítima a oposição das exceções pessoais ao cessionário, nos termos do disposto no art. 294 do CCB/2002.

- Como o embargante deixou de ser notificado da cessão de seu crédito em favor da embargada, mostra-se correto o entendimento que reconheceu a oponibilidade das exceções pessoais fundadas em inadimplemento contratual.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.491815-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Casa dos Parafusos Formiguense Ltda. - Apelado: Márcio Túlio Reis de Carvalho - 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, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, COM OS ACRÉSCIMOS DO REVISOR.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2009. - *Lucas Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCAS PEREIRA - Trata-se de embargos à execução, propostos por Márcio Túlio Reis de Carvalho, em desfavor de Casa dos Parafusos Formiguense Ltda.

O autor afirmou, na inicial, que jamais manteve relações comerciais com a embargada, motivo pelo qual não se justifica a emissão dos cheques exequendos; que firmou contrato de prestação de serviços com o Sr. João Roberto de Menezes e ofereceu os referidos títulos em pagamento; que os serviços contratados deixaram de ser executados e, por isso, os cheques foram sustados; que o Sr. João se utilizou de má-fé ao repassar os cheques para a embargada, motivo pelo qual são inexigíveis.

Em resposta, a embargada argumentou que é lícito o recebimento de cheques por terceiro de boa-fé, independentemente da *causa debendi*.

Ao prolatar a sentença, o Juízo singular consignou que restou demonstrado o recebimento dos cheques pela embargada, sem lastro em venda mercantil correspondente. Acrescentou que a referida atividade de recebimento de crédito não consta do contrato social da embargada. Explicou que "em se tratando de operações de *factoring*, cuja natureza é de cessão de créditos, há que se admitir a oposição de exceções pessoais pelo devedor do título, ainda que o portador esteja de boa-fé". Anotou que o embargante deixou de ser notificado da cessão de seu crédito e, por isso, cumpre admitir as exceções pessoais fundadas no inadimplemento contratual.

Ao final, acolheu os embargos para extinguir a execução e declarar a inexigibilidade dos títulos que a instruem.

Inconformada, a embargada interpôs recurso de apelação. Argumentou que inexiste prova de sua má-fé, por ocasião do recebimento dos títulos e, por isso, cumpre reconhecer a respectiva validade; que o Sr. João Roberto adquiria materiais de construção em nome dos seus clientes; que os cheques foram emitidos ao portador, motivo pelo qual se encontram desvinculados de sua causa originária. Ao final, requer o provimento do recurso, com o fito de reconhecer a validade dos títulos.

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito.

Por entender que a exceção pessoal oposta pelo embargante enseja a inexigibilidade dos cheques exequendos, a MM. Juíza *a quo* acolheu os embargos para julgar extinta a ação executiva.

Realmente, o alegado inadimplemento do contrato que deu causa à emissão dos cheques exequendos é oponível à apelante.

Explicamos.

Consta dos autos que os títulos exequendos foram dados em pagamento do contrato de prestação de serviços firmado entre o embargante e o Sr. João Roberto de Menezes. De acordo com o contrato de f. 10, o valor dos serviços perfazia o montante de R$7.200,00 (sete mil e duzentos reais).

Ocorre que os referidos serviços não foram integralmente executados pelo contratado. Por tal motivo, o embargante cuidou acertadamente de proceder à sustação dos cheques oferecidos em pagamento, coincidentes com os títulos exequendos.

Nesse sentido, confira-se o depoimento do Sr. Márcio Gonçalves Arantes, contratado pelo embargante para dar continuidade aos serviços inacabados:

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 258

> que efetivou serviço de conserto de uma estrutura metálica e colocou corrimão em uma escada; [...]; que, segundo ficou sabendo, o serviço anterior foi realizado por um tal de João; que em cálculo de valor o que foi feito pelo depoente representa mais ou menos a metade do serviço (f. 89).

De acordo com os depoimentos de f. 94, é possível concluir que os títulos executados foram repassados pelo Sr. João Roberto de Menezes ao Sr. Gilmar, preposto da exequente, mediante o pagamento de ágio no valor de 5% (cinco pontos percentuais):

> que conhece o Gilmar da Casa dos Parafusos o pode informar que trata-se de pessoa indônea; que Gilmar troca cheques no comércio da cidade e cobra 5% de juros; que o próprio João Roberto informou ao depoente que havia trocado cheques com Gilmar mediante pagamento de juros de 5%" (f. 94).

> [...] que Gilmar teria trocado o cheque para o serralheiro que se chama João; que na verdade João pegou o serviço para fazer, recebeu os cheques, trocou com Gilmar e não acabou com o serviço, sendo que os cheques foram sustados por este motivo (f. 90)

Pode-se dizer, portanto, que a pessoa contratada pelo embargante deixou de concluir os serviços prestados, e descontou antecipadamente os cheques junto à ré, mediante o pagamento de 5% (cinco pontos percentuais) de juros.

Ora, ao receber os cheques de terceiros sem lastro, em compra e venda mercantil, por meio de operação de *factoring*, a ré adquiriu os direitos oriundos das cártulas mediante cessão civil de crédito. Por tal motivo, pode o devedor lhe opor as exceções pessoais que dispunha contra o credor originário, pois aquele deixou de ser notificado acerca da cessão de seu crédito, nos termos do disposto no art. 294 do CCB/2002.

Dito de outra forma: incumbe ao cedente o dever de notificar o devedor acerca da cessão civil de seu crédito, sob pena de tornar legítima a oposição das exceções pessoais ao cessionário, nos termos do disposto no art. 294 do CCB/2002.

Nesse prisma, confira-se o entendimento do STJ:

> Direito civil. Cessão de crédito. Notificação do devedor. Necessidade de manifestação, por este, das exceções pessoais de que é titular em face do credor primitivo. Art. 1.072 do CC/16 (equivalente ao art. 294 do CC/02). Alcance do dispositivo. Diferenciação entre defesas diretas, por um lado, e exceções processuais, substanciais e pessoais, por outro. Obrigatoriedade de o devedor manifestar, no ato de transferência do crédito, apenas as suas exceções pessoais, compreendidas no seu sentido estrito. Possibilidade de oposição, posteriormente, ao sucessor no crédito, de todas as defesas diretas de que dispunha contra o credor primitivo, não obstante tenha o devedor silenciado no momento da transferência do crédito.
> - No momento em que se dá a transferência de um crédito, o credor primitivo não pode transferir ao sucessor mais do que dispunha naquele momento. Assim, todos os motivos que possivelmente levariam à inexistência do crédito permanecem hígidos, não obstante a transferência. Isso se evidencia pelo fato de a transferência de créditos poder ser promovida com as cláusulas *veritas nominis* e *bonitas nominis*.
> - O art. 1.072 do CC/16 (art. 294 do CC/02), ao dispor sobre a possibilidade de o devedor manifestar suas exceções pessoais no momento em que notificado da transferência do crédito, não estabelece uma obrigação, mas uma faculdade ao devedor. A conseqüência da não manifestação de sua discordância com o ato de transferência somente tem efeito preclusivo quanto às exceções pessoais de que disporia contra o credor primitivo, como é o caso da compensação ou da *exceptio non adimpletis contractus*.
> - Todas as defesas diretas de que dispunha o devedor, que se prendem à existência de seu débito, podem ser opostas judicialmente ao credor sucessor, não obstante o silêncio do devedor no ato de cessão do crédito. [...] (STJ, REsp 780774/SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. em 07.10.2008, *DJe* de 23.10.2008).

No caso dos autos, como o embargante deixou de ser notificado da cessão de seu crédito em favor da embargada, mostra-se correto o entendimento que reconheceu a oponibilidade das exceções pessoais fundadas em inadimplemento contratual, cuja existência restou incisivamente demonstrada nos autos.

Forte em tais razões, nego provimento ao recurso e mantenho inalterada a sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Estou de acordo com o eminente Relator, sendo mesmo o caso de se desprover o apelo aviado.

Julgo necessário, entretanto, ressalvar que, no caso dos autos, a aquisição do título, pela apelante, não se deu através de típico e formal contrato de faturização.

A Lei 9.249/95, em seu art. 15, § 1º, inciso III, alínea *d*, conceitua a operação de *factoring* como sendo a:

> prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

Trata-se de uma relação contratual estabelecida entre a empresa *factor* e a empresa "aderente", por via da qual aquela adquire os créditos que esta detém ou deterá sobre terceiros, seus devedores, a título oneroso, mediante o pagamento de uma remuneração.

Malgrado a recorrente tenha adquirido os títulos do Sr. João Roberto de Menezes - com quem o apelado havia firmado contrato de prestação de serviços - a título oneroso, na medida em que houve um "deságio" de 5%, trata-se de operação isolada, sem ares de continuidade e desprovida das demais características descritas no dispositivo legal supratranscrito.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 259

Não obstante, é indene de dúvidas que o negócio jurídico em questão se assemelhou a uma operação de *factoring*, uma vez que a apelante destinou ao primitivo beneficiário dos cheques, em pagamento, importância 5% inferior ao valor dos títulos.

Waldo Fazzio Júnior, na sua obra *Manual de direito comercial*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 539, anota:

> O *factoring* ou faturização (fomento) é um contrato misto de compra e venda, desconto e cessão de crédito, pelo qual uma empresa vende a outra seu faturamento a prazo, total ou parcial, sem garantir o pagamento dos créditos transferidos, recebendo como preço valor menor que o daqueles, consistindo essa diferença em remuneração da empresa adquirente. Para o faturizado, significa a antecipação de valores de seus créditos; para o faturizador, a compra de ativos por valor inferior.

Analisando detidamente os títulos coligidos à f. 12, do apenso, verifico que eles não foram objeto de endosso, constando terem sido emitidos "ao portador" e entregues ao Sr. João Roberto de Menezes, que, posteriormente, o cedeu à apelante, que ali lançou seu nome, na qualidade de beneficiária.

Não há dúvida, pois, que a transferência dos cheques à recorrente deve ser considerada uma cessão de crédito, razão pela qual é perfeitamente possível ao apelado opor àquela as exceções pessoais que poderia apresentar em face do primitivo credor, por força do que dispõe o art. 294 do CCB/2002.

No caso dos autos, conforme bem destacou o Relator, a prova testemunhal foi clara, no sentido de que o cedente - com quem o apelado havia contratado a prestação de serviços de serralheria (confecção de uma estrutura metálica de 155m^2 e de uma escada com chapa antiderrapante, cf. f. 10) - inadimpliu suas obrigações contratuais, dando azo à sustação dos cheques, cujo pagamento a cessionária não poderá exigir do emitente, a não ser após o cedente adimplir devidamente as obrigações que geraram a emissão do cheque.

Dessarte, não é a notificação do devedor acerca da cessão de crédito que torna legítima a oposição das exceções pessoais ao cessionário, mas a própria cessão civil, diferentemente do que se dá com o endosso cambial. A falta de notificação do devedor acerca da cessão de crédito traz como consequência a validade do eventual pagamento feito ao cedente, primitivo credor, nos termos do art. 292 do Código Civil de 2002.

Tendo sido dita exceção pessoal - repita-se, que guarda relação com o primitivo credor e que ora pode ser analisada, em virtude de terem sido os cheques transmitidos à apelante por meio de cessão de crédito - devidamente comprovada nos autos, impõe-se a confirmação de r. sentença primeva, que julgou procedentes os embargos e declarou a inexigibilidade dos títulos objeto da execução.

Com tais fundamentos, estou acompanhando o eminente Relator, no sentido de negar provimento à apelação.

DES. LUCIANO PINTO - De acordo com o Relator e os acréscimos.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM OS ACRÉSCIMOS DO REVISOR.

...

Exibição de documento - Pedido - Multa - Fixação - Intimação para pagamento - Decisão que apenas impulsiona o processo - Irrecorribilidade

Ementa: Agravo. Pedido de exibição de documentos. Fixação de multa. Intimação para pagamento. Decisão que apenas impulsiona o processo. Irrecorrível. Agravo não conhecido.

- O pronunciamento acerca de uma decisão já proferida, que tem o condão de apenas reafirmá-la, não pode ser entendido como decisão interlocutória por não decidir qualquer questão incidente ao feito. Trata-se de despacho sem cunho decisório, do qual não cabe qualquer recurso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.07.540977-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Banco do Brasil S.A. - Agravado: Sandro Soares de Faria - Relator: DES. SENRA DELGADO

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 SEGUIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de abril de 2009. - *Senra Delgado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SENRA DELGADO - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco do Brasil S.A. contra a decisão do MM. Juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação cautelar ajuizada por Sandro Soares de Faria, deferiu o pedido do autor, para que o agravante fosse intimado a pagar o débito no valor de R$27.000,00 (vinte e sete mil reais),

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 260

tendo em vista que incurso em multa fixada anteriormente, por não ter exibido os extratos solicitados ou comprovação da sua inexistência.

O agravante alega que não fora possível localizar os documentos requeridos pela parte autora e pelo Juízo, embora todo o esforço desprendido. Acrescenta que a ação não deve prosperar porque o autor não comprovou os fatos alegados.

O agravante pugnou pela concessão de efeito suspensivo, ao argumento de que a decisão poderá lhe causar lesão patrimonial grave e de difícil reparação, visto que a exibição dos documentos não pode ser feita sob cominação de multa.

Às f. 155/156, foi deferida a formação do agravo de instrumento, que foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Prestadas informações, o Juiz singular manteve a sua decisão.

Intimado, o agravado apresentou contraminuta (f. 164/171), reiterando apontamentos e refutando os argumentos da agravante, requerendo, ao final, a manutenção da decisão.

Esse é o relatório.

Preliminar de ofício - despacho sem cunho decisório - não conhecimento do recurso.

Em análise apurada dos autos, verifica-se que a irresignação do apelante não é contra uma decisão proferida pelo Juiz, mas sim contra um mero despacho que tem a função de reafirmar uma decisão anteriormente proferida.

O referido despacho não tem o condão de decidir, mas tão somente impulsionar o processo, uma vez que determina o cumprimento de uma decisão já proferida. Não se trata de uma decisão interlocutória, pois o mero despacho não visa decidir qualquer questão incidente no feito.

Por se tratar de uma decisão que apenas impulsiona o processo, esta é irrecorrível conforme dispõe art. 504 do CPC.

Nesse sentido, são os acórdãos abaixo:

> Agravo de instrumento. Não cumprimento de liminar concedida. Ausência de decisão interlocutória. Art. 162, § 2°, do CPC. - Se o despacho impugnado apenas determina o cumprimento de decisão anteriormente proferida referente ao deferimento de pedido cautelar, não há que se falar em decisão interlocutória, mas apenas em mero ato de impulsionamento do processo, que não traz qualquer resolução à questão, não podendo ser combatida pela via do agravo de instrumento. Afastando-se a decisão recorrida do disposto no art. 162, § 2°, do CPC, é incabível a interposição do presente agravo de instrumento. (TJMG - Agravo de Instrumento n° 2.0000.00.421249-5/000(1) - 5ª Câmara Cível - Rel. Des. Armando Freire - j. em 30.10.2003.)

> Ação revisional. Mera reiteração de ordem. Matéria preclusa. Agravo de instrumento. Exibição de documentos. Impossibilidade de exibição não demonstrada. Pena coercitiva. Multa diária. Cumulação com a pena prevista no crime de desobediência. Pessoa jurídica. Impossibilidade. - É irrecorrível o pronunciamento judicial quanto à determinação já definida por decisão anterior, a que se procura dar cumprimento e efetividade. - A multa diária tem a finalidade de obter o efetivo resultado da tutela jurisdicional, podendo, inclusive, ser aplicada independentemente do pedido da parte, a teor do art. 461, § 4°, do CPC. - É descabida a imposição de pena por crime de desobediência em incidente exibitório, sob pena de ocorrência de *bis in idem*, já que para o não cumprimento do comando é assegurada a sanção civil consubstanciada na presunção de veracidade dos fatos, imposta pelo art. 359 do CPC. - V.v.: - É descabida a imposição de multa cominatória por haver, nesse caso, ônus específico previsto para o descumprimento da determinação de exibição, decorrente da presunção de veracidade pelo descumprimento da ordem. (TJMG - Agravo de Instrumento n° 1.0629.06.028044-9/001- 14ª Câmara Cível - Rel. Des. Elias Camilo - j. em 17.01.2008.)

Dessa feita, por ser a insurgência do agravante contra um despacho sem cunho decisório, é que não recebo o recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES e ELPÍDIO DONIZETTI.

Súmula - NEGARAM SEGUIMENTO AO RECURSO.

...

Responsabilidade civil - Serviços do extrajudicial - Oficial registrador de imóveis - Responsabilidade direta e subjetiva - Personalidade e natureza jurídica da atividade - Constituição da República, art. 236, § 1º - Leis 6.015, de 1973, e 8.935, de 1994 - Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - Princípio da legalidade - Qualificação dos títulos - Abrangência e limite - Escritura pública de compra e venda - Falsidade material - Ausência de culpa do oficial registrador - Corretor de imóveis e mandatário do alienante que se beneficia da fraude - Obrigação de exação do negócio intermediado - Responsabilidade civil configurada - Dever de indenizar - Voto vencido

Ementa: Responsabilidade civil. Serviços do extrajudicial. Oficial Registrador de Imóveis. Responsabilidade direta e subjetiva. Personalidade e natureza jurídica da atividade. Constituição da República, art. 236, § 1°. Leis 6.015, de 1973 e 8.935, de 1994. Precedentes do Supremo

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 261

Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Princípio da legalidade. Qualificação dos títulos. Abrangência e limite. Escritura pública de compra e venda. Falsidade material. Ausência de culpa do Oficial Registrador. Corretor de imóveis e mandatário do alienante que se beneficia da fraude. Obrigação de exação do negócio intermediado. Responsabilidade civil configurada. Dever de indenizar. Voto Vencido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0525.01.004107-3/001 - Comarca de Pouso Alegre - Apelantes: 1º) José Luiz de Faria Amaral, 2ºs) Maíse Moreira Miranda e outro, 3º) José Tadeu Pereira de Carvalho - Apelados: José Luiz de Faria Amaral, Maíse Moreira Miranda e outro, José Tadeu Pereira de Carvalho, Antônio José de Castro e outro - Litisconsortes: Francisco Raymundo, Ademar Fioranelli, Luiz Inácio Requejo do Amaral, Benedito Wenceslau da Silva, José Luiz de Faria Amaral - Relatora: DES.ª SELMA MARQUES - Relator para o acórdão: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Selma Marques , na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO, DE OFÍCIO, DECLARAR A ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO LITISDENUNCIADO ADEMAR FIORANELLI, DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO, JULGAR PREJUDICADO O SEGUNDO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO TERCEIRO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO VOGAL, VENCIDA A RELATORA, COM RECOMENDAÇÕES.

Belo Horizonte, 14 de janeiro de 2010. - *Selma Marques* - Relatora vencida. - *Marcelo Rodrigues* - Relator para o acórdão.

Notas taquigráficas

Sessão do dia 30.09.2009.

DES.ª SELMA MARQUES - Cuida-se de apelações interpostas contra a r. sentença de f. 465/472, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Rita Silvério Pereira de Castro e Antônio José de Castro contra José Tadeu Pereira de Carvalho e outros, para

> condenar os requeridos, bem como os denunciados, a indenizar, solidariamente, os autores pelos danos materiais sofridos, no importe de R$26.540 (vinte e seis mil quinhentos e quarenta reais), além dos danos morais fixados em R$4.000,00 (quatro mil reais), os quais serão devidamente corrigidos pela incidência dos juros legais (1% a.m.) a partir da citação, sem prejuízo da correção monetária do período pela Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça. Condeno, ainda, os requeridos, bem como os denunciados, solidariamente, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 15% (quinze) do valor da condenação, devidamente corrigidos.

Às f. 474/486, apela Tabelionato de Registro de Imóveis de Pouso Alegre, suscitando preliminar de carência de ação. No mérito, sustenta que agiu no exercício regular de um direito que lhe atribuiu a lei. Alega que o registro se revestiu de todos os componentes para a sua validade, não havendo erro ou imperfeição na conduta e no serviço dos registradores.

Aduz que eventual ato ilícito se deu por quem falsificou a escritura pública, e não pelo registro.

Por sua vez, f. 492/499, inconformados com a r. sentença, recorrem Maíse Moreira Miranda Swerts e outro, alegando que não podem ser condenados por qualquer ato ilícito, uma vez que, caso tenham reconhecido a firma, o fizeram em vista do sinal público que possuía em cartório. Acrescentam, sustentando que não se encontra nos autos a escritura falsa com a firma reconhecida pela tabeliã ou seu substituto.

Reafirmam que nenhuma responsabilidade cabe à tabeliã ou ao seu substituto pelo ocorrido, e sim ao denunciante que registrou escritura e emitiu a certidão de propriedade do imóvel para os autores da ação.

Em f. 501/504, apela José Tadeu de Pereira Carvalho, sustentando que interveio no negócio de compra e venda como corretor, não tendo qualquer responsabilidade quanto à fraude. Acrescenta, alegando que foi sob a presunção de veracidade do conteúdo do documento público que se lastreou para a segurança do negócio jurídico.

Conheço dos recursos, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Verifica-se dos autos que propuseram os autores contra José Tadeu Pereira de Carvalho e outros ação de indenização por danos morais e materiais, em virtude de terem adquirido imóvel cuja escritura pública de compra e venda teria sido falsificada.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos, o que gerou a insurgência dos apelantes.

Irei analisar as apelações em conjunto, tendo em vista as matérias levantadas.

No caso em exame, nenhum dos apelantes se insurge contra os valores definidos a título de danos morais e materiais. Tentam se eximir do dever indenizatório, todos baseados na ausência de responsabilidade.

Inicialmente, passo à análise da preliminar de carência de ação suscitada pelo primeiro apelante. Sustenta que não tem personalidade jurídica, não podendo compor o polo passivo da presente ação.

Sem razão.

Isso porque, resta claro, que na contestação de f. 102/110, o réu requereu a denunciação à lide do re-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 262

presentante do Tabelionato, legítimo para figurar no polo passivo da presente ação.

Cediço é que o Cartório de Registros Públicos não tem personalidade jurídica e, consequentemente, capacidade de ser parte em juízo, mas seus representantes, a outro turno, detêm legitimidade para tanto.

Sobre a responsabilidade dos oficiais cartorários, dispõe o art. 28 da Lei nº 8.935/94:

> Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

Da mesma forma, a Lei 6.015/73, que regula os registros públicos:

> Art. 28. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

Assim, rejeito a preliminar de carência de ação.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Rejeito.

DES. MARCELO RODRIGUES - Não há dúvida que o litisdenunciante não se houve com a melhor técnica processual ao requerer a denunciação à lide "do Tabelionato de Registro de Imóveis da Comarca de Pouso Alegre". Todavia, dentro de uma percepção contemporânea do processo como ciência instrumental, a meu aviso, essa preliminar não merece prosperar, pautando-me para tanto especialmente na observação de que a citação do litesdenunciado ocorreu, como não poderia deixar de ser, na pessoa do titular daquela delegação registral de nome José Luiz de Faria Amaral, bem como do oficial registrador interino e substituto legal do titular. Outra não é a dicção da Lei dos Notários e Registradores que, em seus art. 3º e 28º, deixa absolutamente claro que a delegação de tais serviços extrajudiciais é feita em favor de uma pessoa natural.

Concordo com a argumentação, segundo a qual o cartório nada mais é do que um lugar, no caso, um local de trabalho, assim como é também o Palácio da Liberdade, o Palácio da Alvorada e o Palácio da Justiça, aqui, da nossa Capital, por exemplo.

Todavia a imperfeição técnica acima apontada restou afastada, pois o ato processual praticado se deu da forma correta, prevista na legislação em vigor.

Nesse ensejo, gostaria apenas de dizer que há também uma segunda impropriedade, segundo a qual não existe no mundo jurídico brasileiro, tabelionato de registro de imóveis, o que há é o serviço de registro de imóveis, restando esta figura jurídica para os serviços notariais e de protesto, de acordo com a mesma Lei 8.935/94.

Por último, recomendo à Turma Julgadora a fim de corrigir o equívoco definitivamente que seja determinado à Sr.ª Escrivã deste cartório a correção da autuação deste recurso, substituindo, onde ali consta a expressão "Tabelionato de Registro de Imóveis" pelo nome da pessoa natural que detém a titulariedade da respectiva delegação, ou seja, José Luiz de Faria Amaral.

DES.ª SELMA MARQUES - Registro que aceito a sugestão do Des. Vogal, recomendando ao cartório que se faça a substituição do nome do 1º apelante, ali consignado, pela pessoa física mencionada.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Também estou de acordo.

DES.ª SELMA MARQUES - Verifica-se dos autos que os autores adquiriram imóvel descrito na inicial, por meio de serviço de corretagem prestado pela imobiliária Tadeu Imóveis. Questionaram ao corretor José Tadeu Pereira e ao próprio Tabelionato de Registros de Imóveis da Comarca de Pouso Alegre acerca da situação do imóvel, tendo recebido resposta positiva de que não constavam quaisquer ônus ou pendências sobre o imóvel a ser vendido.

Após procederem ao registro do imóvel, já promovendo a limpa do terreno para a construção, foram procurados pelo Sr. Roberto Carlos Rodrigues, que informou que era o proprietário do imóvel, apresentando, para tanto, a devida escritura registrada.

Nenhum dos apelantes contesta a falsidade da escritura apresentada pelo vendedor do imóvel, João Carlos Nunes, e atestada pela certidão de f. 66.

Cumpre, portanto, analisar a responsabilidade de cada um para o evento danoso.

Em relação ao titular do cartório de registro de imóveis, tenho que, conforme já analisado na preliminar de carência de ação, detém legitimidade passiva para figurar na presente ação.

Oportuna é a lição do processualista, José Cretella Júnior, a respeito do tema:

> Pela importância de que se revestem, as atividades dos notários e dos oficiais do registro serão reguladas por lei, respondendo civil e criminalmente por ilícitos praticados, no desempenho dessas atividades, independentemente dos danos causados. Se houver dano, dupla é a responsabilidade. (In *Comentários à Constituição de 1988*. Forense Universitária, 1993, v. IX, nº 10, p. 4.616.)

Nesse sentido, reiterada a jurisprudência deste Tribunal:

> Oficial de registro - Responsabilidade objetiva - Dever de indenizar - Lei 8.935/94. [...] Impõe-se aos oficiais de registro e notários o dever de indenizar os prejuízos causados a terceiros, em decorrência do exercício de sua atividade ou

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 263

> dos atos de seus prepostos, por força da Lei 8.935/94 [...] (TJMG, Ap. nº 1.0024.05.655994-1/001, 10ª CC, Rel. Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade, j. em 06.03.2007).

No caso em exame, restou demonstrado que o titular do cartório não agiu de forma prudente ao emitir certidão de f. 43, que deu ensejo à lavratura da escritura de f. 35.

Com a certidão fornecida em f. 43, os autores tinham motivos para acreditar que o real proprietário do imóvel na época era o vendedor, João Carlos Nunes.

Assim, foi realizado o negócio de compra e venda, que provocou a emissão do documento de f. 34, sendo que mais tarde os apelados foram surpreendidos com a notícia de que Roberto Carlos Rodrigues era o verdadeiro proprietário do imóvel por eles adquirido.

Inafastável o erro ocorrido quando da emissão da certidão que levou os autores a acreditarem que o imóvel objeto do negócio era realmente de propriedade do Sr. José Carlos, vez que o responsável pelo cartório deixou de atuar com a diligência necessária ao desempenho de suas funções, emitindo certidão que não era condizente com a verdade em relação à propriedade do imóvel, e a qual por seus dizeres, levou os autores a concluírem o negócio.

Constatada também a impropriedade da conduta do cartório ao registrar a escritura de compra e venda de imóvel cujo vendedor não era o seu proprietário, o que poderia ser facilmente constatado através da análise da matrícula do imóvel.

Cumpre transcrever os arts. 227 e 236 da Lei 6.015/73:

> Art. 227. Todo imóvel objeto de título a ser registrado deve estar matriculado no Livro nº 2 - Registro Geral - obedecido o disposto no art. 176.
> [...]
> Art. 236. Nenhum registro poderá ser feito sem que o imóvel a que se referir esteja matriculado.

Assim, tenho que restou patente a culpa do primeiro apelante, bem como sua responsabilidade em indenizar os autores, tanto pelos danos materiais quanto pelos danos morais sofridos.

Mesmo entendimento se dá em relação aos segundos apelantes, titulares do cartório de notas. Ao reconhecerem a firma de documento do vendedor, sem a verificação de seus pressupostos formais, incorreram em manifesta ilegalidade, o que deflui o nexo entre seu ato e os danos suportados pelos autores.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> Ementa: Indenizatória - Cartório de notas - Assinatura falsa - Autenticação - Oficiais de registro e notários - Responsabilidade objetiva - Dever de reparar - Dano moral - Deferimento - *Quantum* - Critérios para fixação. - O dever de indenizar encontra suas diretrizes no art. 159 do Código Civil de 1916, cuja redação permaneceu praticamente inalterada pelo art. 186 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o qual determina a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem o dever de reparar o dano. *O oficial cartorário que efetua a autenticação de assinatura falsa contribui para a ocorrência de fraude, devendo responder pelos danos morais daí advindos, independentemente de caracterizar-se a culpa do mesmo, em decorrência da responsabilidade objetiva definida no art. 22 da Lei nº 8.935/94, a qual somente pode ser afastada se demonstrada culpa exclusiva da vítima pelo surgimento do evento*. [...] (grifei) (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.03.090248-0/001, 13ª Câmara Cível, Des.ª Eulina do Carmo Almeida, julgado em 28.02.2008.)

Não discrepa a lição trazida por Rui Stoco (*Tratado de responsabilidade civil*. 5 ed. rev., atual. ampl. do livro *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 785), *verbis*:

> Preleciona Caio Mário da Silva Pereira que o Tabelião, ao reconhecer uma firma (e o faz por semelhança), salvo nos casos em que declara ter sido aposta a assinatura em sua presença, responde por não existir o espécime em seus arquivos, ou se ocorrer divergência entre a que consta do documento e a registrada no cartão próprio.

Dessa forma, tenho que também restou comprovada a responsabilidade dos oficiais de cartório de notas, devendo, solidariamente aos demais, conforme decidido na r. sentença, responder pelos danos causados aos autores.

Por fim, cumpre analisar a responsabilidade do corretor de imóveis, ora terceiro apelante.

Sustenta que interveio no negócio de compra e venda como corretor, não tendo qualquer responsabilidade quanto à fraude.

Sem razão.

No caso em exame, a negociação foi intermediada pelo corretor, atuando, inclusive, como procurador do vendedor falsário, conforme se infere de escritura de f. 35.

Citando novamente Rui Stoco (*Tratado de responsabilidade civil*. 6 ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 669), assim trata a questão referente à responsabilidade do corretor de imóveis, trazendo o art. 723 do CC:

> A partir de então o corretor de imóveis, pessoa física ou jurídica, é co-responsável pela exação no negócio. A norma invocada responsabiliza o intermediador por perdas e danos, se não prestar ao cliente todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance acerca da segurança ou risco do negócio e dessa conduta decorrer prejuízo. Significa, por exemplo, que, se a venda por ele intermediada tiver sido feita em fraude à execução, posto que o imóvel já não mais poderia ser negociado, por pesar sobre ele penhora ou quando da venda havia ação de execução e o bem fosse o único

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 264

> patrimônio possível de garantir a dívida, o corretor poderá responder solidariamente com o vendedor se demonstrado que, embora dispondo da informação, não prestou ao cliente os esclarecimentos necessários e sua omissão tiver sido a causa eficiente do prejuízo suportado.

Tenho que o corretor não foi prudente ao intermediar a famigerada venda em discussão. Tanto foi sua disposição para celebração do negócio, conforme se verifica do relato prestado em juízo, f. 369/370 "foi avisado por um amigo, o qual trabalhava na distribuição de frios para o comércio de Pouso Alegre, no sentido de que havia visto num determinado mercadinho um aviso de que uma pessoa estava interessada em vender um terreno; que foi passado para o depoente o telefone daquele interessado na venda do terreno, sendo certo que travou contrato com o mesmo que até marcaram o dia para se encontrarem na imobiliária, o que se concretizou [...]" que chegou a atuar como procurador do vendedor.

O próprio corretor admitiu em seu depoimento que não conhecia o vendedor, ficando sabendo do interesse da venda do imóvel através de um aviso colocado em um "mercadinho". Não obstante, repito, atuou como representante legal do vendedor.

Tentar se eximir da sua responsabilidade chega a beirar as margens da má-fé.

Comprovada, portanto, a sua desídia na intermediação, deverá, assim como os demais, responder pelo evento danoso, conforme bem decidido na r. decisão singular.

Pelo exposto, nego provimento às apelações, mantendo a decisão de 1° grau por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelos respectivos apelantes.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Sr.ª Presidenta, neste caso, estou acompanhando o voto de Vossa Excelência quanto à preliminar de ilegitimidade passiva, que é objeto do cerne do mérito do recurso, ressaltando que, no presente caso, a citação foi dirigida aos oficiais do cartório, que compareceram aos autos, outorgaram procuração, conforme o documento de folhas 118, não havendo, portanto, que se falar em ilegitimidade do denunciado à lide, no presente caso.

DES. MARCELO RODRIGUES - Peço vista.

Sessão do dia 18.11.2009.

DES. PRESIDENTE - Este feito veio adiado da sessão do dia 30.09.09, a pedido do Desembargador Vogal, após rejeitarem a preliminar de carência de ação e negarem provimento a Relatora e o Revisor.

DES. MARCELO RODRIGUES - Gostaria de ratificar que esta preliminar já votei, afastando-a.

Cuida-se de recursos de apelação aviados em razão da sentença que julgou procedente em parte a ação de indenização por danos morais e materiais deflagrada por Rita Silvério Pereira de Castro e Antônio José de Castro em face de José Tadeu Pereira de Carvalho e Tadeu Imóveis que à lide denunciaram o "Tabelionato de Registros de Imóveis e Hipotecas" (*sic*) de Pouso Alegre, que, por sua vez, nas pessoas de José Luiz de Faria Amaral e Luiz Inácio Requejo do Amaral, denunciaram à lide Francisco Raymundo (Tabelião de Notas e Protestos e Registrador de Imóveis, de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Barueri-SP), além de Ademar Fioranelli (Tabelião interventor designado do serviço acima referido), Benedito Venceslau da Silva, Maíse Moreira Miranda Swerts e Luiz Alberto de Miranda (os dois últimos tabeliães substitutos do 1° Serviço Notarial de Pouso Alegre), todos nos autos qualificados.

A eminente Desembargadora Relatora em seu voto negou provimento aos recursos, no que foi acompanhada pelo não menos eminente Desembargador Revisor.

Antes, por unanimidade, esta Turma Julgadora afastou a preliminar de carência de ação agitada pelo "Tabelionato de Registros de Imóveis" (*sic*) de Pouso Alegre, acolhendo, ainda, recomendação deste Vogal.

Nessa condição (Vogal), pedi vista dos autos para melhor exame de toda a matéria.

Eis o meu voto.

* Preliminar de ofício.

* Ilegitimidade passiva *ad causam* do litisdenunciado Ademar Fioranelli.

Após meticuloso exame dos autos, trago à apreciação de meus Pares preliminar de ofício no tocante a matéria de ordem pública, pois relacionada está à presença (*rectius*: à falta) de pressuposto para o legítimo exercício do direito de ação.

No que concerne a Ademar Fionareli, denunciado à lide pelos titular e substituto da delegação do Serviço de Registro de Imóveis de Pouso Alegre em sua contestação, na condição de Tabelião interventor no anexo Serviço Notarial de Barueri-SP, destaco que, segundo comprovado pelos documentos de f. 184 e 185-TJ, o mesmo fora dispensado da função de interventor do Tabelionato de Barueri-SP em 21.5.99, antes, portanto da confecção da suposta escritura que ostenta a data de 18.10.99, sendo patente, a rigor, sua ilegitimidade passiva *ad causam* para figurar na lide secundária neste feito.

Com efeito, além de nomeado pela Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no exercício da função de interventor do referido tabelionato, circunstância que, em princípio e por si só, afastaria sua responsabilidade civil subjetiva no caso em apreço, remanescendo apenas a responsabilidade civil objetiva do poder delegante, no caso o Estado de São

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 265

Paulo (cf. arts. 35, §1°, e 36, §1°, ambos da Lei 8.935, 1994); cumpre observar que o documento público de f. 185-TJ fez cessar o exercício da função em data anterior à da confecção e falsificação material da pública forma.

Assim orienta a doutrina:

> A legitimidade, portanto, está ligada a situação processual - situação legitimante - cujas raízes estão no direito material. Autor e réu são legitimados se inseridos na relação jurídica que constitui o fundamento da pretensão. Essa situação, segundo alguns, destaca-se daquela de direito material, cuja existência ou não será determinada mediante juízo de mérito. A situação legitimante seria jurídico-processual, pois emergente da simples afirmação no processo e equiparada, para fins processuais, à situação de direito material com a qual está conectada [...]
> Há legitimidade se entre as partes e o objeto do processo existir relação de adequação, consubstanciada na possibilidade de o julgamento influir na sua esfera jurídica ou não. Enquanto a noção de 'parte' está ligada exclusivamente à relação processual, a de 'parte legítima' leva em conta a situação substancial (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Em *Efetividade e técnica processual*. Edição de 2006, p. 281/282).

Nesse contexto, constata-se que a relação jurídica discutida nestes autos na denunciação da lide se refere ao litisdenunciante e àquele que à época da confecção da pública forma que originou o R-3 da matrícula 30.236 do SRI de Pouso Alegre era o titular da delegação do Tabelionato de Notas de Barueri-SP. Assim, decerto, nenhuma responsabilidade possui por atos praticados naquela delegação Ademar Fionareli após a cessação das atividades para as quais foi nomeado interventor, o que, sem dúvida, lhe retira a capacidade de ser parte na lide secundária aqui deflagrada.

DES.ª SELMA MARQUES - Não tenho condição de falar sobre isso agora, não. Já votei no mérito, já apreciei todas as preliminares arguidas.

Sessão do dia 14.01.2010.

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 18.11.09, a pedido da Desembargadora Relatora, após rejeitarem preliminar de carência de ação, votaram Relatora e Revisor negando provimento, e o Vogal levantou preliminar de ilegitimidade de Ademar Fioranelli.

DES.ª SELMA MARQUES - Em sessão de julgamento realizada em 18.11.2009, o eminente Des. Vogal, Marcelo Rodrigues, suscitou, de ofício, preliminar de ilegitimidade passiva do litisdenunciado Ademar Fioranelli.

Acompanho o entendimento do ilustre Desembargador, uma vez que comprovado por documentos de f. 184/185 que o litisdenunciado não mais respondia como tabelião interventor do Tabelionato de Barueri/SP desde maio de 1999, sendo a escritura discutida nos presentes autos emitida em 18.10.99, não detendo, pois, legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação.

Assim, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do litisdenunciado Ademar Fioranelli.

Com o acolhimento da presente preliminar, não obstante, meu entendimento pela manutenção da sentença, negando provimento aos três recursos interpostos, deverá haver alteração da parte dispositiva, para que haja a exclusão do litisdenunciado Ademar Fioranelli, permanecendo a obrigação solidária dos demais.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Eu me coloco de acordo com esta preliminar, e a exclusão da parte litisdenunciada indicada.

DES. MARCELO RODRIGUES - Gostaria, primeiramente, de registrar que, nesta oportunidade, recebi memorial subscrito pelos Drs. Narciso Orlandi Neto e Hélio Lobo Júnior, em nome do apelado.

* Mérito.

Até a promulgação da Constituição da República de 1988, os titulares e funcionários dos serviços extrajudiciais eram considerados tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, como servidores públicos em sentido amplo.

Para regulamentar as atividades dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, foi prevista pelo constituinte de 1988 a elaboração de uma lei, consoante o art. 236 da CR, que assim dispõe:

> Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.
> § 1° Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.
> § 2° Lei Federal estabelecerá normais gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.
> § 3° O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção por mais de seis meses.

Estabeleceu-se, então, a partir da Constituição em vigor, polêmica sobre a natureza e alcance da privatização no tocante à gestão dos serviços notariais e de registro, notadamente se os delegados desses serviços eram ou não servidores públicos, alcançando as discussões, entre outros itens relevantes, sobre: *i) responsabilização objetiva ou subjetiva; ii) aposentadoria compulsória por implemento de idade; e iii) sujeição aos crimes que somente podem ser cometidos por funcionário público.*

Após intenso (para dizer o menos) processo legislativo, foi editada a Lei Federal 8.935, de 18.11.1994,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 266

que regulamentou o citado art. 236, dispondo sobre os serviços notariais e de registro. Essa lei introduziu alguma desvinculação estrutural desses serviços em relação ao Poder Público, criando, a meu aviso, um novo estatuto para o notário e o registrador, com total liberdade no gerenciamento financeiro e administrativo desses serviços.

Assim, ao cumprir determinação expressa no §1º do art. 236 da CR, a Lei 8.935, de 1994, definiu a atuação dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos e fixou-lhes a responsabilidade civil e criminal:

Lei 8.935, de 1994:

> Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa de prepostos.
> [...]
> Art. 24. A responsabilidade criminal será individualizada, aplicando-se, no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública.

Anteriormente, o art. 28 da Lei 6.015, de 1973 já havia fixado a responsabilidade subjetiva dos oficiais registradores. O seu texto vem sofrendo constantes incursões legislativas, mas nenhuma alteração ocorreu em relação ao regramento do referido artigo:

Lei 6.015, de 1973:

> Art. 28. [...] os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou por prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

Posteriormente, a Lei 9.492, de 1997, consagrou, mediante o art. 38, a responsabilidade subjetiva dos tabeliães de protesto de títulos, os quais são pessoalmente responsáveis por todos os prejuízos causados, por dolo ou culpa, pelos substitutos designados ou escreventes autorizados, assegurado o direito de regresso:

Lei 9.492, de 1997:

> Art. 38. Os tabeliães de protesto de títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

Afirmar que o art. 22 da Lei 8.935, de 1994, elegeu a responsabilidade objetiva dos notários e registradores, após a análise conjunta da legislação citada, é afrontar o princípio da isonomia. Na verdade, o art. 22 da Lei 8.935 regulou a responsabilidade subjetiva, porém *direta*, frise-se, desses titulares e, assim dispondo, inovou, mas apenas para atribuir legitimação extraordinária a esses profissionais, ou seja, para que eles figurem no polo passivo das ações indenizatórias demandadas por terceiros, lesados por atos praticados nos respectivos serviços, por seus prepostos. Essa norma assegura-lhes a denunciação da lide aos presumíveis causadores do dano, mediante perquirição do elemento subjetivo configurado no dolo ou na culpa.

Lado outro, não se aplica aos notários e registradores o preceito contido no art. 37, § 6º, da CR, exatamente por não se tratar a atividade por eles desempenhada de serviço público de ordem material da Administração direta ou indireta. Trata-se de atividade pública atípica, com regramento próprio. Isso é tão correto que o § 1º do art. 236 da Constituição da República remeteu à lei ordinária a regulação da disciplina e da responsabilidade civil e criminal. Por isso, uma das razões da Lei 8.935, de 1994.

Outra fosse a intenção do legislador constituinte, não consignaria expressamente no art. 236 da CR o seguinte parágrafo:

> Lei regulará as atividades, *disciplinará a responsabilidade civil* e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário (grifei).

Nesse sentido, também invoco o abalizado pensamento do Desembargador e ex-Corregedor-Geral de Justiça gaúcho Décio Erpen, para quem, perfilhando-se a outros nomes de peso:

> O texto constitucional deixa claro que o regime jurídico da responsabilidade não é similar às pessoas jurídicas do direito público ou privado.
> O princípio normativo que rege a responsabilidade da Administração Pública, contido no art. 37,§ 6, da CF , que prevê dupla hipótese: a) - *a responsabilidade objetiva* da Administração, adotada a teoria do risco social, e; b) - *a responsabilidade subjetiva* de seus agentes, assegurado o direito de regresso.
> A teoria do risco, inserida na Carta de 67, encontrou fundamento no princípio do equilíbrio econômico e patrimonial, inspirado na idéia da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. A culpa administrativa decorre da falta anônima do serviço, independente da perquirição da falta do agente. Isso acontece, ou por equívoco na programação, ou pelo mau funcionamento, ou pelo não-funcionamento, ou pelo tardio funcionamento do serviço.
> Prefiro sintetizar a abrangência da responsabilidade, para dizer que ela existe por deficiência, - a) - *na programação* dos serviços; b) ou *em sua execução*.
> Hoje, a tese que sustenta a responsabilidade da Administração não merece maiores perquirições diante da clareza do texto. Não há margem para interpretações outras.
> No plano da legislação ordinária e restrito à responsabilidade dos Notários e Registradores, invoco o art. 22 da Lei 8.935/94, que tem a seguinte redação:
> 'Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.'
> O menos avisado pode sustentar que o legislador, ao definir a responsabilidade do Oficial ou Tabelião, teria adotado a responsabilidade objetiva; já no direito de regresso, aí sim, só seria possível na eventualidade da responsabilidade subjetiva do preposto.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 267

> Tal premissa não é correta porque prevê a prática de atos de parte do titular e dos prepostos, igualando-os, o que não ocorre no art. 37, § 6º, da CF. Ademais, alude expressamente '[...] na prática de atos próprios da serventia', supondo, indiscutivelmente, atos equivocados omissivos ou comissivos. A previsão expressa do direito de regresso seria perfeitamente dispensável e adviria da regra geral do regime da responsabilidade que o sistema jurídico adota. No caso de responsabilidade das pessoas de direito público, atribui-se diretamente à Administração, pela teoria da responsabilidade objetiva e o direito de regresso no caso de dolo ou culpa. O mesmo princípio não se aplica, pois, aos notários e registradores.
>
> Não consigo encontrar supedâneo jurídico para responsabilizar o notário ou o registrador, que agiu rigorosamente dentro do estrito dever legal, em cumprindo a lei ou ato normativo superior, e se seu ato vier a causar prejuízo a outrem. Ele não responde pelas falhas do sistema que ele não erigiu. Quando ele assumiu sua função, prestou juramento de cumprir a lei e as normas emanadas por seus superiores. Pelo seu fiel cumprimento não pode responder por eventual lesão causada a outrem. A prevalecer a tese da responsabilidade objetiva da atividade, chegaríamos a este extremo. Deve-se perquirir, caso a caso, se a falha adveio em razão do mau desempenho ou da falta de cuidados. Isso importa em presumir o dolo ou a culpa (imperícia, imprudência ou negligência). E, quando se aplica a responsabilidade objetiva, tal exame inexiste.
>
> Como na responsabilidade objetiva não se analisa, para fins de incidência, se houve má programação ou má execução dos serviços, os Notários e Registradores, no caso de ausência do elemento subjetivo na fase de execução, seriam responsabilizados pela má programação dos serviços, e na qual não intervieram. E, para qualificar os serviços, o único vetor é a lei (por extensão os atos normativos que se inspiram nela). Se proclamarmos que inexiste responsabilidade pelas falhas do sistema, mas somente pela má execução da atividade, estaremos afastando a teoria objetiva (ou do risco). (Em Da responsabilidade civil e do limite de idade para aposentadoria compulsória dos notários e registradores, *IRIB*, Porto Alegre, 7 de julho de 1999).

Ademais, tem-se que o § 6º do art. 37 da CR se aplica apenas e tão somente às pessoas jurídicas, de direito público ou privado. E, nesse aspecto, sabemos todos que o serviço extrajudicial, as delegações de que cuidam as Leis 8.935, 6.015 e 9.492, não são pessoas jurídicas e a elas não se equiparam. Não se trata de empresa. A afirmação torna-se inequívoca pela análise da relação jurídica existente entre o titular do serviço e o Estado ou mesmo porque sua organização é regulada por lei e os serviços prestados ficam sujeitos ao controle e fiscalização do Poder Judiciário. Ainda, o Serviço (ou "Cartório") não tem capacidade processual, não tem patrimônio, não tem personalidade jurídica (trata-se apenas de um lugar, local de trabalho), a qual só se adquire com o registro dos atos constitutivos na Junta Comercial ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, de acordo com o Código Civil (arts. 44 e 45). A esse propósito, chamo atenção que a letra h, item 1 da Guia do Contribuinte - Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ adverte: serviços notariais e registrais não são caracterizados como pessoa jurídica.

É certo que a consciência jurídico-social conduz à evolução do ordenamento jurídico para a adoção da responsabilidade sem culpa, todavia não se pode ignorar também que estamos ainda um pouco longe da chamada socialização dos encargos como tutela integral e meio de estabelecer o equilíbrio e a isonomia entre os direitos contrapostos.

Lembra, a respeito, Rui Stoco:

> A responsabilidade civil do Estado sustenta-se na teoria objetiva ou sem culpa, por expressa revisão da Constituição da República e, com relação aos direitos do consumidor - expressos no Código de Defesa do Consumidor -, prevalece a responsabilidade objetiva. Do que se conclui que a responsabilidade sem culpa e decorrente de ato lícito do agente causador do dano encontra guarida em nosso Direito apenas quando decorra de autorização expressa em lei.
>
> A teoria da responsabilidade civil funda-se e ancora-se na teoria da culpa (CC, 159), como antes afirmado, impondo-se a reparação quando a lesão decorra do ato ilícito.
>
> O ato ilícito, por sua vez, tem como atributos caracterizadores a antijuridicidade e a culpabilidade, ou seja, traduz ação ou omissão contra a lei, intencional (dolo) ou culposa. Desse modo, apenas quando a lei expressamente preveja a possibilidade da responsabilização objetiva, com fundamento na teoria do risco, é que se poderá admitir a indenização do dano decorrente de ato lícito. (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: RT, 1977, p. 70 e 405).

Acrescenta o mesmo articulista:

> Não se estabeleceu a responsabilidade objetiva dos notários e registradores. Apenas e tão-somente estabeleceu-se uma cadeia de direitos de regresso, de modo que, condenado o Estado, exsurge a obrigação de exigir do titular da serventia aquilo que pagou. Como, ao contrário do titular, os demais funcionários ou prepostos do cartório submetem-se ao regime privado, assegurou-se àquele o direito de regresso contra o funcionário causador direto do dano a terceiro, e nada mais [...]. Do que se conclui que o citado art. 22 da lei em comento harmoniza-se com a Carta Magna que a precede e, portanto, como não poderia deixar de ser, acolheu, à sua imagem, a teoria da responsabilidade subjetiva ou com culpa dos agentes da Administração Pública quando, nessa qualidade, causarem danos a terceiros [...]. Em resumo, segundo as considerações acima expendidas, podemos concluir que:
>
> a) Os Notários e Registradores, titulares de serventias extrajudiciais, sob a vigência da Lei 8.935/94, devem ser considerados 'agentes públicos', equiparados, pois, aos servidores públicos típicos;
>
> b) O Poder Público responderá objetivamente pelos danos que os titulares das serventias extrajudiciais, enumerados no art. 5º da Lei 8.935/94, ou seus prepostos, nessa qualidade, causarem a terceiros;
>
> c) Nos termos do art. 22 dessa Lei e do § 6º do art. 37 da CF/88, os Notários e Registradores responderão, por via de regresso, perante o Poder Público, pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, nos casos de dolo ou

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 268

> culpa, assegurando-se-lhes o direito de ação regressiva em face do funcionário causador direito do prejuízo;
> d) Nada impede, contudo, que o prejudicado ajuíze a ação direitamente contra o titular do Cartório, desde que se disponha a provar-lhe a culpa (*lato sensu*), posto que, contra o Estado, tal seria dispensado, bastando a demonstração do nexo de causalidade e do dano [...] (Da Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores, artigo publicado na revista *Coad - Seleções Jurídicas*, 08/95, p. 31/39).

Tem-se, então, sem dúvida, que o titular da delegação do extrajudicial responde civil e criminalmente pelos danos que, por culpa ou dolo, causar a terceiros, podendo ser demandado diretamente ou não.

> Não se pode olvidar, contudo, que a Lei 8.935, de 18.11.1994, que regulamenta o art. 236 da CF, disciplinou a responsabilidade civil e criminal dos Notários, Oficiais de Registro, Tabeliães e de seus prepostos [...]. Por essa regulamentação, o Estado responde pelos danos que esses notários, oficiais e seus prepostos, nessa qualidade, causarem a terceiros [...]. Se a ação se voltar contra a pessoa natural do delegatário por força de exercício do direito de regresso por parte da Fazenda Pública ou por ação direta do lesado, ou contra o empregado do Serviço, causador imediato do dano a terceiro, por força do direito de regresso exercido pelo titular do cartório, só por dolo ou culpa se poderá responsabilizá-los. (Rui Stoco, *op. cit.*, p. 70 e 405.)

Nesse descortino, com a devida e necessária vênia dos eminentes Relatora e Revisor, não há que se falar em responsabilidade civil objetiva no caso em tela, na medida em que a litisdenunciação foi deflagrada não em face do Estado que delegou a atividade do Serviço de Registro de Imóveis de Pouso Alegre (cf. f. 104-105, 116 e 117-TJ), mas sim, diversamente, perante o próprio titular dessa delegação, como pessoa natural, conforme inclusive confirmado por esta Turma Julgadora ao afastar a preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva do "Tabelionato de Registro de Imóveis de Pouso Alegre" (*sic*).

É o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça que pacificaram tal entendimento (RE 116662-PR, RE 99214-RJ, RE 209354 AGR/PR, REsp 481939, REsp 2002/0166408-4, etc.).

Nessas circunstâncias, imperioso, por suposto, proceder à análise dos elementos que, referidos como essenciais, informam a etiologia da responsabilidade civil subjetiva, pois, com a devida e necessária vênia, não possui tal responsabilidade índole objetiva.

Os arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002 prevêem, basicamente, que aquele que comete ato ilícito fica obrigado a reparar o dano. Assim o fazia igualmente o Código de 1916 (art. 159). Mas, para que se reconheça esse dever indenizatório, é necessária a concorrência de três fatores: ato ilícito nas modalidades culposa (imprudência, imperícia ou negligência) ou dolosa, dano e *nexo de causalidade*. E, neste contexto, o ato ilícito subjetivo caracterizado como imperativo categórico e de onde se extrai o elemento culpa para aferir sobre a indenização ou não do dano, de fato, não se mostrou evidenciado no caso dos autos.

Veja-se.

A certidão de f. 43-TJ atesta, pura e simplesmente, uma verdade formal constante do livro de registro de nº 2. Com efeito, consta da matrícula 30.236 que o imóvel a que diz respeito foi adquirido por João Carlos Nunes, ali qualificado, com base em traslado de *pública forma* lavrada em Notas do Tabelionato de Barueri-SP em data de 18.10.99, observados os princípios normativos que informam os registros públicos.

Lado outro, analisando-se a escritura pública que encerra a alienação do bem imóvel de João Carlos Nunes aos autores, aqui apelados (f. 35 e 35-v.-TJ), conclui-se também que se trata de título formalmente perfeito, sem qualquer mácula aparente e que ostenta todos os requisitos legais extrínsecos de validade. E, segundo consta, ao menos não há qualquer informação em sentido contrário nos autos, restaram devidamente observados no processo de registro desse título os princípios públicos da continuidade e especialidade, base sobre a qual se apoia a confiança da população no sistema.

Note-se que, no exercício da função qualificadora - *poder* atribuído e, ao mesmo tempo, *dever* imposto por lei -, compete ao registrador formular exigências frente a títulos irregulares, incluindo os judiciais (arts. 198 e 225 da Lei 6.015, de 1973), examinando-os à luz *dos princípios normativos do registro público*, notadamente se atendem às exigências legais quanto aos requisitos para a enunciação matricial do imóvel e ou para assento registral (art. 176 da mesma lei), ou se contém ocorrências que alterem os registros (art. 246, idem), além das imposições decorrentes das legislações tributária e previdenciária. E, além das nulidades absolutas de direito, é só.

O exame formal dos títulos se circunscreve, em linhas gerais, aos planos da legalidade das formas extrínsecas e da validade, própria dos negócios jurídicos, e à concordância de seu conteúdo com os assentos registrais, cabendo ao registrador examiná-los à luz dos princípios normativos dos registros públicos, bem como das imposições das legislações tributária e previdenciária, sob pena de responsabilidade civil, criminal e funcional. Nada mais.

É o insubstituível Afrânio de Carvalho quem, a respeito, ensina:

> O exame da legalidade do título recai, portanto, quer sobre o aspecto de sua aptidão para mudar o direito real, inclusive o seu relacionamento com o registro, quer sobre o aspecto da idoneidade da sua forma extrínseca. Como a legalidade é aferida em vista tão-somente do que o título mostra em sua face, a passagem pelo exame não impede que às vezes ele

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 269

> se revele mais tarde um sepulcro caiado devido à presença de vícios internos, invisíveis ou imperceptíveis à simples inspeção ou leitura do documento (em *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 231, 1997).

Cogita-se que os requisitos legais extrínsecos foram preenchidos pelo traslado do Serviço Notarial de Barueri-SP, através do qual se operou a mutação jurídico-real em nome de João Carlos Nunes (R.-3- mat. 30.236). Em reforço a essa assertiva, destaco a certidão da matrícula do imóvel (f. 83/84-TJ), que preserva a continuidade formal da cadeia dominial e cumpre com a especialização objetiva e subjetiva. Frise-se que sequer cópia desse traslado há nos autos. Como se sabe, trata o traslado da primeira cópia, integral e fiel da escritura pública, extraída com a mesma data. Admite meio reprográfico, certificando-se a fidelidade da cópia ao original (Dec.-lei 2.148, de 25.4.1940, art. 2º c/c art. 365 do CPC). E, como tal, após registrado, é devolvido ao apresentante e interessado no registro (art. 193 da Lei 6.015, de 1973) (apenas o título de origem particular fica arquivado no serviço de registro de imóveis: art. 194 da Lei 6.015, de 1973) , no caso concreto exatamente a pessoa de João Carlos Nunes (qualificação e endereço completos constam às f. 40 e 45-TJ), a qual, por sinal, estranhamente não foi incluída nem na demanda principal, nem nas secundárias. Não é lógico, nem razoável, exigir do registrador - assim como não se exige do magistrado - *expertise* e dever funcional para avaliar e detectar falsidade. E, mesmo quanto à falsidade material, que consiste, no conceito de Manzini "na dolosa imitação operada mediante a formação total ou parcial de um documento falso ou com a alteração de um verdadeiro" (*Tratt. di dir. penale*, vol. VI, n. 2.091, p. 406, ed. 1935), em muitos casos, quando bem elaborada, foge ao conhecimento comum, mesmo do profissional do Direito, sua constatação de plano. Nesse ponto, cumpre destacar que a falsidade, via de regra, é causa estranha à atividade do registrador, pois a ele não se atribui o dever de qualificar as partes e velar para que sejam quem realmente dizem e demonstrem quem são. Essa já é função do tabelião de notas e mesmo de quem recebe para intermediar e aproximar os interessados na compra e venda.

Daí por que não prospera exigir do registrador, algo denominado como "dever especial de vigilância na produção falsa", já que a lei, por óbvio, não lhe comina tal responsabilidade.

À guisa de ilustração - pois o entendimento a respeito é absolutamente predominante na jurisprudência nacional -, o Conselho Superior da Magistratura do TJSP de há muito assentou orientação no sentido de que o exame formal que precede à qualificação registrária circunscreve-se, em linhas gerais, ao plano da legalidade das formas extrínsecas dos títulos e documentos exibidos e ainda ao plano da validade, próprio dos negócios jurídicos, e à concordância de seu conteúdo com os assentos registrais, acaso existentes, não se referindo tal exame "aos elementos internos do contrato (vícios de vontade e condições intrínsecas)" (*RDI* 06/113).

Lembro que o princípio da legalidade (arts. 5º, II, e 37, *caput*, da CR, c/c arts. 156 e 198 da Lei 6.015, 1973) é sim fruto da submissão do Estado de Direito à lei, mas, antes, é o fundamento que o qualifica e lhe dá identidade própria. É proposição básica, fundamental e elemento essencial da comunidade. Orienta o comportamento e a atuação de todas as pessoas, órgãos e entidades, públicas e privadas, o que inclui, naturalmente, a Administração Pública, que só pode ser exercida na conformidade da lei [...] Nem mais, nem menos.

Nestes termos,

> O princípio da legalidade impõe que o agente público observe, fielmente, todos os requisitos expressos na lei como da essência do ato vinculado. O seu poder administrativo restringe-se, em tais casos, ao de praticar o ato, mas de o praticar com todas as minúcias especificadas na lei. Omitindo-as ou diversificando-as na sua substância, nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicados, o ato é inválido (MEIRELLES, Hely L. *Direito administrativo brasileiro*, p. 78 e 96).

No tocante ao oficial registrador, na condição de delegatário de atividade pública, é patente que fica sujeito ao princípio da legalidade no exercício de todas as suas funções na medida em que sua atuação está inserida no âmbito da administração pública de interesses privados, submetendo-se às normas de ordem pública que lhe atribuem poderes e impõem deveres. E é essa mesma norma legal que atribui e delimita as funções do registrador imobiliário, fixando a sua atribuição em razão da matéria e da circunscrição territorial em que atua.

A esse respeito, salutar verificar o que dizem os art. 12 e 30 (I a XIV) da Lei 8.935, de 1994.

E, no que concerne ao oficial registrador de Pouso Alegre, subsumindo a norma ao caso concreto, não se extrai o pressuposto da culpa em nenhuma de suas modalidades (menos ainda o dolo), desfigurando o suposto ato ilícito e, por consequência, o dever de indenizar, por absoluta inexistência do nexo de causalidade. Pois, mesmo que haja culpa e dano, não existe a obrigação de reparar se entre ambos não se estabelecer a relação causal. E tal prova, sublinhe-se, é do autor ou do litisdenunciante que aqui não cumpriram produzi-la.

Assim, imperioso reconhecer a improcedência da

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 270

denunciação da lide formulada por Tadeu Imóveis e José Tadeu Pereira de Carvalho em face, na verdade, dos responsáveis da delegação do Serviço de Registro de Imóveis de Pouso Alegre, José Luiz de Faria Amaral e Luiz Inácio Requejo do Amaral, restando prejudicadas as denunciações sucessivas de Maíse Moreira Miranda Swerts, Luiz Alberto de Miranda, Francisco Raymundo e Ademar Fionarelli, pela ordem, bem como o recurso de apelação de f. 492/499-TJ.

Forte em tais fundamentos, dou provimento ao recurso de f. 474/486-TJ e julgo, por consequência, prejudicado o recurso de f. 492/499-TJ.

No tocante ao recurso de José Tadeu de Pereira Carvalho (f. 501/504-TJ), outra é a conclusão a que cheguei.

Conforme inequivocamente apurado, a pública forma supostamente lavrada em Notas do Tabelionato de Barueri-SP, em data indicada de 18.10.99, através da qual se deu a alienação do imóvel situado no lote 16, quadra 11, do loteamento denominado "Nova Pouso Alegre", na Rua Anísio de Paiva, 133, Pouso Alegre-MG, em nome de João Carlos Nunes, inexistiu, daí decorrendo que o seu traslado é falso (cf. f. 66 e 177-TJ), gerando tal título, nulo de pleno direito, dois registros igualmente nulos de pleno direito - R-3 e R-4 da matrícula 30.236 do SRI de Pouso Alegre -, ainda que por circunstâncias estranhas à atividade - e responsabilidade - do registrador.

Conforme se infere dos autos, fato inclusive destacado no voto da em. Desembargadora Relatora, a negociação que culminou na aquisição do imóvel pelos autores, aqui apelados, foi não só intermediada pelo corretor, ora apelante, mas alcançada, sobretudo, com sua destacada atuação como procurador do alienante falsário (cf. f. 35 e 35-v.-TJ).

O corretor de imóveis, por si só, já assume responsabilidade pela exação do negócio que intermedeia (art. 723 CC). Essa responsabilidade aumenta quando se traveste de procurador de suposto alienante domiciliado em outro Estado da Federação, a quem anteriormente não conhecia e, desprovido de maiores cautelas, assume tratar-se da pessoa que dizia ser. Foi além o aqui apelante do que se exige e é usual em sua atividade profissional; e, ao fazê-lo, assumiu o risco de garantir que o mandante fosse realmente quem dizia ser.

Note-se que a falsidade aqui constatada se originou em título inexistente, ou seja, sequer o livro de notas em que anunciada a pública forma de compra e venda que origem deu ao R-3 da matrícula 30.236 existia (cf. certidão de f. 66 e 177-TJ). Essa diligência, buscada pela outra vítima da fraude, Roberto Carlos Rodrigues (R.-2-30.236), segundo consta dos autos, não foi tomada pelo aqui apelante. Daí resulta que tal omissão ou negligência aumentou seu risco, especialmente na condição de mandatário de quem antes não conhecia e não buscou informar-se quem era o mandante, por ele voluntariamente assumida.

Observadas a ação e a omissão culposas, o dano e o liame de causalidade que os cercam, tenho por configurada sua responsabilidade civil, razão pela qual nego provimento a esse recurso.

Por último, como necessária e indispensável providência profilática, atento a que, por expressa disposição legal, "O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido" (art. 252 da Lei 6.015, de 1973), a fim de eliminar germe de futuras demandas e o faço com respaldo no disposto no art. 214 da Lei dos Registros Públicos, de sorte que se trata de registro nulo de pleno direito (nulidade absoluta), determino a expedição de mandado de averbação para cancelamento dos R-3 e R-4 da matrícula 30.236 do Serviço de Registro de Imóveis de Pouso Alegre (nulidade do título causal, decorrendo, de forma oblíqua, a nulidade do seu respectivo registro, que não é atingido diretamente, mas sim como consequência da invalidação do título que lhe serviu de fundamento).

Em relação aos apelantes José Luiz de Faria Amaral e Luiz Inácio Requejo do Amaral, inverto os ônus da sucumbência, respondendo ainda os mesmos pelas custas do processo e honorários advocatícios de sucumbência, que fixo em 10% sobre o valor da condenação relativamente às partes da demanda secundária.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Agradeço o memorial a mim encaminhado pelos advogados do apelado.

Sr.ª Presidente, pela ordem.

Procedi, hoje, à devolução dos autos, movido, inclusive, pela remessa do voto do Desembargador Marcelo Rodrigues, no trato do mérito.

Debrucei-me, esta semana, novamente, sobre todo o teor deste processo e, muito embora, tenha adiantado o meu voto sobre o mérito, na sessão anterior, acompanhando Vossa Excelência, eu gostaria de pedir vênia a Vossa Excelência e, também, ao Desembargador Marcelo Rodrigues, para me reposicionar com relação ao voto de mérito que proferi na sessão anterior e aderir, integralmente, ao voto do Desembargador Marcelo Rodrigues.

Procedi à leitura didática de Sua Excelência, que sempre teve afeto a esta matéria, mas, sob a ótica, também, do Direito Privado, em que se baseou a pretensão inicial do processo, demovi-me dos argumentos e da convicção anterior e gostaria, então, de me reposicionar, adotando a decisão integral do voto do Desembargador Marcelo Rodrigues, inclusive quanto ao mérito, nas condenações e nos direcionamentos das condenações que propôs Vossa Excelência.

Com isso, peço vênia para rogar a Vossa Excelência as mais respeitosas vênias, mas, para me reposicionar e aderir ao voto do Desembargador Marcelo Rodrigues.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 271

DES.ª SELMA MARQUES - Mantenho a minha posição do mérito, que é negar provimento, e aceito a sugestão do eminente Des. Vogal, assim, como fez o eminente Des. Revisor.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO, DE OFÍCIO, DECLARARAM A ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO LITISDENUNCIADO ADEMAR FIORANELLI; DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO; JULGARAM PREJUDICADO O SEGUNDO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO TERCEIRO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO VOGAL, VENCIDA A RELATORA, COM RECOMENDAÇÕES.

...

Ação civil pública - Licitação - Convite - Critérios - Número mínimo de convidados - Preenchimento - Regularidade do procedimento administrativo

Ementa: A Lei nº 8.666/93 - Lei de Licitações - não exige, em seu art. 22, III, § 3º, que o mínimo de 3 (três) concorrentes a serem convidados para a licitação sejam locais ou regionais.

- É preciso refutar o entendimento de que, pelo só fato de ter o dinheiro saído dos cofres públicos, este foi lesado, pois, na realidade, o que representa prejuízo, dano à Administração Pública, é o pagamento de preço superior ao de mercado, e não o pagamento de preço justo por serviço efetivamente prestado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0460.06.021854-8/006 - Comarca de Ouro Fino - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas de Gerais - Apelados: Município de Ouro Fino; Luiz Carlos Maciel, Prefeito Municipal de Ouro Fino; Gazeta Ouro Fino Ltda. - 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, 5 de maio de 2009. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral pela apelada, Gazeta Ouro Fino Ltda., o Dr. Octávio Miranda Junqueira.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Presentes os pressupostos próprios exigidos, conheço do recurso.

Cuidam os autos de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do Município de Ouro Fino, do Prefeito Municipal local, Sr. Luiz Carlos Maciel, e da empresa Gazeta Ouro Fino Ltda., em que o autor argumenta que, por ocasião da Licitação nº 19/2005, modalidade Convite nº 14/2005, restou frustrado o disposto nos arts. 22, § 3º, e 41, ambos da Lei nº 8.666/93, além dos princípios da licitação, da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório, da competitividade e do formalismo procedimental, estes constitucionalmente previstos.

Isso, segundo a tese ministerial, porque, para dar ares de legalidade ao procedimento, a Administração pública municipal expediu carta convite a 3 (três) empresas, sendo que apenas 2 (duas) delas ourofinenses, de modo que a terceira convidada, por ser de grande porte e estar sediada em São Paulo/SP, no caso a empresa Folha da Manhã S.A., "proprietária dos jornais *Folha de São Paulo* e *Agora São Paulo*" (f. 04), obviamente não iria "se interessar em participar de tal licitação", até porque "seu objeto é a 'prestação de serviços de atos oficiais do Governo de Ouro Fino em jornal de circulação local ou regional'" (f. 05), como exigido pelo art. 102 da LOM.

A meu ver, sem qualquer razão o recorrente.

Licitação, segundo a sempre oportuna lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, é

> o procedimento administrativo através do qual a pessoa ou ente juridicamente obrigado seleciona, em razão de critérios previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse (in *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo. Malheiros, 2006, p. 503).

Entre nós, a Lei nº 8.666/93 se presta a regular esse procedimento e, para tanto, já em seu art. 1°, parágrafo único, estatui que suas normas se aplicam aos três Poderes e que a ela estão sujeitos os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios; e também Câmara de Vereadores, Assembléias Legislativas, Câmara dos Deputados Federais, Senado Federal; entidades do Poder Judiciário e Tribunal de Contas.

Cabe realçar, ainda, que o processo de licitação deve seguir, fidedignamente, tanto os princípios previstos no art. 37 da CF quanto aqueles específicos elencados no art. 3º da lei de regência.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 272

No caso, dentre as diversas modalidades de licitação, interessa-nos o convite, que, consoante o disciplinado no art. 22, III, § 3º, da Lei nº 8.666/93,

> é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual fixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Pois bem, na espécie, é fato incontroverso que a Administração pública municipal convidou 3 (três) empresas para concorrerem ao certame, quais sejam a vencedora - Gazeta de Ouro Fino Ltda.; aquela que veio a ser inabilitada - Estilo Propaganda e Marketing Ltda. - e, ainda, a paulista Folha da Manhã S.A.

Ao assim proceder, a meu juízo, o Poder Público municipal satisfez plenamente a exigência do número mínimo de interessados convidados, até porque, se me apresenta absurdo o entendimento externado pelo ora apelante no sentido de que as 3 (três) empresas licitantes deveriam ser locais ou da região.

Afaste-se, porque descabido, esse entendimento.

Ao se interpretar a vontade do legislador, é preciso que o exegeta o faça de maneira isenta e sem paixões; e, no caso, a pretensão ministerial de que se conjugue o disposto no art. 102 da LOM com o previsto no art. 22, III, § 3º, da Lei nº 8.666/93 para se entender que o mínimo de 3 (três) concorrentes a serem convidadas deveriam ser locais ou da região é, no mínimo, absurda.

Note-se que, em momento algum, nem a LOM nem a Lei de Licitações disciplinam nesse sentido, daí por que a tese ministerial não passa de verdadeira "criação legal", o que é inadmissível, *data venia*, uma vez que ao intérprete não é dado ir além do que o legislador quis disciplinar. Sim, porque, na visão do recorrente, aplica-se parte do disposto na Lei de Licitações, e parte do que prescreve a LOM, ou, noutras palavras, na visão ministerial, haveria necessidade de serem convidados no mínimo 3 (três) concorrentes (como previsto na Lei de Licitações) e estes devem ser locais ou regionais (como ditado na LOM), regra esta inexistente e, portanto, inexigível.

O legislador municipal, ao fazer constar do art. 102 da LOM que a veiculação oficial dos atos oficiais do governo se faça em jornal local ou regional teve a intenção única de propiciar que a publicidade atingisse a sua finalidade, ou seja, que efetivamente chegasse ao conhecimento dos munícipes locais, o que não ocorreria, por certo, se publicados em periódicos que ali não têm circulação.

No entanto, embora devam as publicações ser realizadas em jornais locais ou regionais, não é de se exigir que somente concorrentes locais ou regionais sejam convidados a disputar o contrato, mesmo porque nada impede que uma empresa não local ou não regional participe do certame, concorra, vença e preste, ainda que por intermédio de terceiros, o serviço ajustado.

Dessa forma, porque absolutamente inconsistente a tese ministerial que, frise-se, cria, gera uma norma legal inexistente em nosso ordenamento jurídico, é que não a acolho.

De mais a mais, a regra atinente ao número mínimo de concorrentes convidados é relativa, tanto assim que o § 7º do art. 22 citado permite que, em hipóteses especiais, desde que devidamente justificado, sejam menos de 3 (três) os licitantes na modalidade convite.

Outro aspecto a ser considerado é que, no caso, não se comprovou, em momento algum, qualquer dano ao erário municipal, muito embora tenha alegado o apelante, na inicial, que "o erário experimentou efetivo prejuízo porquanto subtraído da oportunidade de selecionar a melhor proposta em licitação" (f. 10).

Ora, mas como assim? Que melhor proposta de licitação?

Por mais que se vasculhem os autos, não se encontra, em momento algum, qualquer comprovação de que o preço contratado para os serviços tenha sido além daquele praticado pelo mercado, sendo, portanto, vazia e solteira a afirmação, porque não há prova alguma que a acoberte.

E é preciso, o quanto antes, refutar o entendimento de que, pelo só fato de ter o dinheiro saído dos cofres públicos, este foi lesado, pois, na realidade, o que poderia representar prejuízo, dano à Administração pública, é o pagamento de preço superior ao de mercado, e não o pagamento de preço justo por serviço efetivamente prestado.

Tanto assim que, a meu ver, nos casos em que se mostrar cabível e justificável a condenação ao ressarcimento dos danos, compete ao Estado-juiz estar atento para que a condenação não ultrapasse o valor real dos danos, sem o que estaria havendo autêntico enriquecimento ilícito do erário, que, em sendo agraciado com a devolução por parte do agente da integralidade do valor pago pelo produto ou serviço, acabaria, no final das contas, por recebê-lo gratuitamente.

Por certo, não é esta a intenção do legislador ao disciplinar a possibilidade de o administrador público ser condenado a ressarcir o dano causado ao erário. Na verdade, somente o que sobejar ao valor real devido, assim entendido o preço médio de mercado, é que deve ser ressarcido, não a integralidade, que, repita-se, representaria enriquecimento ilícito.

Por final, cumpre dizer que as insinuações de que a empresa vencedora do certame foi favorecida ou de que a licitação tenha sido dirigida, da mesma forma, não encontra eco na prova carreada ao processo.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 273

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

DES. WANDER MAROTTA - Sr. Presidente. Registro ter ouvido com atenção a sustentação oral proferida pelo eminente advogado que ocupou a tribuna em nome da Gazeta de Ouro Fino.

Do exame que fiz dos autos, cheguei à mesma conclusão do eminente Relator, pela inexistência de prova de qualquer ato ilícito ou que pudesse ter causado prejuízo ao Município.

Também nego provimento ao recurso.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Desapropriação - Medida cautelar - Avaliação antecipada de bens - Litisconsórcio passivo - DER - Concessionária - Formação autorizada pelo Juízo - Litisconsorte - Supressão do direito de defesa - Impossibilidade - Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - Autarquia estadual - Advocacia do Estado - Órgão próprio para a sua defesa - Patronos da concessionária - Impossibilidade de representação

Ementa: Administrativo. Processual civil. Desapropriação. Ação cautelar de avaliação antecipada de bens. Autorização pelo juízo de formação de litisconsórcio passivo. Supressão do direito de defesa de um litisconsorte pela manifestação do outro. Impossibilidade. DER/MG. Autarquia estadual. Advocacia do Estado. Órgão próprio para a sua defesa. Impossibilidade de representação excludente pelos patronos da concessionária a quem foi autorizada a promoção da desapropriação.

- Admitida pelo próprio juízo a configuração de um litisconsórcio passivo entre o DER e a concessionária por intermédio da qual foi autorizada a promoção da desapropriação no decreto expropriatório, que são pessoas jurídicas distintas, não há como atribuir à última legitimidade extraordinária para a defesa exclusiva dos interesses do primeiro, e em nome dele, apesar da postura ativa por ele adotada no feito através da Advocacia do Estado, que é o órgão próprio para a sua defesa.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0261.08.057794-1/001 - Comarca de Formiga - Agravante: DER - Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - Agravados: Lizandro Veloso Rodrigues e outro, Concessionária da Rodovia MG-050 S.A. - 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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de abril de 2009. - *Elias Camilo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELIAS CAMILO - Trata-se de agravo de instrumento aviado contra a decisão de f. 256-TJ, que, nos autos da ação cautelar de avaliação antecipada de bens, promovida em desfavor do ora agravante, indeferiu o pedido de reabertura do prazo de vista do laudo pericial formulado pela procuradoria do Estado, em nome do DER/MG - Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais, determinando, na sequência, o desentranhamento da contestação por ela ofertada.

Fundamentando seu *decisum*, consignou o Juízo *a quo* que:

> [...] verifico, pelas cópias dos decretos expropriatórios de f. 182/184, que o DER foi autorizado, por intermédio da Concessionária da Rodovia MG-050, a promover a desapropriação das áreas especificadas nos referidos decretos.
>
> Assim, como a presente cautelar tem por escopo a produção de prova avaliatória para instruir a desapropriação em apenso, possui a Concessionária da Rodovia MG-050 legitimidade para atuar também neste feito, através dos procuradores constituídos à f. 174, razão por que indefiro o pedido de f. 246/247.
>
> Doutra face, com a apresentação da peça de f. 175/176, o réu exerceu o direito de defesa, operando-se, desse modo, a preclusão consumativa do ato.
>
> Posto isso, desentranhe-se a contestação de f. 220/223 e devolva-a ao signatário, mediante recibo nos autos (*sic*, f. 256-TJ).

Na peça recursal, rebela-se o agravante, sustentando que apenas os investidos no cargo de procurador do Estado têm competência para representar autarquia estadual em juízo ou extrajudicialmente (art. 4º, I, da Lei Complementar Estadual 81/2004), bem como que, nos termos do Decreto Estadual 43.809/04, apenas a Advocacia-Geral do Estado tem competência para representar o DER/MG em juízo, não podendo ser reco-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 274

nhecidos aos advogados particulares, patronos da concessionária, poderes para fazê-lo.

Acrescenta que o fato de o Juízo *a quo* reconhecer a legitimidade da Concessionária "Nascentes Gerais" no polo passivo da lide não implica, necessariamente, que esta tenha poderes para representar o DER/MG, nos termos do art. 6º do CPC, inexistindo autorização legal ou contratual para que a concessionária represente o DER em juízo.

Arremata requerendo a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, pugnando, ao final, pelo provimento do agravo.

Instrui o pedido com os documentos de f. 09/258-TJ.

Às f. 263/266-TJ, fora admitido o processamento do agravo sob a forma de instrumento e deferido o efeito suspensivo pleiteado, para que fosse permitido o regular prosseguimento do feito, mantendo-se a representação da autarquia estadual pela Advocacia-Geral do Estado, ao menos até o julgamento definitivo do agravo.

Requisitados informes, o ilustre Juízo *a quo* manifestou-se às f. 99/283-TJ, comunicando a manutenção da decisão prolatada e esclarecendo que

> [...] este Juízo não determinou a exclusão, no registro do feito, da douta Procuradora do Estado (representante do DER). Determinou, de fato, o desentranhamento da contestação por ela apresentada, uma vez que fora anteriormente juntada defesa nos autos, subscrita por outro procurador constituído, o que gerou a preclusão consumativa daquele ato (*sic*, f. 283-TJ).

A Concessionária da Rodovia MG-050 S.A. manifestou-se às f. 274/276-TJ, aduzindo não se opor à participação direta do DER/MG no processo cautelar em curso.

Os autores, ora agravados, ofertaram as contrarrazões de f. 278/281-TJ, prestigiando o *decisum* guerreado.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se à f. 286-TJ, pela desnecessidade de sua intervenção no feito.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo, porque próprio, tempestivo, regularmente processado, isento do preparo.

Com a devida vênia, tenho que de fato merece reforma a decisão interlocutória ora vergastada.

Do compulsar dos autos, vê-se que a ação cautelar de antecipação de provas originária, em que se pretende a avaliação dos bens antes que se iniciem as obras nas áreas expropriadas, fora ajuizada pelos autores em face do DER - Departamento Estadual de Estradas e Rodagens do Estado de Minas Gerais, ora agravante, tendo sido a este dirigida a citação.

Às f. 182/183-TJ, interveio no feito a Concessionária da Rodovia MG-050 S.A., sob o argumento de que deve "figurar como assistente na presente ação cautelar para defender os direitos e legítimos interesses seus e do DERMG" (*sic*, f. 182), conforme o art. 3º do decreto publicado em 14.01.08, adiante transcrito:

> Art. 3º O Departamento de Estradas e Rodagens do Estado de Minas Gerais - DER/MG, por intermédio da Concessionária da Rodovia MG-050, contrato Setop nº 007/2007, fica autorizado, na conformidade da legislação vigente, a promover a desapropriação de pleno domínio ou a constituição de servidão dos terrenos, descrito no art. 1º, e a proceder, se alegar urgência, de acordo com o disposto no art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

O Juízo da causa deferiu o requerimento da concessionária à f. 222-TJ, determinando a sua inclusão, no registro e autuação do feito, como litisconsorte passiva.

O DER/MG, por sua vez, ofertou às f. 227/230-TJ contestação, suscitando as preliminares de falta de interesse de agir e de ilegitimidade passiva, esta ao fundamento de que "a realização e o acompanhamento das desapropriações amigáveis e judiciais relativas aos imóveis declarados de utilidade pública para fins de desapropriação incumbe à Concessionária Nascente das Gerais, e não ao DER" (*sic*, f. 228); no mérito, indicou assistente técnico e formulou quesitos.

Realizada a prova pericial e aberta vista do laudo às partes, o DER manifestou-se às f. 253/254-TJ requerendo vista dos autos e contestando a renúncia feita em nome da autarquia pelo procurador da concessionária, alegando falta de poderes para tanto.

A decisão vergastada, sob o fundamento de que o DER foi autorizado, por intermédio da Concessionária da Rodovia MG-050, a promover a desapropriação das áreas especificadas no referido decreto expropriatório, indeferiu tal pedido do DER, determinando, em ato contínuo, o desentranhamento da contestação ofertada por aquela autarquia, em face de preclusão consumativa.

Ora, sobre a preclusão e sua modalidade consumativa, leciona a doutrina:

> A preclusão indica perda da faculdade processual, pelo seu não uso dentro do prazo peremptório previsto pela lei (preclusão temporal), ou pelo fato de já havê-la exercido (preclusão consumativa), ou ainda pela prática de ato incompatível com aquele que se pretenda exercitar no processo (preclusão lógica) (NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil anotado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: RT, p. 809).

Dessa forma, depreende-se da decisão hostilizada que o Juízo de origem entendeu que a contestação apresentada pela concessionária supriria a contestação do DER, como se aquela representasse este. Da mesma maneira, entendeu ser dispensada a abertura de vista ao DER sobre o laudo, por já ter tido oportunidade de se manifestar sobre ele a concessionária, ocasião em que autorizou expressamente a retirada dos autos pelos autores.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 275

Entretanto, diante da posição do DER como réu no processo, com a intervenção, em paralelo, da concessionária, que ingressou no processo, passando também a ser parte, além da apresentação de contestação pelo DER em que é expressamente levantada sua ilegitimidade passiva, matéria, aliás, que ainda nem sequer foi tratada expressamente pelo Juízo *a quo*, não há como vedar a participação separada de cada um deles no feito, com os seus respectivos procuradores constituídos.

Ora, com a devida vênia do Juízo *a quo*, cuidando-se de ação em que foi autorizada pelo próprio juízo a configuração de um "litisconsórcio passivo" entre a Concessionária da Rodovia MG-050 S.A. e o DER, pessoas jurídicas distintas, não há como atribuir àquela legitimidade extraordinária para a defesa exclusiva dos interesses da autarquia, e em nome desta, ainda que adote postura ativa, de maneira a sobrepor-se inclusive às manifestações por ela feitas através da Advocacia do Estado, que é o órgão próprio para a sua defesa. A autorização contida no decreto expropriatório, *data maxima venia*, não teria esse efeito, mesmo porque, nos termos do art. 4º da Lei Complementar Estadual,

> [...] é atribuição do Procurador do Estado da carreira da Advocacia Pública do Estado representar judicial e extrajudicialmente os órgãos e as entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Estado, mediante delegação de poderes do Advogado-Geral do Estado.

Com efeito, na hipótese, entendendo o Juízo *a quo* até então pela colegitimação da concessionária, autorizando a formação de um "litisconsórcio", que, na hipótese, seria unitário, tendo em vista que a sentença deverá ser uniforme para todas as partes, tem-se que, muito embora as condutas alternativas (como é o caso da contestação e manifestação na produção de provas) eventualmente praticadas por um dos litisconsortes, nesses casos, aproveitem ao outro que tenha sido omisso, o que não se pode é cercear o direito de participação no feito de um deles, sob o argumento de que o outro já se manifestou. Vê-se que foi requerida pela concessionária a sua intervenção no processo na qualidade de assistente, para vir em auxílio do DER em sua defesa nos autos, e não para suprimir o direito desse de também participar por sua própria conta no feito.

Em outros termos, existindo, até o momento, duas partes figurando no polo passivo do processo, cada qual representada por seus patronos, não se admite, definitivamente, que a manifestação de uma delas implique a vedação à participação da outra.

À luz de tais considerações, dou provimento ao agravo de instrumento interposto, para, nos moldes do que foi requerido, manter a representação da autarquia estadual pela Advocacia- Geral do Estado.

Custas recursais, pelos autores.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BITENCOURT MARCONDES e FERNANDO BOTELHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Imóvel em condomínio - Coproprietário - Ocupação - Aluguel - Arbitramento - Conservação e pagamento de taxas do imóvel - Compensação de dívidas - Possibilidade

Ementa: Arbitramento de aluguéis. Imóvel em condomínio. Ocupação por coproprietário. Aluguéis devidos. Gastos do ocupante com conservação do imóvel e pagamento de suas taxas. Compensação de dívidas. Possibilidade.

- Na propriedade em comum, aquele coproprietário que ocupa integralmente imóvel, deve pagar aluguel aos demais condôminos, a quem são assegurados os direitos inerentes ao domínio, dentre eles o de percepção dos frutos produzidos pela coisa comum.

- Sendo obrigação do condômino concorrer na proporção de sua cota-parte para as despesas decorrentes de conservação da propriedade comum e comprovando o ocupante desta ter efetuado gastos com sua conservação e ainda com o pagamento de taxas de condomínio do imóvel, tem este direito a ter compensados de dívida que lhe é atribuída os valores de tais despesas, pelas quais deveria ser indenizado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0713.08.077854-9/001 - Comarca de Viçosa - Apelante: Espólio de Luiz Santana Maia, representado pela inventariante Terezinha Sena Maia - Apelado: Francisco Tadeu de Sena Fernandes - 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, 6 de maio de 2009. - *Duarte de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DUARTE DE PAULA - Inconformado com a r. sentença que julgou improcedente o pedido feito nos

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 276

autos da ação de arbitramento de aluguéis que move contra Francisco Tadeu de Sena Fernandes, insurge-se o autor, espólio de Luiz Santana Maia, representado por sua inventariante Terezinha Sena Maia, buscando reverter a decisão, através do recurso de apelação de f. 90/95.

Alega o apelante, inicialmente, a ocorrência de revelia, visto que, em virtude do comparecimento espontâneo do réu aos autos, o prazo de contestação antecipa-se, não podendo prevalecer como termo inicial do prazo a data da juntada do "AR" de citação, mas sim o dia em que o réu, na condição de advogado em causa própria fez carga dos autos, não sendo daí possível apreciar o pedido de compensação do réu deduzido em contestação.

Sustenta, ainda, o apelante dever ser fixado o pagamento de aluguéis desde a data da ocupação do imóvel, totalizando o valor de três mil e novecentos reais, não cabendo abatimento dos valores alegados pelo apelado, por não haver prova de que ele é quem teria efetuado o pagamento das taxas de condomínio apresentadas, não possuindo também direito a ser indenizado por obras alegadas, pois as realizou sem sua autorização e com a consciência de que era feita em coisa alheia, sendo sua posse de má-fé.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de ação de arbitramento de aluguéis ajuizada pelo espólio, em decorrência de integrar a universalidade de seus bens metade do imóvel constituído pelo apartamento 201, localizado na Rua Virgílio Val 8, Centro, Viçosa, que estaria sendo ocupado pelo réu, com o consentimento apenas de seus pais, proprietários da outra metade do imóvel.

A r. sentença, afastando a alegação de revelia, julgou improcedente o pedido, em razão das alegações do réu de compensação dos aluguéis com despesas de reformas e pagamento de condomínios atrasados por ele assumidos, ensejando o inconformismo do autor aqui em apreciação.

No que se refere à alegação de revelia, em que insiste o apelante, não há como acolher sua irresignação, visto não ser possível constatar sua ocorrência.

Isso porque, mesmo se considerarmos, conforme pretende o apelante, como termo inicial do prazo para a apresentação de contestação, a data em que o apelado, na condição de advogado em causa própria, fez carga dos autos do processo, sua contestação estaria tempestiva, pois, aberta a vista em 19.02.08, iniciando-se a contagem no mesmo dia, o prazo de quinze dias para contestar apenas expiraria em 04.03.08, o que torna tempestiva a contestação apresentada em 29.02.08.

Assim, não há falar em apresentação extemporânea de contestação de forma a ensejar a aplicação da pena de revelia ao apelado, que tem, portanto, todo o direito de deduzir, como fato desconstitutivo ou obstativo do direito do autor, a realização de reformas no imóvel que foram por ele custeadas, com o pagamento ainda de taxas de condomínio em atraso.

No que se refere à alegação do apelante de impossibilidade de compensação entre os valores aqui cobrados a título de aluguel e aqueles apresentados como benfeitorias feitas no imóvel e pagamento de taxas, cumpre aqui, inicialmente, tecer algumas considerações acerca da compensação, trazendo a lume a lição de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 169), que assim trata do instituto:

> Pode-se, então, definir compensação como a extinção das obrigações quando duas pessoas forem, reciprocamente, credora e devedora. E, com base na mesma doutrina legal, compor os seus requisitos, que os autores alinham assim: 1º) cada um há de ser devedor e credor por obrigação principal; 2º) as obrigações devem ter por objeto coisas fungíveis, da mesma espécie e qualidade, 3º) as dívidas devem ser vencidas, exigíveis e líquidas; 4º) não pode haver direitos de terceiros sobre as prestações.

Dito isso, verifica-se que, para determinar a compensação pretendida pelo apelado, necessário seria primeiramente se especificar o crédito existente em favor do autor apelante, fundado em direito decorrente do uso de coisa em comum por apenas um de seus coproprietários e, posteriormente, se reconhecer o crédito do apelado, para aí se verificar a presença dos demais requisitos necessários, como a reciprocidade dessas dívidas, seu objeto, a liquidez e exigibilidade do crédito, bem como a inexistência de direitos de terceiros sobre as prestações.

No caso do autor, não há dúvida quanto a ser proprietário da coisa comum ao lado dos pais do apelado, decorrendo de tal fato seu direito aos frutos da coisa, aí se incluindo o direito à percepção do aluguel, em caso de uso do bem em proveito de apenas um dos condôminos, como na presente situação, em que o uso da coisa comum foi autorizado apenas pelos pais do apelado, que ocupou com exclusividade o imóvel, ensejando o ajuizamento da presente ação de arbitramento de aluguéis.

Como estabelece o art. 1.319 do Código Civil/2002 que "Cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou", na medida em que foi o apelado o único a perceber os frutos da coisa ao ocupar o imóvel em nome de seus pais, tornou-se, portanto, devedor de aluguéis ao espólio, estando evidenciada nesse sentido a procedência do pedido inicial.

Nesse sentido, veja jurisprudência em situações semelhantes:

> Locação de coisa comum para o próprio condômino. - O condômino que desfruta com exclusividade da coisa comum

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 277

> pode ser compelido a pagar aluguéis pretéritos, pena de se prestigiar o enriquecimento ilícito (2º TACivSP, 12ª Câm., Apelação Cível nº 560839-00/5, v.u., j. em 29.04.99).
>
> Propriedade comum de imóvel. Uso integral por um dos condôminos. Efeitos. Obrigação de pagar aluguel. - Na propriedade em comum, quem ocupa integralmente imóvel de que é co-proprietário deve pagar aluguel aos demais condôminos, aos quais são assegurados os direitos inerentes ao domínio e perceber os frutos produzidos pela coisa comum (STJ, 6ª Turma, REsp nº 72190/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 24.06.97 - *RT* 746/196).

Com efeito, reconhecido o direito do autor ao pagamento de aluguéis pela utilização da coisa pelo apelado, verifica-se que apenas se insurgiu o apelante contra o termo inicial fixado pela r. sentença como sendo devidos tais aluguéis, pretendendo seja considerada a data da ocupação do imóvel, e não a data da citação na presente demanda, nada questionando acerca do valor estabelecido a título de locativo, que acolheu sua proposta feita na inicial.

Ocorre que, mesmo se tendo dado a ocupação do imóvel anteriormente à citação da presente ação, a constituição em mora do seu ocupante apenas ocorreu com a realização desta, já que, antes disso, em nenhum momento, se opôs o autor coproprietário à ocupação gratuita do imóvel pelo apelado.

Assim, apenas diante da oposição apresentada através da citação é que se tornou devido o pagamento dos aluguéis pelo apelado, motivo pelo qual não há como alterar a data estabelecida como termo inicial para o pagamento estabelecido pela r. sentença, prevalecendo, dessarte, o cálculo procedido na decisão, que concluiu ser de oitocentos e doze reais e cinquenta centavos o crédito do apelante.

Harmoniosa com esse entendimento é a decisão proferida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, em caso de copropriedade utilizada exclusivamente por um dos herdeiros:

> Direito civil. Recurso especial. Cobrança de aluguel. Herdeiros. Utilização exclusiva do imóvel. Oposição necessária. Termo inicial.
> - Aquele que ocupa exclusivamente imóvel deixado pelo falecido deverá pagar aos demais herdeiros valores a título de aluguel proporcional, quando demonstrada oposição à sua ocupação exclusiva.
> - Nesta hipótese, o termo inicial para o pagamento dos valores deve coincidir com a efetiva oposição, judicial ou extrajudicial, dos demais herdeiros. Recurso especial parcialmente conhecido e provido (STJ, REsp 570723/RJ, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. em 27.03.2007).

Superada a questão relativa ao crédito do apelante, cumpre aqui ressaltar que, mesmo tendo o autor direito a perceber os aluguéis aqui cobrados na presente ação, não se pode desconsiderar que apresentou o apelado em sua contestação pedido contraposto no sentido de ver reconhecido seu direito a ter abatidos dos aluguéis a serem arbitrados os valores por ele assumidos com a reforma do imóvel e com o condomínio em atraso.

Tal direito baseia-se no disposto no art. 1.315 do Código Civil, que estabelece a obrigação do condômino de concorrer na proporção de sua parte a suportar as despesas decorrentes de conservação da coisa.

Com efeito, verifica-se que, a despeito das alegações do autor apelante, comprovou o apelado as despesas com as quais arcou em decorrência da reforma do imóvel, através dos documentos juntados às f. 24/29 e f. 31/33 dos autos, que demonstram a emissão de notas fiscais em nome do apelado para entrega de materiais de construção e reforma de armários no endereço do imóvel objeto da lide, tendo, ainda, apresentado recibo de f. 30 em seu nome das taxas de condomínio em atraso e boletos de pagamentos regulares às f. 35/42, que, estando em seu poder, demonstram terem sido por ele quitados, não procedendo a alegação do apelante de que estaria pleiteando em nome próprio direito alheio.

Demonstrados os gastos do apelado, resta evidenciada, portanto, a existência de dívidas recíprocas entre as partes, tornando possível a compensação determinada pela r. sentença, não servindo para impedi-la o fato de as obras terem sido feitas sem autorização do apelante, pois tanto a ocupação do imóvel como as reformas foram autorizadas pelos pais do apelado, coproprietários do imóvel, que agiu, portanto, de boa-fé, e merece ser indenizado como determina o final do próprio art. 1.255 do Código Civil, citado em parte pelo apelante, que não pode se locupletar indevidamente com a melhoria que teve em seu patrimônio, para o qual nunca cuidou em contribuir para conservar, já que nenhum comprovante de taxa de condomínio por ele paga apresentou nos autos.

Nesse cenário, definida a obrigação do apelado de pagar os aluguéis em favor da apelante, apurada pela r. sentença no valor de oitocentos e doze reais e cinquenta centavos, e reconhecido o direito do apelado de ser indenizado pela apelante quanto a sua cota-parte em relação às despesas que assumiu de conservação da coisa comum e pagamento de encargos de condomínios, cujo valor comprovado nos autos é de quatro mil trezentos e vinte e cinco reais e vinte e seis centavos, em razão do abatimento do valor do armário retirado pelo apelado, que assim o informou em suas alegações finais, tem-se que, equivalendo a parte do apelante a dois mil cento e sessenta e dois reais e sessenta e três centavos, procedido ao acertamento das dívidas recíprocas, nenhum crédito sobeja em favor do apelante, que, em verdade, se encontra devedor da quantia de um mil trezentos e cinquenta reais e treze centavos em favor do apelado.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 278

Tendo em vista a inexistência de pedido do apelado de condenação ao apelante das despesas que sobejassem, limitando-se a requerer apenas o seu abatimento dos valores dos aluguéis por ele devidos, outra não poderia ter sido a solução dada à lide, a não ser a constante da r. sentença, que julgou improcedente o pedido inicial.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, para manter a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante, isento por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SELMA MARQUES e MARCELO RODRIGUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Acidente de trânsito - Dano moral - Dano material - Gravidade do fato - Presunção - Advogado - Ressarcimento de despesas com sua contratação - Obrigação que vincula as partes do contrato - Descabimento

Ementa: Apelação cível. Indenização. Acidente de trânsito. Danos morais e materiais. Gravidade do fato. Presunção. Ressarcimento de despesas com contratação de advogado. Obrigação que vincula as partes do contrato. Descabimento.

- Havendo nos autos fotografias que confirmam a gravidade do acidente automobilístico causado pelo condutor do caminhão de propriedade da ré, que dão conta do estado de destruição em que ficou o veículo de passeio onde as autoras se encontravam, presumíveis são os danos morais sofridos por elas, haja vista a sensação de impotência diante da iminência de lesões gravíssimas ou mesmo da própria morte.

- Os danos morais, no caso, são devidos pelo fato em si, isto é, causar a terceiro sofrimento e medo sem que este tenha meios de evitá-los.

- Sobre o ressarcimento de valor pago a título de honorários de advogado contratado, contudo, não fazem jus as requerentes porque tal obrigação é contratual e, por isso, somente obrigam as partes, sendo a ré, no caso, terceira.

- O reembolso dos honorários advocatícios de contrato somente está previsto para os casos de inadimplemento contratual, sendo impertinente tal requerimento em ação de reparação de danos por ato ilícito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.135814-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Cássia Cristina de Almeida Barros e outra - Apelante adesiva: Minas Empreendimento e Participações Ltda. - Apelados: Cássia Cristina de Almeida Barros e outra, Minas Empreendimentos e Participações 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 DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL E PROVIMENTO PARCIAL À ADESIVA.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2009. - *Luciano Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - Cássia Cristina de Almeida Barros e Angilene de Fátima Sobreira ajuizaram ação sumária de indenização por danos materiais e morais contra Minas Empreendimentos e Participações Ltda.

Narraram que, em 19.03.2008, viajavam com destino ao Espírito Santo, trafegando pela BR-381, quando, na altura do km 395, próximo ao Município de Bom Jesus do Amparo, a segunda autora, que conduzia o veículo descrito na inicial, de propriedade da primeira, se viu obrigada a pará-lo completamente na pista de rolamento, visto que o caminhão Mercedes Benz de placa GRY-2648 (descrito no BO como V1), que transitava na mesma pista e direção, imediatamente à sua frente, também parou na pista, em razão de uma *blitz* policial que se realizava no local.

Ressaltaram que tanto o referido V1 como o conduzido pela segunda autora (descrito no BO como V2) conseguiram parar sem maiores problemas, visto que estavam sendo conduzidos com cautela e respeitando a distância regulamentar necessária entre eles.

Contudo, disseram que, nesse momento, o veículo de propriedade da ré (descrito no BO como V3), que também vinha na mesma pista e direção, imediatamente atrás, não parou a tempo, vindo a colidir violentamente na traseira do veículo em que se encontravam, arremessando-o em direção ao caminhão da frente contra o qual também se chocou violentamente.

Acrescentaram que referido V3, além do próprio peso que já era enorme, ainda estava carregado, contudo seu condutor não dispensava ao trânsito atenção especial em razão disso nem obedecia à velocidade e distância necessárias para a condução de referido veículo de carga com segurança para si e terceiros.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 279

Disseram que o acidente foi gravíssimo, tendo juntado aos autos as fotografias do veículo no próprio local onde ele se dera, a fim de ratificar as demais provas produzidas acerca das lesões físicas e enorme abalo psíquico que sofreram.

Discorreram sobre o direito aplicável e pediram a condenação da ré ao ressarcimento das parcelas pagas a título de IPVA, DPVAT e licenciamento do veículo, proporcionalmente ao período de 9 meses do ano, no valor de R$ 986,85, pois, quando o acidente ocorreu, só teriam decorridos 3 meses de pagas tais despesas.

Também a título de danos materiais, requereram o ressarcimento do valor relativo aos honorários pagos aos seus advogados, contratados por culpa da ré, valor esse de R$ 500,00.

Por fim, pediram o pagamento de indenização por danos morais conforme documentos médicos que juntaram.

A ré, citada para comparecer à audiência de conciliação, apresentou contestação que foi juntada às f. 90/104.

Em suma, bateu-se pela imprevisão do ocorrido, assinalando não ter tido o condutor do caminhão de sua propriedade culpa pelo acidente.

Disse que a colisão foi inevitável, visto que, conforme constou no BO, um veículo não identificado adentrou a pista de rolamento sem observar o trânsito local, interceptando a trajetória do V1, que freou bruscamente assim como o V2 (veículo das autoras), que vinha imediatamente atrás daquele, e imediatamente à frente do seu.

Bate pela tese da ocorrência da força maior ou caso fortuito para justificar o ocorrido e porque em tais circunstâncias não se poderia imputar-lhe culpa.

Pediu a improcedência da ação.

Adiante, negou o direito ao pedido de ressarcimento de danos, verberando um a um todos os valores pretendidos, e disse que, em relação aos danos morais, não havia prova nos autos sobre eles.

Tal é a síntese da contestação.

As autoras impugnaram a contestação às f.105/113.

Sobreveio sentença às f. 114/118, que, entendendo ter havido culpa do condutor do veículo da ré pelo acidente, julgou parcialmente procedentes os pedidos e condenou-a ao pagamento de indenização por danos materiais nos valores de R$986,85 e R$500,00, relativos às despesas que as autoras tiveram, respectivamente, com o pagamento do licenciamento do veículo que teve perda total e com os honorários que pagaram a seu advogado.

Contra tal sentença, as autoras apelaram às f. 120/129, em suma insistindo na ocorrência dos danos morais alegados na inicial e, consequentemente, que os ônus sucumbenciais deviam ser impostos exclusivamente à ré.

Pediram, pois, a reforma parcial do julgado.

A ré, às f. 131/138, apresentou contrarrazões à apelação das autoras, assinalando não serem devidos os danos morais não provados, e, às f. 139/144, apelou adesivamente no sentido de não lhe poder ser imputada a obrigação de ressarcir as autoras pelo pagamento de taxas e impostos do veículo, entendendo que eles são devidos ao Estado, de modo que caberia a este qualquer ressarcimento eventualmente devido.

Disse também que sua condenação ao ressarcimento de despesas com contratação de advogado não é justa, já que a obrigação que as autoras assumiram, em razão do contrato que firmaram com referido patrono, não poderia ser transferida à terceira pessoa, no caso ela, ré.

Requereu a reforma da sentença com a condenação das autoras ao pagamento total dos ônus sucumbenciais.

As autoras apresentaram contrarrazões às f. 147/153, pelo desprovimento da apelação adesiva.

Da apelação principal (autoras).

Conheço do recurso, porque presentes seus pressupostos legais.

Insistem as apelantes no direito à indenização por danos morais, haja vista que a dinâmica do acidente que sofreram por culpa do condutor do caminhão da ré lhes teria causado transtornos psicológicos.

A meu aviso, têm razão as apelantes.

Veja-se que a culpa pelo sinistro se deu exclusivamente porque o condutor do veículo da apelada, na direção de uma carreta carregada, não conseguiu freá-la a tempo, colidindo violentamente contra a traseira do veículo de passeio das apelantes, arremessando-o contra outra carreta, que estava parada à frente dele.

As fotografias de f. 70/81, juntadas com a inicial, dão a exata medida da força do impacto sofrido pelas apelantes, quando da colisão, visto que o veículo delas acabou prensado entre a carreta da frente e a de trás e completamente destruído.

Assim, inegável é o enorme abalo psíquico sofrido pelas apelantes, advindo do simples fato de estarem dentro do veículo no momento do impacto, sem falar no medo, angústia e insegurança sobrevindos logo após e que duraram o tempo em que elas permaneceram nas ferragens até serem socorridas.

Trata-se de transtornos inequivocamente indenizáveis, conforme as máximas do senso comum, e não meros dissabores.

Outrossim, evidenciados os reflexos maléficos que a situação ou "episódio" rendeu ensejo no contexto existencial das demandantes, mediante a configuração de lesão a bens subjetivos juridicamente tutelados.

Nesse contexto, força é convir pela reforma da sentença, que não acolheu o pedido de danos morais, por entendê-los não comprovados.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 280

A seu turno, cumpre assinalar que referida indenização busca compensar o dano moral sofrido, bem como punir o agente responsável. Todavia, deve haver cautela na quantificação indenizatória, de modo a evitar perspectiva de locupletamento indevido daquele que a pleiteia. Em suma, o valor da indenização deve ser proporcional ao dano moral efetivamente sofrido pelo lesado.

Aqui, verifico que as lesões físicas sofridas pelas apelantes não foram graves, sendo que a primeira ficou afastada de suas atividades por 5 dias apenas, conforme consta do documento de f. 43, de modo que o abalo psíquico que elas sofreram se restringiu ao momento do acidente, conforme dito acima.

Considerando, pois, tal circunstância, hei por bem fixar a indenização no valor de R$3.000,00 para cada apelante, pois entendo que esse montante basta para compensá-las do referido abalo, sem, contudo, significar indevido locupletamento.

Relativamente ao pedido de alteração dos ônus sucumbenciais, deixo para apreciar referida questão, após o julgamento da apelação adesiva, da ré, a seguir.

Com tais razões, dou provimento ao recurso e reformo a sentença para condenar a ré a pagar *a cada autora*, a título de danos morais, o valor de R$3.000,00 (três mil reais), com correção monetária a partir da publicação deste acórdão e juros de mora a partir do evento (Súmula 54 do STJ).

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Peço vista.

Súmula - APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL, PEDIU VISTA A PRIMEIRA VOGAL.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido da Des.ª Primeiro Vogal, após o Des. Relator dar provimento à apelação principal.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Ponho-me inteiramente de acordo com o voto do eminente Des. Relator, Des. Luciano Pinto.

DES. LUCAS PEREIRA - Estou acompanhando o Relator.

DES. LUCIANO PINTO - Da apelação adesiva (ré).

Conheço do recurso porque presentes seus pressupostos legais.

A meu aviso, tem parcial razão a apelante, mas não em relação à sua condenação no ressarcimento do valor relativo às despesas de renovação de documento anual do veículo da primeira autora, correlativo ao período de 9 meses do ano de 2008 (doc. de f. 65).

O argumento da apelante é no sentido de que qualquer eventual ressarcimento, esse seria de obrigação do Estado, que foi quem arrecadou o valor.

Ora, o fato de ter o Estado arrecadado o valor, obviamente que não o obriga a devolvê-lo às apeladas, haja vista que quem deu causa ao prejuízo advindo pela perda total do veículo e consequente impossibilidade de ser utilizado por sua proprietária foi a apelante.

Assim, não merece guarida o pedido da apelante, relativamente a tal tópico.

No entanto, a inocorrência de direito das apeladas ao ressarcimento de honorários de advogados contratados, que foi o segundo argumento da apelação adesiva, a meu ver merece acolhida.

Isso porque a apelante não participou da relação contratual mantida entre apeladas e seu patrono, nem interferiu no valor dos honorários contratados, razão pela qual a ela não se vincula.

Cabe, ainda, sublinhar que o contrato de honorários, firmado entre cliente e advogado, não cria obrigação para o terceiro, sucumbente da ação, já que não existe relação negocial estabelecida entre eles. Inexiste previsão legal ou contratual capaz de obrigar uma parte a suportar os gastos com advogado da parte *ex adversa*, oriundos de contrato extra-autos.

Seria, no mínimo, estranho compelir alguém a suportar o pagamento de um contrato do qual não é parte e de cujo resultado não se valeu.

Além disso, os honorários de contrato não são considerados despesas processuais, como leciona Yussef Said Cahali em sua obra *Honorários advocatícios*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 393, *verbis*:

> Não são reembolsáveis, a título de honorários de advogado, as despesas que a parte enfrenta em razão do ajuste com o profissional a título de honorários, para o patrocínio de sua causa *'in misura superiore a quella poi ritenuta congrua dal giudice'*.

Tanto é que o art. 20 do CPC determina pagamento de honorários de sucumbência e de despesas processuais, o que denota diferença entre tais parcelas.

Certo é que a mera resistência da requerida na presente demanda, por si só, não constitui ilícito civil, sob pena de vulneração ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Por último, necessário ressaltar que o acatamento da tese apresentada pelas apeladas acabaria por inviabilizar o próprio acesso à Justiça, na medida em que todo aquele que defendesse seus interesses em juízo - seja como autor, seja como réu - e que viesse a perder a demanda ficaria obrigado, além de arcar com os ho-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 281

norários de sucumbência, a responder pelos honorários contratuais da parte contrária, sem que tivesse qualquer participação nessa contratação - *res inter alios acta*.

Chegar-se-ia ao absurdo de a condenação, nesses autos, implicar também o direito ao ressarcimento das quantias despendidas a título de honorários contratuais com a presente ação e, assim, sucessivamente *ad infinitum*.

Mediante tais considerações, é que esta Câmara já firmou entendimento pelo não cabimento do reembolso como ora pretendido.

A exemplo:

> Ementa: Ação de indenização. Contratação de advogado. Danos materiais. Requisitos. Ausentes. Inexistência do dever reparatório. - Não há previsão legal ou contratual capaz de obrigar a parte a suportar os gastos com advogado da parte adversa. É devida apenas a verba sucumbencial, que pertence ao advogado. (AC 1.0024.07.460.463-8/001, 17ª CCível/TJMG, Rel. Des. Irmar Ferreira Campos, j. 17.07.2008, *DJ* de12.08.2008.)

Com isso, vejo que a apelação adesiva merece ser parcialmente acolhida, para o decote da condenação do valor que as apeladas pagaram a seu advogado, de R$500,00.

Isso posto, dou parcial provimento à apelação adesiva e decoto da condenação o valor de R$500,00, relativo às despesas que as autoras tiveram com seu patrono.

Levando, pois, em conta o provimento da primeira apelação, com a condenação da ré no pagamento de danos morais no montante total de R$6.000,00, e o parcial da apelação adesiva, com o decote do valor de R$500,00, estou que as autoras foram vencedoras em maior parte da demanda, motivo pelo qual altero a verba sucumbencial com a condenação das autoras ao pagamento de 30% (trinta por cento) das custas processuais, cabendo à ré os 70% (setenta por cento restantes).

As autoras pagarão honorários advocatícios aos advogados da ré no valor de R$300,00 (trezentos reais), com base no art. 20, § 4°, do CPC.

A ré pagará honorários advocatícios aos advogados da autora no percentual de 20% (vinte por cento) sobre a condenação.

Relativamente às autoras, fica suspensa a cobrança de custas e honorários porque elas estão sob justiça gratuita (f. 82), podendo, contudo, ser compensados os honorários nos termos do art. 21 do CPC e do REsp 400174-RS.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Com relação à apelação adesiva, acrescento os fundamentos que passo a expor.

Cássia Cristina de Almeida Barros e Angilene de Fátima Sobreira ajuizaram ação de reparação de danos contra Minas Empreendimentos e Participações Ltda., pretendendo indenização pelos danos morais e materiais oriundos de acidente de trânsito causado por condutor de veículo de propriedade da ré.

Na sentença, o MM. Juiz reconheceu somente o cabimento de indenização por danos materiais e a ré foi condenada a ressarcir à primeira autora as parcelas pagas a título de IPVA, DPVAT e licenciamento de seu veículo, no valor de R$986,85, e a ressarcir ambas as autoras pela quantia desembolsada para pagamento de honorários advocatícios contratados, de R$500,00.

Na apelação adesiva, a ré pretendeu, dentre outros pedidos, o decote da condenação que lhe foi imposta na sentença, de indenizar as autoras também pelo dano material consistente no que pagaram a seu advogado, a fim de ajuizamento da presente ação.

O eminente Relator acolheu tal pretensão.

Em oportunidades outras já me havia posicionado da mesma forma que o eminente Des. Relator para negar tal ressarcimento de honorários contratados, pagos pelo ofendido a seu advogado, em duas circunstâncias de descumprimento de obrigação: a) quando a contratação se desse para ação que não reclamasse a presença de advogado, a exemplo das reclamatórias trabalhistas nas quais a própria parte autora detém o *jus postulandi*; b) quando a contratação se desse por não ser dispensável a presença do advogado, mas antes da vigência do NCC, em face do teor do seu art. 389.

Ora, em primeiro lugar, a contratação de advogado pelas autoras/apeladas se deu para o ajuizamento da presente ação civil de reparação de danos, para a qual não se dispensa advogado. Logo, poder-se-ia entender ser devido o reembolso em questão, consoante disposição do art. 36 do CPC. Em segundo lugar, a ação foi ajuizada em 2008, quando já vigente o art. 389 do NCC, que dispõe sobre a *restitutio in integro*, ao prever:

> TÍTULO IV - Do Inadimplemento das Obrigações
> CAPÍTULO I - Disposições Gerais
> Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Contudo, comentando tal dispositivo, leciona Hamid Charaf Bdine Jr., em *Código Civil comentado* - Coordenação Ministro Cezar Peluso, Barueri/SP: Manole, 2007, p. 275/278:

> Os contratos - e as obrigações de modo geral - devem ser cumpridos, porque são obrigatórios para as partes (*pacta sunt servanda*). Distingue-se a responsabilidade que tem origem no inadimplemento de contrato ou em declaração unilateral de vontade daquela em que não se tem presente qualquer vínculo obrigacional anterior. A primeira é denominada responsabilidade contratual e a segunda, extracontratual ou aquiliana.
> A responsabilidade contratual, ora examinada, está fundada na culpa em sentido amplo. Isto é, a obrigação de indenizar

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 282

resulta da intenção do inadimplente de descumprir o contrato e causar prejuízo, ou da negligência, da imprudência ou da imperícia com que se houve. A obrigação de indenizar resultante do inadimplemento contratual pressupõe culpa do inadimplente. Na hipótese de inadimplemento contratual, a culpa é presumida - ao contrário do que ocorre na responsabilidade aquiliana -, de maneira que o ônus de ilidir tal presunção é do inadimplente, que só se exonera se demonstrar a ocorrência de fato fortuito ou força maior (art. 393 do CC). Nada impede que o devedor assuma expressamente a responsabilidade indenizatória mesmo nas hipóteses em que se verifique caso fortuito ou força maior.

Os requisitos necessários ao reconhecimento da obrigação do inadimplente de indenizar o credor, na lição de Maria Helena Diniz, são os seguintes: a) obrigação violada; b) nexo de causalidade entre o fato e o dano produzido; c) culpa; e d) prejuízo ao credor (*Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. II, p. 359).

Em caso de não-cumprimento, o inadimplente responde por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais, e honorários de advogado, de acordo com a regra do art. 389 do Código Civil. Segundo Renan Lotufo, tais verbas não dependem do pedido expresso para serem concedidas, porque previstas em lei (*Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. III, p. 431).

A regra não se aplica apenas às obrigações decorrentes do contrato, pois as obrigações também podem decorrer do negócio unilateral e de ordem judicial (Renan Lotufo, *op. cit.*, p. 429).

[...] o dispositivo em exame acrescenta os honorários ao valor indenizatório. Ao acrescentar a verba honorária entre os valores devidos em decorrência das perdas e danos, parece que o legislador quis permitir que a parte prejudicada pelo inadimplemento possa cobrar o que despendeu com honorários, seja antes de ajuizar a ação, seja levando em conta a diferença entre aquilo que contratou com seu cliente e aquilo que foi arbitrado a título de sucumbência. Não se pode supor que tenha feito menção a essa verba apenas para os casos de ajuizamento da ação, quando houver a sucumbência, pois, nessa hipótese, a solução já existiria no art. 20 do CPC e não é adequada a interpretação que conclui pela inutilidade do dispositivo.

Logo, o art. 389 do NCC se refere a possível reembolso também do que foi gasto com advogado, mas é específico para os casos de inadimplemento de obrigação, o que pressupõe obrigação estipulada, contratada entre as partes, ensejadora de responsabilidade civil contratual, e não a hipótese de obrigação por responsabilidade civil aquiliana, que é o caso destes autos, cujo tema é tratado em título outro do NCC e no art. 927.

Quisesse o legislador, no novo Código Civil, também acrescentar os honorários advocatícios contratuais pagos pelo ofendido em caso de responsabilidade civil por ato ilícito, ele teria deixado expresso no texto do art. 927, de forma que não se pode inferir que as apeladas adesivas façam jus a reembolso dos honorários advocatícios pagos na quantia de R$500,00.

Logo, por ausência de previsão legal de reembolso de honorários advocatícios contratuais para a hipótese dos autos, acompanho o voto do eminente Desembargador Relator.

DES. LUCAS PEREIRA - De acordo com os votos que me precederam.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL E PROVIMENTO PARCIAL À ADESIVA.

...

Ação de cobrança - Condomínio de fato - Administração - Associação de moradores - Legitimidade ativa - Taxa de manutenção devida

Ementa: Ação de cobrança. Condomínio de fato. Associação de moradores criada com o objetivo de administrá-lo. Legitimidade ativa. Taxa de manutenção devida.

- A associação que executa os serviços descritos em seu estatuto social tem legitimidade para cobrança da contribuição, sendo beneficiários todos os moradores do loteamento, inclusive o apelante, e assim todos devem concorrer para as despesas correspondentes, independentemente de serem ou não associados.

- Antes de ser um princípio jurídico, é um princípio moral e ético, pois não é admissível que os demais proprietários paguem para que outros sejam beneficiados sem a devida contribuição, porquanto tal situação ensejaria enriquecimento indevido, vedado pelo Direito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.07.411073-8/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Márcio Araújo de Andrade - Apelada: Associação de Moradores Bairro Jardim L'Ermitage - Relator: DES. OSMANDO ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2009. - *Osmando Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OSMANDO ALMEIDA - Trata-se de apelação interposta por Márcio Araújo de Andrade, visando à reforma da r. sentença de f. 88/90, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, nos autos da ação de cobrança intentada contra o ora apelante pela Associação dos Moradores do Jardim L'Ermitage.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 283

Consubstanciado nas razões - f. 92/99 - sob prequestionamento, afirma o apelante que não pode conformar-se com a r. sentença, pois proferida em contraposição às normas constitucionais e legislação que rege a matéria. Afirma que se trata de uma ação de cobrança manejada pela associação apelada que foi constituída muito depois de adquirido o imóvel pelo recorrente. Alega que jamais foi consultado a respeito da constituição da referida associação, asseverando que "alguns proprietários de imóveis vizinhos ao seu resolveram associar-se para implantar benfeitorias em seus lotes, passando a cobrar de cada proprietário de imóveis lindeiros uma quantia mensal, que denominaram erroneamente de 'condomínio'" - f. 92. Sustenta a impossibilidade da ação manejada contra o recorrente, porquanto está amparado pela norma constitucional que garante o seu direito de propriedade e de liberdade de associação. Afirma que a associação, pela sua natureza jurídica, congrega apenas aqueles que aderirem ao estatuto, e o recorrente não o fez, sendo ilegítima a pretensão da apelada em equiparar-se a um condomínio nos moldes da lei civil e regido pela Lei 4.591/64. Defende que, a teor da nossa Carta Magna, não está obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei; e, portanto, não é possível a cobrança dos valores constantes da inicial, porquanto a associação apelada, sem fins lucrativos, foi criada sem o seu consentimento e, por isso, não tem qualquer autoridade para cobrança de taxa condominial ou qualquer outra contribuição compulsória. Ressalta que a apelada não tem características de condomínio, nem de fato, nem de direito, "tratando-se sim de uma forma de loteamento", e que a gestão e a administração do mesmo estão a cargo do Poder Público, faltando-lhe, portanto, respaldo para implementar qualquer cobrança por serviços, "ficando aqueles supérfluos e de interesse particular sujeito à anuência e aprovação da parte beneficiada, o que não ocorreu no caso" - f. 94. Acrescenta ser ilegal a cobrança de valores do recorrente, porquanto estabelecidos visando à satisfação somente daqueles que realmente solicitaram e que, no caso, o apelante não reconhece como essenciais os prestados pela associação apelada, pois está satisfeito com os prestados pelos órgãos públicos. Alega que cabe aos associados que anuíram ao custeio de tais serviços, vedada a imposição a quem neles não tem interesse, sob pena de violação ao texto constitucional. Reafirma que adquiriu o terreno mais de 15 anos antes da constituição da associação e que está em dia com todos os pagamentos perante os órgãos municipais, não podendo, agora, ser prejudicado por arbítrio da apelada, que não pode ser equiparada ao condomínio, visto não ter natureza e requisitos necessários a tanto. Defende o seu direito adquirido, visto que se tornou proprietário muito antes da formação da associação, a cuja constituição não prestou anuência. Traz jurisprudência que entende amparar a sua tese e pugna pelo provimento do apelo.

As contrarrazões vieram às f. 102/107 em evidente contrariedade.

Presentes os pressupostos para sua admissibilidade, conheço do recurso, regularmente preparado - f. 91-v.

Trata-se de apelação interposta nos autos da ação de cobrança proposta pela associação apelada contra o ora apelante, visando ao recebimento do valor de R$ 4.486,87, referente ao rateio das despesas havidas com a manutenção do condomínio fechado, no qual o ora recorrente é proprietário de um lote.

A r. sentença julgou procedente o pedido e condenou o réu "ao pagamento de todas as taxas de manutenção do condomínio devidas a partir de janeiro de 2001 até a data de efetivação do pagamento, acrescida de juros de mora de 1% a.m. a partir da citação e correção monetária, pelos índices da Corregedoria de Justiça, a partir do ajuizamento da ação", impondo ainda a sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

Essa decisão causou a insurgência do ora apelante que pretende vê-la reformada, argumentando que não cabe à associação o direito de cobrar qualquer valor relativo à taxa de condomínio, porquanto não tem tal característica. Ademais, afirma, tratando-se de uma associação sem fins lucrativos, não está obrigado a associar-se, e efetivamente não o fez, sendo, pois, indevida a cobrança efetivada, invocando a norma constitucional que lhe garante esse direito.

O tema cuja rubrica se prestaria ao exame em sede de preliminar (ilegitimidade ativa) aqui se entrelaça com o mérito recursal e com ele será examinado.

Para o apelante, não cabe à apelada promover a presente ação, tendo em vista que, na qualidade de associação, não tem as características de condomínio e, portanto, não tem legitimidade para estabelecer qualquer cobrança de taxa condominial.

Data venia, penso que tal circunstância é incapaz de afastar a legitimidade da apelada do polo ativo da presente demanda, pois ao exame dos autos verifica-se que fora criada com o objetivo de administrar o loteamento do Bairro "Jardim L'Ermitage", regularmente registrada conforme estatuto trazido aos autos pelo próprio apelante - f. 44/47 - e que estabeleceu como dever de seus membros pagar a contribuição que for fixada em assembléia geral.

Entendo, pois, que, sendo a apelada instituída para administrar o referido loteamento, diga-se um "condomínio de fato", e havendo previsão de contribuições destinadas à manutenção e conservação do mesmo, é ela parte legítima para figurar no polo ativo da ação.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 284

Confira-se:

> Condomínio irregular - Legitimidade ativa *ad causam*. - I. O condomínio denominado irregular tem legitimidade ativa *ad causam* para ação de cobrança de taxas condominiais de seus integrantes. - II. Apelo provido (Ap. 20020110296660, 4ª Turma Cível, TJDF, Rel.ª Des.ª Vera Andrighi).

Defende-se o apelante do dever de pagar as taxas cobradas, alegando que não é obrigado a associar-se e que, ademais, adquiriu o seu terreno muito antes da criação da associação apelada e, portanto, não estaria obrigado a qualquer pagamento.

O exame dos autos revela que o lote do apelante fora adquirido em 23.12.1981 - f. 41/43 - (e não em 1973, como afirma em suas razões) e que a associação autora fora instituída e registrada em 28.10.1990 - f. 44/47 e posteriormente alterada - f. 48/56 em 29.6.2003.

De acordo com a cláusula 3ª, a associação tem a finalidade de caráter comunitário de

> promoção de bem-estar aos moradores do Jardim L'Ermitage e de suas respectivas famílias, a valorização do patrimônio, a melhoria das condições de urbanização, a manutenção da ordem e tranquilidade, a proteção à propriedade, o desenvolvimento comunitário e o zelo pela observância das condições do loteamento expressas no memorial do empreendimento - f. 48.

Em sua inicial, a autora afirma que

> disponibiliza serviços a seus associados, tais como guarita com vigilância na portaria 24 horas por dia, recebimento de correspondências e distribuição das mesmas efetuadas por funcionário da associação, serviços de sinalização nas ruas e vias de acesso que são de uso comum dos moradores e proprietários, serviços gerais de manutenção a saber: jardinagem, capina, manutenção em geral, serviços estes realizado por funcionários contratados pela autora - f. 03.

Afirma o apelante que não estaria obrigado ao pagamento de qualquer contribuição ou taxa estabelecida porque "não reconhece como necessários, destinados apenas a atender aos anseios daqueles que os contratam", cabendo, pois, aos associados arcar com os ônus, "sem a pretensão de suprimir direitos constitucionais de liberdade, igualdade, propriedade e tantos outros destinados a reger as normas de convivência e bem-estar" - f. 95.

Em que pesem tais argumentos, não impugnou as benfeitorias e a valorização de seu terreno pelas melhorias que recebe, mesmo sem contribuir como os outros proprietários. É inequívoco que o apelante se beneficia dos serviços prestados para a conservação e manutenção do "condomínio de fato" e que são mantidos pelos outros proprietários e moradores do local. A alegação, trazida à f. 75, de que reside em São Paulo e de que nunca teve conhecimento da existência de tal situação não elide a sua responsabilidade, porquanto, em que pese a proteção constitucional ao direito de propriedade e de não associação, existe outro de tão igual importância que veda o enriquecimento indevido.

Em sua excelente obra *Condomínios e incorporações*, 9. ed., Forense, p. 142, Caio Mário da Silva Pereira ensina:

> Interessando a todos a manutenção e conservação do edifício, é de princípio que a todos os condôminos compete concorrer, na proporção de sua parte, para as respectivas despesas. Assim, já dispunha o Código Civil (art. 624), quanto ao condomínio tradicional, e assim continuou sendo, no tocante ao especial, a antiga como a vigente. Não há diversidade de princípios nem de fundamentos. Pela mesma razão e para o mesmo fim, que a lei comum estabelece o encargo de todos os condôminos nas despesas de conservação do bem, os condôminos do edifício de apartamento têm de formar a caixa comum que as suporte.

A alegada liberdade de associação, garantia constitucional contida no inciso XX do art. 5º da Constituição Federal, também não procede, pois mesmo os moradores não associados devem pagar com regularidade as taxas de manutenção e melhorias cobradas. Antes de ser um princípio jurídico, é um principio moral e ético, pois não é admissível que os demais proprietários paguem para que o apelante usufrua dos benefícios sem contribuir para tanto. Negar-se a contribuir, ao contrário dos demais moradores, constitui evidente enriquecimento ilícito.

Suma venia, o Poder Judiciário não pode aplaudir seja o apelante destinatário do serviço alheio sem por ele pagar, ao singelo argumento de que está amparado pela Constituição quanto ao direito de não ser obrigado a associar-se.

J. Nascimento Franco (*Condomínio*, Revista dos Tribunais, 1997, p. 235) esclarece:

> Igual critério vem sendo aplicado para justificar a obrigação de todos os proprietários de lotes situados nos 'condomínios fechados', ao pagamento das despesas de conservação dos serviços comuns e equipamentos destinados a suprir a deficiência ou a inexistência dos serviços que, em princípio, deveriam ser, mas efetivamente não são, prestados pelo Município, ou por concessionários de serviços públicos, devido, por exemplo, à localização distante, dificuldade de acesso etc. Uma vez instituído um órgão administrativo do conjunto, tal como uma associação de moradores, e estabelecida uma Convenção, torna-se legal a cobrança do que for gasto para os serviços de administração e conservação das partes comuns, quais sejam jardins, praças, ruas, captação e distribuição de água, limpeza, coleta de lixo, vigilância, seguro etc.

Muito cômodo, por parte do réu/apelante, afirmar que as melhorias introduzidas o foram sem o pedido ou seu aval e que, por isso, não tem responsabilidade pelo respectivo pagamento. As obras realizadas pela autora e os serviços por ela prestados evidentemente beneficiaram

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 285

e valorizaram o imóvel do recorrente. Se não compareceu às reuniões assembleares, por si ou por representante legal, para discutir e votar a respeito das obras e serviços que seriam realizados, não o fez porque não o quis. Renovada vênia, a alegação de que não sabia da existência da associação somente demonstra o desinteresse pelo imóvel adquirido em data tão remota, não sendo crível que, desde 1990, quando foi criada a associação, o réu/apelante não tenha sequer visitado o seu terreno e percebido as melhorias implantadas. Dessa forma, não pode, agora, invocar a própria omissão, para enriquecer-se ilicitamente à custa dos demais moradores que lá construíram suas casas e lá residem. Ressalte-se que entidades como a autora agem no respeitante aos proprietários; e, assim sendo e tendo em vista a utilidade dos serviços e obras que realizam e que a todos aproveita, são os proprietários obrigados a ressarcir os custos dessas despesas que lhe são proveitosas.

Assim, o apelante não pode negar-se ao pagamento de sua parte a pretexto de inexistência de um condomínio, ou de não pertencer aos quadros da associação de moradores criada pela maioria, pois a contribuição decorre menos da condição de associado do que em virtude de poder utilizar-se dos serviços comunitários, independentemente de ser, ou não, associado, reafirme-se.

Com tais considerações, nego provimento ao apelo, mantida inalterada a r. sentença objurgada por seus próprios fundamentos, inclusive quanto à sucumbência imposta e à forma de correção do débito, que não foram alvo de insurgência recursal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO BERNARDES e TARCÍSIO MARTINS COSTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Dano moral - Dano material - Interdição provisória - Benefício previdenciário - Banco - Negativa de repasse à curadora - Ausência de ato ilícito - Exercício regular de direito - Dever de indenizar - Inexistência

Ementa: Ação de indenização. Danos morais e materiais. Interdição provisória. Negativa de repasse de benefício previdenciário. Ausência de ato ilícito. Exercício regular de direito. Dever de indenizar inexistente.

- Tratando-se de interdição provisória, pode o juiz que decretou a interdição impor alguns limites sobre as funções exercidas pela curadora. Assim, ao negar o repasse do benefício previdenciário recebido pela autora à sua curadora, o banco apelado agiu apenas em exercício regular de direito, o que não gera o dever de indenizar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.436027-3/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Maria da Glória Lucena - Apelado: Banco Santander, nova denominação de Banco Santander Banespa S.A. - Relator: DES. VALDEZ LEITE MACHADO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2009. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Maria da Glória Lucena contra sentença proferida em ação de indenização por danos morais e materiais em que contende com Banco Santander S.A.

Alegou a autora, em síntese na inicial, que é pensionista do Exército e tem o benefício depositado em conta no banco réu. Ressaltou que está sofrendo processo de interdição e tem como curadora provisória sua filha, mas, quando tentou proceder à renovação para o recebimento do benefício, o requerido se negou a fazê-lo, passando a reter seus proventos injustificadamente.

Asseverou que com tal atitude o banco réu vem lhe causando diversos prejuízos, inclusive de ordem moral, na medida em que se encontra com 92 anos de idade e depende dos proventos para sobreviver.

Colacionou julgados que entendeu atinentes ao caso.

Entendendo presentes os requisitos legais, pugnou pela inversão do ônus da prova e pela concessão de tutela antecipada, para que fossem imediatamente liberados os proventos indevidamente retidos, sob pena de multa diária no valor de R$ 200,00, para o caso de descumprimento.

Ao final, pediu pela procedência do pedido, para que fosse determinado ao banco requerido que não mais procedesse à retenção dos seus proventos, além da condenação daquele ao pagamento de indenização no valor de R$ 20.000,00, a título de danos morais.

O réu, Banco Santander S.A., apresentou contestação às f. 25/34, afirmando que não incorreu em qualquer ilegalidade, já que não recebeu nenhuma ordem

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 286

judicial para que fossem liberados os valores. Aduziu que existe sentença devidamente registrada no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais comprovando a situação da autora, tudo em conformidade com os arts. 1.183 e 1.184 do CPC.

Sustentou que a filha da autora deveria ter requerido ao juízo competente autorização para movimentar a conta-corrente da requerente. Garantiu que, para configuração da responsabilidade reparatória, se faz necessária a coexistência de ato ilícito, nexo causal e dano, que não se encontram presentes no caso. Destacou que também não se encontra presente qualquer constrangimento que tenha caracterizado a ocorrência de dano moral ou prejuízo material comprovado.

Garantiu que não cabe a aplicação de multa caso não sejam liberados os proventos da autora. Acrescentou que não se encontram presentes os requisitos que autorizam a inversão do ônus da prova.

Por fim, requereu a improcedência do pedido ou, então, que a indenização fosse fixada de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Impugnação à contestação às f. 42/55.

Às f. 58/59, foi indeferida a concessão de tutela antecipada, sendo esta decisão objeto do agravo de instrumento de f. 56/70.

Sobreveio sentença às f. 87/89, na qual o Magistrado singular julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 600,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, com correção monetária segundo a tabela da CGJ-MG, a partir da publicação da decisão, acrescidos de juros legais após o trânsito em julgado, ficando suspensa a cobrança em vista da gratuidade antes deferida.

Inconformada, Maria da Glória Lucena, interpôs recurso de apelação às f. 90/95, afirmando que, se o INSS, que é fonte pagadora, aceitou o termo de curatela provisório, não há motivos para que o banco apelado se recuse a transferir seu benefício para a curadora.

Ressaltou que, ao recusar o repasse do dinheiro, o banco recorrido está dificultando o cumprimento de atos legalmente respaldados, abusando dos seus direitos, gerando vários prejuízos. Sustentou que, em virtude da sua senilidade, certamente a curatela provisória se tornará definitiva, não havendo motivos para improcedência do pedido inicial.

Asseverou que o apelado violou o princípio da dignidade humana, mediante a retenção dos proventos indevidamente retidos, comprometendo sua sobrevivência.

Colacionou julgados que entendeu atinentes ao caso.

Por fim, pugnou pelo provimento do recurso, para que seja modificada a sentença, julgando-se procedentes os pedidos iniciais.

O apelado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões às f. 96/103, batendo-se pela manutenção da decisão.

Parecer emitido pelo il. representante da Procuradoria de Justiça às f. 11/114, no sentido de que seja conhecido e desprovido o apelo, para que seja mantida a sentença de primeiro grau.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Inicialmente, observo que a autora ajuizou a presente ação buscando a reparação pelos danos morais e materiais que alega ter sofrido em decorrência da retenção indevida de benefício previdenciário pelo banco réu, que deixou de repassar tais valores à sua curadora.

Contudo, a meu ver, não merece prosperar o recurso.

Ora, para que surja o dever de indenizar, a quase totalidade da doutrina pátria aponta como necessária a existência de três elementos básicos, quais sejam: a conduta humana, o dano ou prejuízo e o nexo causal entre os dois primeiros.

O primeiro elemento da responsabilidade civil é a conduta humana, que pode ser positiva ou negativa e tem por núcleo uma ação voluntária, que resulte da liberdade de escolha do agente, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. E, nesse sentido, seria inadmissível imputar ao agente a prática de um ato involuntário. Cumpre ressaltar que a voluntariedade da conduta humana não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas a consciência daquilo que se faz. O conhecimento dos atos materiais que se está praticando não exige, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

O segundo elemento é o dano ou prejuízo, que traduz uma lesão a um interesse jurídico material ou moral. A ocorrência deste elemento é requisito indispensável para a configuração da responsabilidade.

Nesse sentido, é a lição de Sérgio Cavalieri Filho, citado pelo doutrinador Pablo Stolze Gagliano, em sua obra *Novo curso de responsabilidade civil*:

> O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano (*Novo curso de responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40).

O último elemento essencial da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, que se apresenta como um elo etiológico, um liame que une a conduta do agente ao dano, o que nos leva a concluir que somente se responsabilizará alguém cujo comportamento positivo ou negativo tenha dado causa ao prejuízo, pois sem a relação de causalidade não existe a obrigação de indenizar.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 287

Todavia, no caso, não há prova contundente no sentido de que a parte demandada tenha praticado qualquer ato ilícito, já que, ao que tudo indica, agiu em exercício regular do direito, pretendendo apenas se resguardar de futura responsabilidade.

Ora, ocorrendo a interdição provisória da apelada, foi nomeada curadora provisória, que no caso é sua filha, que possui funções de receber pensões, administrar bens e realizar tarefas necessárias em favor da curatelada até que seja declarado curador definitivo.

Entretanto, tratando-se de interdição provisória, pode o juiz que decretou a interdição impor alguns limites sobre as funções exercidas pela curadora.

Nesse sentido:

> Interdição. Administração provisória. Limitação. Cabimento. - Não existe óbice legal a que seja a administração provisória dos bens ou valores do interditando estabelecida de maneira limitada, cabendo ao magistrado averiguar as necessidades que cercam o beneficiário do instituto no momento da fixação dos seus limites. Recurso a que se nega provimento (TJMG, AI nº 1.0000.00.242640-1/000, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Kildare Carvalho, j. em 04.04.2002).

Na hipótese, a apelante não juntou a decisão que determinou a nomeação da sua filha como curadora, não havendo como se verificar se aquela possuía poderes para movimentar os benefícios previdenciários recebidos por ela.

Demais disso, como o próprio nome indica, o instituto em questão tem natureza provisória, vigorante apenas no curso do processo de interdição, o que implica a possibilidade de sua modificação ulterior.

A esse respeito, reproduzo trecho do parecer emitido pela il. Procuradora de Justiça:

> De fato, entendo que, ainda que seja possível à curadora provisória representar a curatelada em todos os atos da vida civil, nos termos do dever de curatela que lhe foi imposto e prestando contas de suas ações, não há prejuízo na negativa realizada pelo banco apelado.
> É que o recorrido pretende apenas se resguardar de futura responsabilidade, caso ocorra a revogação da curatela provisória ora deferida (f. 114).

Assim, ao negar o repasse do benefício previdenciário recebido pela autora à sua curadora, o banco apelado agiu apenas em exercício regular de direito, o que não gera o dever de indenizar.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

> Ação de indenização. Responsabilidade civil. Dano moral e material. Ilícito inexistente. Denunciação caluniosa indemonstrada. Exercício regular de um direito. Indenização indevida. Pedido julgado improcedente. Recurso desprovido. - Para que surja o dever de indenizar, é necessário que concorram três elementos: o dano, o ato lesivo voluntário e o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Não restando evidenciado qualquer um destes elementos indispensáveis - concomitantemente -, inexiste o fato ensejador da responsabilidade civil e o conseqüente dever ressarcitório. O exercício regular de um direito não acarreta o dever de indenizar (TJMG, AC nº 1.0024.06.194843-6/001, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio, j. em. 27.02.2008).
>
> Ação de indenização. Responsabilidade civil. Dano moral e material. *Notitia criminis*. Ilícito inexistente. Exercício regular de um direito. Indenização indevida. Manutenção da sentença que se impõe. - Para que surja o dever de indenizar, é mister que concorram três elementos: o dano, o ato lesivo voluntário e o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Não restando evidenciado qualquer um destes elementos indispensáveis - concomitantemente -, inexiste o fato ensejador da responsabilidade civil e o conseqüente dever ressarcitório. O exercício regular de um direito não acarreta o dever de indenizar (TJMG, AC nº 2.0000.00.507520-5/000, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Osmando Almeida, j. em 10.10.2006).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, para manter a bem lançada sentença de primeiro grau.

Custas recursais, pela apelante, ressalvando-se o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANGELINA CASTILHO DUARTE e ANTÔNIO DE PÁDUA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação reivindicatória - Inépcia da inicial - Ilegitimidade passiva - Extinção do processo sem resolução de mérito - Construção de edifício - Área contígua - Invasão parcial - Perdimento da construção em favor do proprietário do terreno - Desproporcionalidade - Princípios gerais de direito

Ementa: Direito processual civil e civil. Ação reivindicatória. Inépcia da inicial. Ilegitimidade passiva. Extinção do processo sem resolução de mérito. Construção de edifício. Invasão parcial de área contígua. Perdimento da construção em favor do proprietário do terreno. Desproporcionalidade. Princípios gerais de direito.

- A invasão de terreno alheio por pessoa jurídica não induz, necessariamente, a legitimidade passiva de seu sócio administrador para ação reivindicatória.

- O paradigma do pós-positivismo jurídico, operando verdadeira revolução no quadro da hierarquia das nor-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 288

mas, dota os princípios gerais de direito de força normativa, com poder vinculante superior.

- A atividade jurisdicional não pode solucionar o caso concreto outorgando proteção a um bem jurídico em desproporcional sacrifício de outro igualmente tutelado, a pretexto do cumprimento da norma jurídica posta, sob pena de coadjuvar com a injustiça e, daí, operar verdadeira ilicitude.

- O regime civil anterior previa o perdimento da construção erigida de boa-fé em terreno alheio, mediante indenização. Detectando-se, todavia, que o reconhecimento do domínio da construção em favor do proprietário do terreno invadido - dada a desproporção entre o valor irrisório deste e o vulto daquela - importa violação do princípio da proporcionalidade, os efeitos da procedência do pedido reivindicatório devem ser adaptados à exigência de uma prestação jurisdicional equânime, reconhecendo-se o domínio da área em favor do invasor mediante justa composição indenizatória.

- Reconhecida a obrigação de o invasor de boa-fé indenizar em dinheiro a área invadida, incorporando-a ao seu patrimônio, descabe a indenização (aluguel) pelo uso indevido da área invadida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.838225-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Lúcio Pentagna Guimarães e sua mulher - Apelados: Clínica de Cirurgia Plástica e Pronto Socorro Face Ltda. 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 REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, COM RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2009. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelos apelantes, o Dr. Gianpaolo Zambiase Bertol Rocha e, pelos apelados, Marco Túlio de Carvalho Rocha.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação reivindicatória ajuizada pelos apelantes noticiando que os apelados invadiram parte do imóvel objeto da matrícula nº 7.576 do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte (f. 15/17), área minuciosamente descrita às f. 03/04 e planta de f. 14. Nesse sentido, a petição inicial destacou:

> Em narrativa fática circunstancial cumpre-nos dizer que a 1ª Ré, é proprietária do lote nº 01, da quadra 53, no Belvedere, com Matrícula de nº 25.596, cujo registro encontra-se no 2º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, imóvel sito à Rua Jornalista Djalma Andrade, onde o 2º Réu, administrador da 1ª Ré construiu, em meados de 1995, a Clínica Médica de Cirurgia Plástica que funciona no local e que leva o nome do 2º Réu. Ocorre que no ato de construção da referida clínica houve a invasão de parte da área de propriedade dos Autores, docs. Anexos, no importe de aproximadamente 500m^2, exatamente como infere-se da planta de situação que instrui a presente.
> O imóvel de propriedade dos autores esta perfeitamente individualizado, tomando-se por base seu perímetro, bem como demais características e confrontações, que encontram-se minuciosamente descritos na matrícula do imóvel, a seguir transcrita (transcrição da matrícula nº 7576, livro 2, do Cartório do 2º Ofício de Imóveis) (f. 03/04, *sic*).

Os apelantes formularam pedido reivindicatório cumulado com desfazimento da obra irregularmente construída e, ainda, indenização pelo uso indevido da propriedade (f. 07). Do processado destaca-se de relevante a produção de prova pericial, que esclareceu:

> [...] podemos constatar que as divisas do lote N.02 (Casa de N.1800) estão também bastante deslocadas em relação à planta aprovada da PBH, sendo que esse deslocamento, no muro de divisa lateral (do lado esquerdo) existente entre os lotes de Ns., 02 e 01, na parte da frente do lote N. 02, é de 4,31m, e na parte dos fundos de 20,48m. Em conseqüência, uma parte do lote de N.02 constituída pelo Polígono A G H I, invade/ ocupa o terreno do lote N.01, dos requeridos, numa área de 606,58 m^2.
> Ainda de acordo com o nosso levantamento, Planta de Detalhes, existe um deslocamento da divisa lateral entre o lote dos requeridos e o terreno dos requerentes, de 4,10m na parte da frente do lote 01, junto da Rua, de 10,96m na parte central desse lote, e um deslocamento que passa a ser nulo no vértice formado por essa divisa (lateral esquerda) com a divisa (lateral esquerda) com a divisa dos fundos (f. 131).

Na oportunidade, o valor da área invadida ficou estimado em R$166.748,20 (cento e sessenta e seis mil setecentos e quarenta e oito reais e vinte centavos), (f. 143, item 6.4 e 145, item 7.6), sendo os aluguéis mensais estimados em R$583,62 (quinhentos e oitenta e três reais e sessenta e dois centavos), (f. 146, resposta ao item 7.10).

Foram pedidos esclarecimentos ao perito (f. 184/188 e f. 208/212), os quais foram considerados insuficientes (190/197 e f. 214/216) - especialmente no tocante à avaliação da área invadida e da construção nela edificada - o que motivou a nomeação de novo perito (f. 222). Elaborado esse laudo pericial em caráter

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 289

complementar (f. 255/321), concluiu-se que a área invadida de 382,54 m² tem o valor de R$ 48.238,42 (quarenta e oito mil duzentos e trinta e oito reais e quarenta e dois centavos) (f. 267).

Após, sobreveio a sentença de extinção do processo sem resolução de mérito (f. 353/355), reconhecendo a ilegitimidade passiva do segundo réu (segundo apelado) e a inépcia da petição inicial por falta de delimitação precisa da área reivindicanda.

Preliminar de nulidade da sentença.

A sentença traz fundamentação, ainda que concisa, sobre a ilegitimidade passiva do segundo apelado para o pedido reivindicatório. Vejamos:

> A primeira requerida, em cujo nome se encontra transcrita a matrícula do imóvel contíguo, cuja edificação teria invadido a área pertencente aos autores, nos termos do artigo 45 do CC, está devidamente imbuída de personalidade jurídica, inexistindo motivos para desconsideração desta personalidade jurídica e inclusão do segundo réu, no polo passivo do pleito.
> Neste contexto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva do segundo suplicado, e nos termos do inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil, julgo extinto o feito em relação ao mesmo (f. 354).

A isso se acrescente que o segundo apelado, quando da noticiada invasão, era representante legal da primeira apelada (f. 33/36, cláusula sétima), sendo que só há responsabilidade pessoal do representante legal da pessoa jurídica quando seus atos extrapolam os limites do mandato, situação não detectada no caso, conforme será exposto mais adiante.

A fundamentação da sentença, apesar de sucinta, não configura prejuízo ao exercício do direito de defesa e, portanto, não gera nulidade (art. 244 c/c art. 250, parágrafo único, CPC). E, no ponto, porque acertada, deve prevalecer quanto ao reconhecimento de ilegitimidade do segundo apelado.

Por outro lado, verifica-se que a extinção do processo sem resolução de mérito se deveu, essencialmente, à falta de individuação precisa da área reivindicanda na petição inicial, visto que a área apontada como invadida corresponde à parte do imóvel constante da matrícula nº 7.576, sendo que esse todo veio individuado. Todavia, *concessa venia*, é dispensável a providência exigida pelo Juízo de origem, visto que a inicial trouxe suficiente individuação da área parcialmente invadida, bastante para a instauração da relação jurídica processual. Nesse sentido, Haendchen & Letteriello esclarecem:

> E, repetimos, se quiser o autor reivindicar parte do imóvel, deve identificá-lo. Nessa descrição não se exige precisão absoluta, porque, não estando ela mencionada no título dominial, não necessita ser rigorosamente medida.
> [...]
> 'Ação reivindicatória - Alegada inépcia na inicial por falta de individualização da área.
> Quando o autor descreve a área reivindicada da maneira como consta no título de domínio e apresenta mapa e memorial de localização da gleba, não se pode acolher preliminar de inépcia da inicial, porquanto satisfeito o requisito de admissibilidade da reivindicatória, consistente na individualização do imóvel' (AC 24.925-4-01, 140301995, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins).
> Portanto, resumindo, deve o autor na descrição da área ocupada dar elementos que a identifiquem, não sendo absolutamente necessário na reivindicação parcial que descreva com precisão os limites. Porém, quanto aos limites externos, quanto às divisas do imóvel em seu todo, exige-se que sejam certos, pena de julgamento de improcedência da ação. (HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmolo. *Ação reivindicatória*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 37/38.)

Nada obstante, o decreto de inépcia da petição inicial ocorreu após exaurida a fase instrutória, quando, conforme detectado pelo Juízo de origem, existiam elementos suficientes ao julgamento de mérito da ação. Vejamos:

> Pelo teor da inicial e até mesmo se pode observar pelo da prova produzida (*sic*), por ocasião da elaboração da peça de ingresso, não se sabia a exata localização da linha limítrofe, nem tampouco a extensão do eventual esbulho.
> Para se chegar à área supostamente esbulhada, o 1º perito teve que proceder ao levantamento das quadras 52 e 53, do loteamento aprovado na Prefeitura Municipal, objetivando 'demarcar as divisas' (f. 118). [...]
> Tal demarcação foi aproveitada pelo 2º perito, e a utilização desta demarcação é que possibilitou a elaboração do conclusivo laudo.
> Até então existia somente boa-fé do suplicado, no sentido de reconhecer eventual invasão da área apontada como sendo do autor.
> Isto porque antes de definida a área invadida, apontando-se sinais materiais das divisas das duas propriedades, não se pode falar em esbulho e consequentemente em reivindicatória.
> Por outro lado, a inicial é inepta, posto que não delimita a área esbulhada de sorte a constituir um pedido certo e determinado, possibilitando uma sentença igualmente certa e determinada relativa os pedidos formulados (*sic*), estando sem pressupostos de prosseguimento válido e regular (f. 354, *sic*).

Rejeito a preliminar.

DES. NILO LACERDA - Também rejeito, Sr. Presidente.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Com os mesmos fundamentos do Relator, também rejeito.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Mérito.

Com isso, atento ao permissivo do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, passo ao julgamento de mérito, por considerar o processo suficientemente instruído (art. 130, CPC).

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 290

O pedido reivindicatório dos apelantes foi formulado nos seguintes termos:

> Condene os Réus nos valores concernentes à indenização pela privação injusta dos direitos inerentes à propriedade do terreno, fazendo-o através de avaliação sobre o *quantum* relativo à locação do imóvel no período observado da posse injusta, determinando-se, ainda, o desfazimento de todas as construções feitas no local, restabelecendo-se a situação anterior, e, ao final, imitindo o Autores (*sic*) na posse do imóvel, mesmo antes que sejam desfeitas as construções, que se procedidas pelos Autores será às expensas dos Réus (f. 07, *sic*).

O fato ocorreu em meados da década passada, época em que vigente o Código Civil de 1916, portanto regente da matéria (art. 6º e parágrafo único, LICC). Para o caso, o antigo regime civil assegura ao titular da propriedade os direitos que lhe são inerentes, é dizer, de usar, gozar, dispor e reivindicar (art. 524, CC/16); ainda, impõe àquele que edifica em terreno alheio a perda da construção em favor do proprietário, desde que devidamente indenizado, salvo se comprovada a má-fé, caso em que admite o pedido de desfazimento da obra, mais perdas e danos (art. 547, CC/16).

De início, saliento que o fato de o pedido reivindicatório recair em parte do imóvel dos apelantes não afasta o interesse de agir - preliminar que se pode interpretar como de impossibilidade jurídica do pedido -, visto não haver, para o caso, previsão de outra modalidade de garantia, em simetria à previsão legal das ações de reintegração e manutenção de posse, na defesa de direito possessório. A ação reivindicatória é apta a veicular pretensão petitória, seja ela dirigida à totalidade ou a parte do bem imóvel.

Pontes de Miranda leciona:

> O primeiro pressuposto necessário da pretensão à reivindicação é a 'propriedade atual do titular.
> [...]
> O segundo pressuposto necessário da ação de reivindicação é a 'posse da coisa pelo réu' (in *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1978, Tomo VII, p. 117/118).

Desnecessária, ainda, a notificação premonitória dos apelados, conforme sustentam, visto que a invasão do imóvel é ato não tolerado pelo Direito, configurando, por si só, a mora do invasor em restituir a coisa ao proprietário. Nesse sentido, acórdão da Apelação Cível nº 2.0000.00.305032-8/000, Comarca de Peçanha, Relator Des. Gouvêa Rios, j. em 06.06.2000.

Tratando-se de pretensão petitória, a acepção jurídica da posse injusta tem sentido amplo, bastando seja ela exercida sem o direito de possuir.

> Mesmo de boa-fé a posse cede ao domínio. Injusta, pois, é qualquer detenção sem título de propriedade, ou sem o caráter de posse direta através das vias adequadas (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Posse de propriedade*. Leud, 1985, nº 12).

No caso, não há que se falar em falta de interesse de agir, pois os requisitos da pretensão petitória, prova do domínio e posse injusta, são incontroversos.

> São, portanto, requisitos do sucesso da ação reivindicatória, diante do art. 524 do Código Civil: a) a prova pelo autor de que o domínio da coisa lhe pertence; e b) a prova de que o réu detém a mesma coisa injustamente, ou seja, de forma que repugna ao direito (Apelação Cível nº 54.027, Relator Desembargador Agostinho de Oliveira, publicação ocorrida em 23.09.1980).

Avançando, a primeira apelada sustentou, em contestação, que o fato não decorreu de má-fé, tendo-se levado a erro por invasão contra ela operada pelo proprietário do outro imóvel vizinho. Nesse sentido:

> Ao contrário do que alegam os Autores, a posse do móvel pela 1ª Ré é da mais absoluta boa-fé.
> Como se percebe pelo croqui que juntaram aos autos e pela documentação ora juntada, o vizinho da 1ª Ré, proprietário do lote n.2 da mesma quadra, a prevalecer a tese dos Autores, teria invadido o lote da 1ª Ré em proporção maior do que aquela que ora é reivindicada.
> Ou seja, é fácil perceber que, a prevalecer a tese dos Autores, de que o imóvel reivindicando é de sua propriedade, eventual invasão pela 1ª Ré terá sido o resultado de alterações nas medições provocadas pela invasão que esta terá sofrido por seu outro vizinho.
> Em outras palavras, a prevalecer a tese dos Autores, a 1ª Ré terá agido na mais absoluta inconsciência de obstáculo à sua posse, uma vez que sempre teve motivos para supor que mantinha a posse de bem próprio (f. 30).

A assertiva foi corroborada pelo perito judicial, que, em resposta aos quesitos, destacou:

> 7.1 - Qual a área do lote dos Réus?
> Resposta: A área do lote N. 01, de acordo com a Planta aprovada pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, em 13/08/80, CP-216-07-M, é de 1.787,66m².
> O terreno ocupado pelos Réus, inclusive a área invadida, possui 1.563,53m² de área.
> [...]
> 8.5 - O imóvel de propriedade da Clínica de Cirurgia Plástica e Pronto Socorro da Face Ltda. encontra-se invadido? Em caso afirmativo, qual a extensão da invasão?
> Resposta: Sim. O imóvel dos requeridos, lote N.01, encontra-se invadido pelo lote N.02, casa de N.1800 da Rua Jorn. Djalma Andrade, numa extensão de 606,58m² de área (f. 148/149).

O documento de f. 13, demonstrando que em outro momento houve interesse da primeira apelada pela aquisição da propriedade dos apelantes, a nosso juízo, não constitui prova de má-fé, que, como se sabe, não se presume, já que decorre do estado psicológico do possuidor. Assim, a prova da má-fé deve ser robusta, dadas,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 291

sobretudo, as gravosas consequências de seu reconhecimento.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> Posse - Injusta e de má-fé - Distinções. - A justiça ou injustiça da posse determina-se com base em critérios objetivos. Diversamente do que ocorre com a posse de boa ou de má-fé, que tem em vista elementos subjetivos, pois decorre da convicção do possuidor. O reconhecimento da injustiça da posse, levando à procedência da reivindicatória, não obsta, por si, tenha-se como presente a boa-fé. (REsp 9095/SP, Rel. Min. Cláudio Santos, Rel. para o acórdão Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 07.04.1992, *DJ* de 25.05.1992, p. 7.394).

Nesse passo, a construção em propriedade alheia por ato destituído de má-fé afasta a pretensão de desfazimento da obra, havendo, ao contrário, previsão legal de perda da construção para o proprietário do terreno mediante indenização correspondente (art. 547, CC/16).

O caso, todavia, apresenta peculiaridade não prevista pelo legislador de 1916, impedindo a aplicação daquelas regras sem que, com isso, haja violação dos princípios gerais de Direito, dentre os quais se destaca o princípio da proporcionalidade, que modernamente baliza o exercício da função jurisdicional na solução do caso concreto.

Em superação ao positivismo legalista instaurado pelo pensamento kelseniano, o modelo do moderno Estado Democrático de Direito institui o paradigma do pós-positivismo jurídico, erigindo no ordenamento jurídico um sistema normativo calcado essencialmente em regras principiológicas, que perdem o caráter meramente norteador da atividade legiferante, passando a assumir, no quadro da hierarquia das normas, caráter vinculante superior. Trata-se do paradigma do pós-positivismo jurídico, instituidor do caráter normativo dos princípios gerais de Direito, que impôs verdadeira inversão do paradigma legalista, outrora reinante, o qual relegava o caráter normativo dos princípios a último plano (art. 4º, LICC; art. 126, CPC).

Ora, as regras jurídicas presumem-se elaboradas em perfeita e simétrica adequação aos princípios da equidade e da justiça, prevendo abstratamente a solução adequada a ser adotada na solução do caso concreto. Tocando ao juiz a solução do caso através da subsunção do fato à norma, e, portanto, em consonância com aqueles princípios, a proteção que se outorga a um bem jurídico não deve refletir sacrifício desproporcional e desarrazoado a outro. É dizer, simbolicamente, que o fiel da balança deve graduar de acordo seja o peso axiológico dos valores postos em cada lado. Assim, o exercício da função jurisdicional, a pretexto do cumprimento da norma jurídica posta, não pode se dissociar do princípio da proporcionalidade, sob pena de coadjuvar com a injustiça e, daí, operar verdadeira ilicitude.

O princípio da proporcionalidade substancial, conceito criado pelo sistema romano-germânico, foi também desenvolvido no âmbito do sistema anglo-saxão sob a denominação de devido processo legal substancial, encerrando, todavia, o mesmo conteúdo, conforme nos esclarece Freddie Didier Júnior:

> As decisões jurídicas hão de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um mesmo fenômeno.
> É como afirma Carlos Augusto de Assis: 'O devido processo legal, na sua dimensão substancial, tem correspondência com o chamado 'princípio da proporcionalidade', disseminado na Europa Continental.
> [...]
> E as razões que levaram à criação deste princípio foram muito bem postas por Karl Larenz:
> 'A amplitude com que a jurisprudência dos tribunais faz uso deste método explica-se, especialmente, pela ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas destes direitos, a não indicação de notas distintivas, em relação, por exemplo, ao que é 'exigível'. Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são 'abertos', 'móveis', e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que descer até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma 'ponderação' dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o 'peso' que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação' (f. 31 e f. 34).

Estabelecidas essas premissas, fica patente, no caso, a desproporção entre a preservação do direito dos apelantes tal como previsto pelo direito positivo, seja através do desfazimento da obra - tese já afastada pela ausência de má-fé - seja transferindo-lhes o domínio da construção. A primeira apelada edificou em terreno próprio, atribuindo-lhe destinação econômico-social, operando-se a invasão parcial de terreno alheio, sem, contudo, revelar-se a intencionalidade. É de se ressaltar, ainda, que a construção é instrumento essencial à atividade econômica desenvolvida pela primeira apelada, dotada de relevante função social, com proteção constitucional.

Noutro giro, além da desproporção verificada entre o valor da construção e o valor da propriedade invadida, tem-se ainda significativa desproporção entre a parcela da construção erigida sobre o terreno invadido (mínimo) e o seu tamanho global, já que a construção foi feita quase que completamente em terreno próprio, conforme restou detectado pela perícia técnica:

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 292

> O polígono B C E F é a parte do lote N.01, com 382,45m², que invade/ocupa o terreno dos requerentes.
> A área total invadida pelos requeridos pode ser distribuída da seguinte forma:
> —> Área não construída nos fundos: 114,97m²
> —> Área de parte do jardim e rampa de acesso superior: 32,41m²
> —> Área construída de garagem: 19,92m²
> —> Área de parte do estacionamento: 149,35m²
> —> Área de rampa de acesso de entrada da Clínica: 65,61m²
> —> Área do prédio principal (parede-quina): 0,19m²
> —> Total de área construída que invade o terreno dos requerentes: Área: 267,48m²
> [...]
> As benfeitorias construídas pelos Réus no terreno ocupado são as seguintes:
> —> Prédio principal da Clínica (área total): 995,13m²
> —> Área do jardim superior: 167,99m²
> —>Área da garagem: 50,91m²
> —> Área do estacionamento: 200,31m²
> —> Área da rampa de acesso ao prédio: 78,19m²
> —> Área da rampa de acesso do Jardim: 13,30m²
> —> Área da guarita/serviço: 15,15m² (f. 131, item 5.4; e f. 147, item 8.3).

Tal situação impede o perdimento da construção em favor dos apelantes, bem assim a cisão da edificação na linha divisória dos terrenos, visto que essa solução importa redução substancial de seu valor e do fim a que se destina, conforme constatado pelo perito do Juízo. Nesse sentido:

> A linha divisória (Linha BC - Planta de detalhes 1/1) traçada na divisa entre os terrenos dividiu as citadas benfeitorias em duas partes, que somente têm valor para os Réus e desde que as mesmas permaneçam integradas.
> Para os Autores, ou para terceiros, na hipótese de devolução do terreno (da área invadida), entendemos que essas partes de benfeitorias, que ficariam mutiladas no terreno dos Autores, não teriam nenhum aproveitamento e, portanto, não têm valor de mercado. Essas benfeitorias, muito provavelmente, serão todas demolidas.
> [...]
> O prejuízo para o Réu poderia ser estimado pelo valor do custo de construção dessas benfeitorias, considerando as partes das mesmas que se encontram na área invadida do terreno dos Autores (f. 209).

A questão ganha contornos especiais quando se constata, nos termos da perícia realizada, o vulto da edificação, orçada em R$ 1.068.000,00 (um milhão e sessenta e oito mil reais), (item 8.3, f. 147/148).

Note-se, por fim, que a área invadida, num total de 382,45m² (f. 131; item 5.4), mostra-se irrelevante e não desvirtua a destinação econômica dos setenta e oito hectares que compõem a propriedade dos apelantes (cf. matrícula 7.576, f. 15-v.).

Nessas circunstâncias, não há, absolutamente, proporcionalidade e razoabilidade em impor o perdimento da propriedade da construção em proveito do proprietário do terreno invadido, solução que deve ser afastada, resolvendo-se a questão em perdas e danos.

Em caso análogo, de reintegração de posse, este Tribunal de Justiça enfrentou a questão, resolvendo em perdas e danos litígio em que se pleiteava a posse de área mínima invadida com demolição de construção. O acórdão restou assim ementado:

> Ação de reintegração de posse. Demolição. Indenização. - Em ação de reintegração de posse cumulada com pedido de demolição de construção, pode o magistrado determinar, em substituição ao pedido inaugural, a indenização por perdas e danos, na hipótese de ser pequena a área invadida e de relativa importância a construção nela edificada, mormente quando houver risco de comprometimento da estrutura da obra respectiva. (Apelação Cível 2.0000.00.306235-3/000, Relator Desembargador Silas Vieira, publicação ocorrida em 17.06.2000.)

A decisão, a propósito, lastreou em precedente do Superior Tribunal de Justiça lançado nos seguintes termos:

> Reintegração de posse. Demolição. Indenização. Pedido do réu.
> 1. A inexistência de pedido expresso do réu não impede ao juiz de deferir indenização, em lugar da demolição do prédio.
> 2. A invasão de área mínima de terreno, com a construção concluída de valioso prédio, resolve-se com a indenização e não com a demolição. Voto vencido. Recurso conhecido e provido. (REsp 77712/MG, Rel. Ministro Barros Monteiro, Rel. para o acórdão Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18.03.1997, *DJ* de 19.12.1997, p. 67.505.)

Do acórdão destaco, por oportuno, trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

> Tenho que o juiz, ainda que inexistente reconvenção, e mesmo que revel o demandado, não estava obrigado a deferir o pedido de demolição de um valioso prédio que invadira na sua construção pequena nesga de terreno vizinho, fração mínima do imóvel. Podendo transformar esse pedido de demolição em justa indenização, compondo o interesse de todas as partes, parece inadequado fazer-se aplicação rígida da defesa possessória. Cabe ao juiz, comprometido com a Justiça, harmonizar o direito do autor, que não pode ser exercido abusivamente, com a natureza da coisa e com o bom senso. A ação possessória não impede esse deferimento, que não é nada mais do que a limitação do pedido.
> [...]
> Se a construção do valioso prédio, já concluída, invadiu área mínima do terreno lindeiro, não causando outro prejuízo que não o decorrente do desrespeito à divisa, pode o juiz determinar a indenização do dano e não a demolição do prédio.

O voto foi acompanhado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que, em adendo, destacou:

> Além das considerações já apontadas, tenho que o caso está a refletir, ao lado da rigidez do sistema, quanto ao conheci-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 293

> mento do recurso especial, algo mais relevante e merecendo de especial atenção, em face das finalidades sociais e políticas do processo civil contemporâneo, que, em sua feição de efetividade, reclama maior sensibilidade do julgador e aplicação da 'lógica do razoável', como, aliás, comanda o art. 5º da Lei de Introdução.
> No caso, tomando por base o que foi aqui exposto, há circunstâncias fáticas que ensejam a incidência de critérios mais modernos de hermenêutica, admitindo doutrina e jurisprudência a possibilidade de se transformar uma reintegração desarrazoada em indenização, mesmo de ofício e na fase executória.

É importante salientar a diferença entre a ação de reintegração de posse e a ação reivindicatória residente tão somente na causa de pedir, sendo uma fundada em posse anterior (*jus possessionis*) e outra em título de domínio (*jus possidendi*). Ambas, todavia, buscam o direito à posse direta com os respectivos consectários, sendo certo que onde há a mesma razão, aí deve haver o mesmo direito (*ubi eadem est ratio, idem jus*).

De longa data, a propósito, o saudoso Professor Silvio Rodrigues havia se debruçado sobre o tema, destacando:

> Quando a construção ou plantação ultrapassa de muito o valor do terreno e foi levantada de boa fé, é extremamente injusta a regra que determina a sua perda em favor do dono do solo. Tanto mais que este concorreu, pelo menos com sua negligência, para que tais construções ou plantações se erguessem.
> Não raro, e este é caso dos mais freqüentes, uma construção avança, em pequena fração, em terreno alheio. Amiúde a invasão é de alguns centímetros e o construtor se encontra de boa fé. Entretanto, de acordo com a lei, como o acessório segue o principal, o proprietário do terreno adquire o domínio do acessório. E, como compete ao proprietário o direito de usar e de reivindicar o seu prédio, cabe-lhe a prerrogativa de exigir a demolição da obra. Ora, isso às vezes colide com o interesse da comunidade.
> Pois que, a regra do art. 547 do Código Civil deixa ao arbítrio do proprietário do solo decidir se o prédio erguido em seu terreno deve ou não ser deitado abaixo. Ora, tal disposição é perigosa, por colidir com o interesse econômico da sociedade. Imagine-se que se trate de prédio valiosíssimo, que será lançado a terra por capricho do proprietário do solo. Obviamente, outro é o interesse da sociedade.
> Entretanto, o Código Civil, fugindo à orientação apregoada por muitos escritores do passado, que alguns Códigos já vinham adotando e que outros mais tarde adotaram, sucumbiu ao preceito lógico e não admitiu qualquer abrandamento da regra tradicional que determina seguir o acessório a condição do principal.
> Com efeito, no regime anterior ao Código, escritores como LAFAYETTE, LOBÃO, BORGES CARNEIRO, COELHO DA ROCHA admitiam exceção à regra de que o acessório segue o principal, em dadas hipóteses. Eis a lição de LAFAYETTE:
> 'Por exceção da regra o edifício fica pertencendo ao construtor nos casos seguintes:
> a) Se foi levantado às claras e em presença do dono do solo, sem impugnação de sua parte.
> b) Se vale muito mais do que o solo por ele ocupado' (in *Direito das coisas*, § 40, *b*).
> E LAFAYETTE se escora, nesta afirmativa, em MELLO FREIRE (Liv. 3.º, Tít. 3º, § 8º), em LOBÃO (Casas, § 51) e em BORGES CARNEIRO (4, 65, nº 21).
> Aliás, CARLOS DE CARVALHO, em sua *Nova consolidação das leis civis*, consolidou a regra no parágrafo único do art. 427, nestes termos:
> 'Sendo o edifício de valor muito superior ao solo, este cederá àquele, salvo direitos de terceiros'.
> É evidente o interesse social desta solução. Da mesma maneira, impõe-se a regra no sentido de evitar decisões injustas nos casos de construções que invadam, em porções reduzidas, terrenos alheios.
> Por conseguinte, é de se recomendar, *de lege ferenda*, a adoção de tal critério. Ademais, não se pode deixar de aplaudir uma jurisprudência que acolha tal orientação. (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: Direito das coisas. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 5, p. 103/105.)

Este o raciocínio que conduziu o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a prolatar a seguinte decisão:

> Ação reivindicatória - Invasão de pequena área - Construções que não devem ser demolidas, sob pena de se afrontar o interesse da sociedade e dar guarida a mero capricho dos proprietários do solo - Caso que se resolve em perdas e danos, estejam os invasores de boa ou de má-fé - Apelo improvido. (Apelação Cível nº 144.114-4/6, Relator Desembargador Alexandre Germano, decisão ocorrida em 09.03.2004.)

O Código Civil de 2002 tem previsão expressa regulando a situação do caso concreto, conforme anota Marco Aurélio Viana:

> Sob a égide do art. 547 do Código revogado, o proprietário do terreno havia a propriedade do que era incorporado ao imóvel, quando terceiro plantava, semeava ou edificava. Se o dono das sementes, plantas e materiais agia com boa-fé, gozava do direito à indenização. Se de má-fé, perdia o direito a ser indenizado e podia ser compelido a repor as coisas no estado anterior e pagar os prejuízos que houvesse causado. Ocorre que, se a construção ou plantação ultrapassasse o valor do terreno e levantada de boa-fé, o dono do imóvel adquiria a propriedade.
> A solução presente no parágrafo único do art. 1.255 põe-se dentro da melhor orientação, e já estava no Anteprojeto de Orlando Gomes, art. 442. Sendo o direito de propriedade orientado pela sua função social, correto que se procure harmonizar os interesses, evitando soluções que prejudiquem a circulação da riqueza. A aquisição do solo por parte daquele que construiu ou plantou, estando de boa-fé, é justa e atende aos reclames da melhor doutrina, mesmo aquela anterior ao diploma civil de 1916. (VIANA, Marco Aurélio S. Coordenador TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentário ao Novo Código Civil*: direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XVI, p. 155/156.)

Com isso, soa harmônico ao sistema jurídico a solução do caso com a transferência da propriedade da área invadida em favor da primeira apelada mediante justa indenização aos apelantes, esta em atenção ao

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 294

princípio que veda o enriquecimento sem causa (arts. 884 e segs., CC02). Destaque-se que essa solução não importa a pretendida aplicação retroativa da nova lei civil, manifestada pela defesa, situação vedada pelo princípio *tempus regit actum*, conforme visto.

Diante das divergências técnicas surgidas na apuração do valor da área invadida, temos que a questão merece maiores digressões, conforme passamos a analisar.

O valor da área invadida encontrado pela primeira perícia, utilizando-se do método comparativo, foi de R$166.748,20 (cento e sessenta e seis mil setecentos e quarenta e oito reais e vinte centavos) (f. 143). Os apelados pediram a realização de nova perícia, arvorando-se essencialmente no método utilizado para a avaliação da área, destacando que "usa-se o Método Comparativo para se ter o preço do metro quadrado da área dos lotes (parcelamento), ou para avaliar terrenos não-loteados em comparação com outros. No entanto, o terreno não-loteado de propriedade da Autora não foi comparado com nenhum terreno não-loteado, pela inexistência da referida amostragem". Com isso, pediram a realização de nova perícia com observância do método involutivo para cálculo do valor da gleba bruta, o que foi deferido (f. 222), tendo a segunda perícia encontrado o valor de R$ 48.238,42 (quarenta e oito mil duzentos e trinta e oito reais e quarenta e dois centavos), (f. 267, item 12).

Em sede de esclarecimento, o primeiro perito judicial ponderou a diferença entre os métodos comparativo e involutivo, destacando:

> O método involutivo é aquele método baseado em um modelo de viabilidade técnico-econômico, para avaliação do valor de um terreno, alicerçado no seu aproveitamento eficiente máximo.
> Por esse aproveitamento eficiente entende-se aquela utilização mais indicada para o local, seja comercial, industrial ou residencial, mediante um projeto hipotético de empreendimento compatível com as características do imóvel e as condições do mercado. A avaliação por este método considera a receita provável da comercialização de todas as unidades do projeto com base nos preços obtidos em pesquisas de mercado, leva em conta todas as despesas necessárias à transformação do terreno no empreendimento projetado, prevê o custo de execução, margem de lucro do empreendedor, despesas financeiras e de comercialização, lançamento do empreendimento etc. dessa forma, deduzindo do valor da receita prevista para o empreendimento, todas as despesas, encontra-se o valor do terreno, ou seja, o valor máximo que se poderia pagar pelo terreno para viabilizar o empreendimento.
> O método comparativo, conforme citamos no item 06 do Laudo Pericial (à f. 133), é aquele em que o valor do bem, no caso o imóvel, é obtido através da comparação com dados de mercado de outros imóveis similares ao avaliando, já negociados ou ofertados para a venda. A condição fundamental para a aplicação deste método é a estatisticamente como amostra do mercado. Por este método qualquer bem pode ser avaliado, desde que existam elementos (amostras representativas) suficientes. A sua aplicação segue as seguintes etapas: caracterização e identificação da propriedade (imóvel) a avaliar com todos os atributos que lhe conferem valor, procurar no mercado as propriedades similares e comparáveis (outros imóveis), proceder à homogeneização dos dados encontrados, uma vez que os imóveis possuem algumas características heterogêneas, ou utilizar a inferência estatística e finalmente encontrar o valor da avaliação do imóvel por meio de análise estatística dos dados (f. 193/194, *sic*)

No caso, a área reivindicanda situa-se em bairro dos mais valorizados desta Capital, situação que não pode ser desprezada. Se, por um lado, a área reivindicanda compõe um terreno maior de 78 ha não loteado, destituído dos equipamentos urbanos, e, portanto, afastando a aplicação do método comparativo; por outro lado não é menos verdade que tal área se insere em vizinhança totalmente urbanizada, o que se evidencia, por exemplo, através das fotografias de f. 170, 171, 178, 321, desprestigiando, da mesma forma, a aplicação do método involutivo.

No caso, a condenação ao pagamento de indenização, de um lado, serve para compensar os apelantes da perda patrimonial experimentada; de outro, para impedir o enriquecimento sem causa da primeira apelada. Se a justa composição da perda patrimonial exige a aplicação do método involutivo, a adequada composição do acréscimo patrimonial em favor da primeira apelada reclama a aplicação do método comparativo, visto que a transferência do domínio em seu favor importa agregação da área ao seu terreno, que é loteado.

A nosso juízo, a situação reclama a remessa das partes à fase de liquidação de sentença, nomeando-se perito que seja capaz de compor o valor da indenização através da aplicação conjunta de ambos os métodos ou outro método que revele o justo preço da área objeto do litígio.

Dada a natureza declaratória do provimento jurisdicional no tocante à transferência do domínio, fica afastada a pretensão indenizatória pelo uso indevido da área - a depender de uso indevido de bem alheio -, cabendo às partes as providências necessárias para regularizar, no âmbito administrativo, a transferência do domínio, atendidas as exigências legais e demais formalidades reclamadas pela Municipalidade.

Com essas considerações, rejeito a preliminar de nulidade e dou parcial provimento ao recurso para reformar a sentença e, com fundamento no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgar procedente o pedido reivindicatório, convertendo-o em perdas e danos. Em consequência, condeno a primeira apelada ao pagamento de indenização aos apelantes correspondente ao valor da área invadida, como ficar apurado em liquidação, contando-se juros de mora de 6% (seis por cento)

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 295

ao ano desde a data da invasão até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (janeiro de 2003), e, a partir daí, deverão incidir à taxa de 12% (doze por cento) ao ano, transferindo-se, após, o domínio da área reivindicada à apelada, obedecidas as exigências legais e administrativas da Municipalidade. Julgo improcedente o pedido de condenação ao pagamento de "aluguel" pela ocupação do terreno. Confirmo a sentença de extinção do processo sem resolução de mérito em relação do segundo apelado.

Condeno a primeira apelada ao pagamento de 80% das custas processuais (incluindo as recursais) e honorários advocatícios que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Condeno os apelantes ao pagamento dos restantes 20% das custas e honorários advocatícios, que arbitro em R$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos dos arts. 20, §§ 3º e 4º, e 21 do Código de Processo Civil e Súmula 306 do STJ.

DES. NILO LACERDA - Senhor Presidente, do exame que fiz dos autos não cheguei a outra conclusão senão à que chegou o eminente Desembargador Relator. Para se fazer justiça em casos da natureza do debatido nesses autos, a ação reivindicatória há que ser convertida em perdas e danos.

A retroação dos juros de mora à data da invasão não deixa de ser uma forma de compensar o pedido de estabelecimento do valor para locação.

O eminente Relator esgotou com esmero, que lhe é peculiar, toda a matéria debatida nesses autos.

Eu acompanho inteiramente o voto de Vossa Excelência.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Senhor Presidente, eu anoto a satisfação com que ouvi as brilhantes sustentações orais proferidas pelos ilustres advogados, e há que se elogiar o esmero profissional de cada um deles em defesa de suas teses.

Essa Câmara tem tido oportunidade, Senhor Presidente, ao longo do tempo, de decidir causas rumorosas e importantes que aportam a esse Tribunal.

Tive oportunidade, em companhia do Des. Saldanha da Fonseca e de outros de decidir questões intrincadas, difíceis, que chegaram aos Tribunais Superiores, voltaram a essa Casa e continuam a render recursos dada a importância que representam no seio social.

Entretanto, Senhor Presidente, numa demanda dessa natureza, parece que a distribuição foi guiada por Deus, se assim me permite Vossa Excelência, talvez nenhum outro Colega tivesse a sensibilidade não só jurídica, mas humana e social maiores que as do Des. José Flávio de Almeida para decidir um caso dessa natureza.

Eu fico envaidecido e agradeço a Deus por ter um Colega do calibre de Vossa Excelência, um homem que dignifica o Poder Judiciário em face de sua inteligência, da sua simplicidade e seu zelo profissional acima de tudo.

Vossa Excelência, em seu voto, que eu só não pedi para ler todo do início ao fim porque Vossa Excelência não permitiu, mas é um voto, Senhor Presidente, que merece ser lido e merece ser estudado por aqueles que o acompanharem ou que dele divergirem porque os argumentos de Vossa Excelência são profundos, sinceros e estritamente dentro da realidade jurídica e social do País.

Li e reli várias vezes a decisão de Sua Excelência, estive com os autos em mãos, eu não tenho, Senhor Presidente, nenhum motivo, nenhum argumento para não acompanhar *in totum* a decisão do il. Relator, mesmo porque representa o que há de mais correto e de mais equânime no Poder Judiciário. E me conforta muito tantos ilustres e renomados autores de que Sua Excelência se vale no voto, que não acho longo pela exuberância da fundamentação, onde Vossa Excelência busca ensinamentos em Silvio Rodrigues, Pontes de Miranda e tantos outros e até mesmo autores estrangeiros, mas especialmente no professor Marco Aurélio Viana, trazendo uma solução altamente rica para a espécie. Perdoe-me, Sr. Presidente, não estou falando de direito, mas estou fazendo comentários sobre uma verdadeira aula de direito que representa o voto do ilustre Relator. Eu, a despeito de participar da Turma Julgadora, acredito que regimentalmente não me impede, e, se assim houver algum impedimento, eu peço a V. Ex.ª que retire o meu requerimento.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, COM RECOMENDAÇÃO.

...

Responsabilidade civil do Estado - Reexame necessário - Indenização - Acidente de trânsito - Via pública municipal - Animal na pista - Fiscalização e apreensão - Omissão do Poder Público - Responsabilidade subjetiva - Dano material - Lucro cessante - Comprovação - Dano moral - *Quantum* indenizatório - Redução

Ementa: Responsabilidade civil do Estado. Reexame necessário. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Animal solto em via pública municipal. Ato omissivo do Poder Público na fiscalização e apreensão. Responsabilidade subjetiva. Danos materiais. Lucros cessantes. Comprovação. Danos morais. Redução do *quantum* indenizatório.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 296

- A responsabilidade do Município pela omissão na fiscalização e apreensão de animal de grande porte, solto em via pública municipal, é subjetiva e está configurada quando existente a prova dos danos e do nexo de causalidade entre a ausência ou má prestação do serviço público e o evento danoso.

- A indenização do dano moral deve ser estipulada, sopesando-se a gravidade objetiva do dano, seu efeito lesivo, natureza e extensão e, ainda, as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor, evitando o enriquecimento indevido do ofendido, servindo, ao mesmo tempo, de desestímulo a novas ofensas.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0512.05.028691-7/001 - Comarca de Pirapora - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pirapora - Autor: Jazon Fernandes de Souza - Réu: Município de Buritizeiro - 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 REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 7 de maio de 2009. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SILAS VIEIRA - Cuida-se de reexame necessário da r. sentença de f. 138/155 - nos autos da ação de indenização proposta por Jazon Fernandes de Souza em desfavor de Elessander Alves Moreira e do Município de Buritizeiro -, via da qual o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pirapora julgou parcialmente procedente o pedido, "[...] para absolver o requerido Elessander Alves Moreira, nos termos do art. 269, I, do CPC, e condenar o Município de Buritizeiro a pagar ao autor Jazon Fernandes de Souza indenização por danos materiais [...]" (f. 154), da seguinte forma:

- indenização relativa ao pagamento da cirurgia no valor de R$ 2.500,00;
- despesas médicas no valor de R$ 1.078,04;
- conserto da motocicleta no valor de R$ 1.649,00;
- noventa dias de trabalho;
- despesas com alimentação, R$ 30,00;
- despesas de farmácia, R$ 157,55 (f. 154).

No mesmo ato, restou consignado que deverão incidir, sobre os valores supra, juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, além de atualização monetária, segundo os índices da Corregedoria de Justiça de Minas Gerais, desde a data da propositura da ação. Especificamente, quanto ao valor descrito no item 4, deverão incidir "[...] juros moratórios de 1% e atualização monetária pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça a partir da data da liquidação" (f. 155).

O Município ainda foi condenado ao pagamento de R$ 33.200,00 (trinta e três mil e duzentos reais), a título de indenização dos danos morais, importância essa a ser

> [...] acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, conforme art. 406 do Código Civil de 2002, combinado com art. 161 do Código Tributário Nacional, bem como atualização monetária pelos índices da Corregedoria de Justiça de Minas Gerais, ambos a partir da publicação da presente sentença (f. 155).

Sem custas, ante a isenção prevista na Lei Estadual nº 14.939, de 2003. Condenação da Municipalidade a pagar, a favor do patrono do autor, honorários advocatícios de sucumbência, no montante de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Sentença submetida ao reexame necessário.

Não houve recurso voluntário.

Os autos vieram-me conclusos, após a devida redistribuição determinada pelo eminente Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes à f. 163.

Dispensado o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, em atendimento à Recomendação CSMP nº 1, de 3 de setembro de 2001.

É o relato.

Conheço do reexame necessário, visto que aplicável o disposto no art. 475, I, do CPC.

Jazon Fernandes de Souza propôs a presente ação em face de Elessander Alves Moreira e do Município de Buritizeiro, com o propósito de obter a condenação destes a lhe pagar a importância de R$ 6.766,37 (seis mil setecentos e sessenta e seis reais e trinta e sete centavos), a título de reparação dos danos morais sofridos; 400 (quatrocentos) salários-mínimos - ou outra quantia a ser definida pelo Juízo -, para fins de indenização dos danos morais; e outras despesas que ainda necessitar despender para o seu tratamento.

Alega que,

> [...] no dia 17.08.05, na Av. Manoel Joaquim de Melo, próximo ao nº 2.390, no Município de Buritizeiro/MG, por volta das 21h30 [...], guiava a sua motocicleta no sentido Bairro/Centro, quando inesperadamente surgiu na via uma vaca escura, causando abalroamento entre tal animal e o veículo [...], conforme boletim de ocorrência anexo (f. 02).

Ressalta que sofreu diversas fraturas e se submeteu a uma cirurgia de emergência nos braços, realizada em hospital da rede particular; que, além de suportar o custo

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 297

da intervenção cirúrgica, no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais), arcou com despesas médicas, como exames, medicamentos, consultas, gastos hospitalares e refeições, num total de R$ 766,37 (setecentos e sessenta e seis reais e trinta e sete centavos); que ficou imobilizado e impossibilitado de exercer suas atividades laborativas por um período superior a 90 (noventa) dias; que lhe foi recomendado tratamento fisioterápico, no valor de R$ 10,00 (dez reais) cada sessão; que o conserto da motocicleta ficou em R$ 1.649,00 (mil seiscentos e quarenta e nove reais); que ficou transtornado com o ocorrido.

Afirma que tomou conhecimento de ser o 1º requerido o proprietário do animal envolvido no acidente.

Pondera que "[...] o Município requerido deve ser igualmente responsabilizado, já que não agiu dentro de suas atribuições que seria a de fiscalização e apreensão de animais soltos nas vias publicas [*sic*.]" (f. 03).

O processo seguiu o rito ordinário, conforme despacho de f. 36.

Às f. 43/44, o 1º réu apresentou contestação ao pedido. O 2º réu, Município de Buritizeiro, não ofereceu defesa.

O MM. Juiz da causa, por sua vez, julgou parcialmente procedente o pedido, "[...] para absolver o requerido Elessander Alves Moreira, nos termos do art. 269, I, do CPC, e condenar o Município de Buritizeiro a pagar ao autor Jazon Fernandes de Souza indenização por danos materiais [...]" (f. 154) e por danos morais.

É essa a decisão submetida ao reexame necessário.

Pois bem.

Ao exame dos autos, tenho que se fala, no caso, em teoria da *faute du service*, e não na responsabilidade objetiva do Estado.

Isso porque é apontada a omissão de um comportamento de agente público, que teria levado ao dano na esfera jurídica do autor, por não ter sido realizada prestação dentre as que incumbem à Administração Pública municipal realizar em prol da coletividade.

Na teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público, a responsabilidade civil do Estado, por atos de seus agentes, é vista em moldes de direito privado. Instaurou-se, assim, um regime jurídico da responsabilidade do Poder Público em termos estritamente privatísticos, de modo a desvincular a responsabilidade do ente estatal, da ideia de culpa do serviço, passando a falar-se em culpa do serviço.

Ressalte-se que a falta do serviço público não se vincula à culpa individual do servidor - pelo qual ele mesmo responde regressivamente -, mas do funcionamento defeituoso do serviço, do qual decorre o dano, incidindo, então, a responsabilidade do ente estatal.

Nessas hipóteses, mister a comprovação do nexo de causalidade, impondo-se a demonstração de que o dano resultou diretamente da inação dos agentes administrativos ou do mau funcionamento de um serviço público.

Os elementos probatórios - em especial, o boletim de ocorrência de f. 15/17, os documentos de f. 18/34, o depoimento pessoal do requerente (f. 83/84), os depoimentos das testemunhas (f. 87/91) e os ofícios de 96, 109/110, 113 - deixam claro que Jazon Fernandes de Souza conduzia sua motocicleta, quando se chocou com uma vaca.

Certo, também, que o Município se omitiu na prestação do serviço público de fiscalização e apreensão do animal solto na via pública municipal.

Num contexto como o que se apresenta, cabível a responsabilização da Municipalidade pelo ocorrido.

Pertinente, em contrapartida, a reparação dos danos materiais e dos lucros cessantes, devidamente comprovados às f. 18/34 e detalhados à f. 154 do ato sentencial, além dos danos morais.

Lado outro, reformo a r. sentença, no tocante ao montante definido, a título de reparação específica dos danos morais.

A meu ver, há excessividade no valor de R$ 33.200,00 (trinta e três mil e duzentos reais) estipulado pelo eminente Juiz sentenciante como verba indenizatória dos danos morais, haja vista a capacidade econômica do ofensor e da parte ofendida, bem como a natureza e a extensão do dano moral - este, no caso, evidenciado pelos transtornos suportados pelo autor com o acidente.

Mostra-se adequado, então, o arbitramento de R$ 8.000,00 (oito mil reais), para o fim a que se propõe a condenação.

Cumpre-me destacar que não se nega, aqui, o constrangimento sofrido pelo autor. Na verdade, é inadmissível fazer do dano um meio de enriquecimento indevido daquele, como pode ocorrer se permanecer o *quantum* fixado pelo MM. Juiz singular.

No que tange à correção monetária e à incidência de juros moratórios sobre a importância arbitrada, para fins de reparação dos danos materiais e dos lucros cessantes, não há o que reformar no r. ato sentencial, ante a observância do art. 406 do Código Civil, c/c o art. 161, § 1º, do CTN, e a ausência de recurso de qualquer das partes, notadamente frente ao termo inicial de contagem daqueles.

Mantenho a correção monetária definida em primeiro, com relação à reparação dos danos morais, mas, diante da reforma ora realizada, o dia em que o valor da indenização foi fixado, ou seja, a data da presente decisão será o termo inicial para sua ocorrência, pois se considera que o *quantum* está atualizado até este momento.

Quanto aos juros moratórios sobre o montante definido, para reparação do abalo moral, devem ser de

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 298

1% (um por cento) ao mês, conforme o art. 406 do Código Civil, desde a data em que o devedor foi constituído em mora, na hipótese, desde o próprio evento, como determina, inclusive, a Súmula nº 54 do colendo STJ, dada a própria natureza extracontratual da responsabilidade cogitada no feito.

No mesmo sentido, peço vênia para citar mais um julgado do colendo STJ, *verbis*:

> [...] Responsabilidade civil. [...]. Dano moral. Valor da condenação. [...]. Correção monetária. Termo inicial. Data da fixação do valor. Juros moratórios. Termo inicial. Data do evento. [...]. V - Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual (REsp nº 309725, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, pub.: *DJ* de 14.10.2002).

Contudo, em respeito ao princípio que veda a *reformatio in pejus*, deixo de alterar a r. sentença, nesse aspecto, porque o Juízo monocrático fixou os juros de mora desde a data da publicação da sentença, e não houve a irresignação da parte autora a respeito.

Prosseguindo, é de se manter o r. ato quanto à condenação nos ônus de sucumbência.

Houve sucumbência do Município, nos moldes do art. 21, parágrafo único, do CPC.

O valor em si, como honorários advocatícios de sucumbência, mostra-se igualmente adequado e atende aos critérios exigidos no art. 20, § 4º, do CPC.

Ante o exposto, em reexame necessário, reformo parcialmente a r. sentença, apenas para reduzir o montante da verba indenizatória dos danos morais a R$ 8.000,00 (oito mil reais) e, em consequência, estabelecer que a correção monetária incida desde a data desta decisão.

É como voto.

DES. MANUEL SARAMAGO - Peço vênia ao em. Des. Silas Vieira para divergir de seu douto e judicioso voto.

Conheço da remessa oficial, aos pressupostos de sua admissibilidade.

No Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Pirapora, Jazon Fernandes de Souza ajuizou ação de indenização em face do Município de Buritizeiro, objetivando indenização por danos morais e materiais, resultantes do acidente do veículo de sua propriedade que fora abalroado por um animal que adentrou a pista de rolamento.

Ouso divergir, *data venia*, do entendimento do douto Relator, tão somente no tocante à natureza da responsabilidade do Município no presente caso.

Da responsabilidade presumida.

A presente ação deve ser decidida, a teor do estabelecido no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, considerando a responsabilidade presumida da pessoa jurídica de direito público.

A respeito do tema, leciona Hely Lopes Meirelles:

> O § 6º do art. 37 da CF seguiu linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo (*Direito administrativo brasileiro*, 18. ed., p. 558).

Ademais, registre-se haver precedentes, *verbis*:

> Ementa: Responsabilidade civil do Município. Acidente de trânsito. Via local. Animal na pista. Responsabilidade objetiva. Previsão constitucional. Dever do Estado de zelar pela segurança das vias de tráfego. - O Município, no exercício de seu poder de polícia, deve agir no sentido de fiscalizar as vias urbanas, sendo de sua responsabilidade, dentre outras, impedir o livre trânsito de animais de grande porte pelas ruas e avenidas locais. Eventual acidente decorrente da colisão de veículos com animais é resultado de sua omissão, já que, ao construir uma via pública, a Municipalidade assume o dever de zelar por sua conservação e pela segurança no tráfego dos munícipes, sendo que estes, em contrapartida, devem obediência às determinações que são expedidas pelo Poder Público local. Aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva decorrente do nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o dano. Devida a indenização pelos danos morais sofridos em decorrência da morte de motociclista (Processo nº 1.0105.03.099841-0/001, Relatora: Maria Elza).

Assim, no caso dos autos, o ônus probatório é do Município quanto à descaracterização da sua responsabilidade pelo evento danoso, uma vez que restou caracterizado o nexo causal entre a conduta omissiva do ente público e os danos suportados pelo autor.

Conforme bem asseverado pelo em. Des. Silas Vieira, restou comprovado o nexo de causalidade na espécie ora focalizada.

Daí se impõe verificar o *quantum* a ser fixado a título de danos materiais e morais suportados pelo autor.

Isso posto, no reexame necessário, hei por bem reformar parcialmente a sentença tão somente para reduzir o valor da indenização por danos morais nos exatos termos do voto do eminente Relator.

Custas, *ex lege*.

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

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 299

Furto - Extinção da punibilidade - Prescrição antecipada - Inadmissibilidade - Ausência de previsão legal - Recurso - Provimento

Ementa: Recurso em sentido estrito. Furto. Prescrição antecipada. Impossibilidade. Falta de previsão legal. Prescrição pela pena em abstrato. Não configurada. Recurso provido.

- Carece de amparo legal a denominada prescrição antecipada, que tem como base uma condenação hipotética ou aleatória, sendo que a prescrição somente se regula pelo máximo da pena cominada ao crime, antes do trânsito em julgado da sentença, ou pela pena concretamente aplicada, após o trânsito em julgado do *decisum* nos termos dos arts. 109 e 110 do Código Penal.

- Considerando que a pena máxima, em abstrato, cominada ao crime de furto é de 4 (quatro) anos, se, entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia e entre esta última até o presente momento, não transcorreram mais de 8 (oito) anos, nos termos do art. 109 inciso, IV, do Código Penal, não há se falar em prescrição da pretensão punitiva pelo máximo da pena cominada ao delito.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0239.04.000036-0/001 - Comarca de Entre-Rios de Minas - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Janaine Aparecida Ribeiro - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2009. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra Janaine Aparecida Ribeiro como incursa na sanção do art. 155 (furto) c/c o art. 69 (concurso material) do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 28 de fevereiro de 2003, na Rua Armando Dias Leite, nº 13, na cidade de Jeceaba-MG, a recorrida subtraiu do interior da residência de Aimara Carolina de Resende diversos objetos, tudo como consta do anexo inquérito policial (f. 02).

Consta ainda da exordial que houve representação policial no sentido da expedição de mandado judicial de busca e apreensão para cumprimento junto à recorrida e sua residência, mandado deferido e, uma vez cumprido, foram encontrados em poder da mesma vários dos objetos subtraídos do interior da residência da referida vítima, sendo os objetos apreendidos, reconhecidos pelos proprietários da residência e restituídos aos mesmos após serem avaliados (idem).

Recebida a denúncia, foi o recorrido citado e interrogado, apresentando defesa preliminar de f. 81 e ouvidas 3 (três) testemunhas (f. 99, 100 e 101).

Nas alegações finais, pede o Órgão Ministerial a pronúncia da recorrida como incursa nas sanções do art. 155 c/c o art. 71 do Código Penal (f. 126-129).

A defesa requereu a nulidade do interrogatório por cerceamento de defesa por não ter a recorrida oportunidade de entrevistar-se com seu defensor quando da ocorrência do feito referido. Deferindo o pedido, o Juiz *a quo* anulou o processo a partir do interrogatório, ou seja, a partir da p. 79 dos autos (f. 129-v. e 131/134).

Posteriormente, veio decisão do douto Juízo *a quo* decretando a prescrição da pretensão punitiva estatal em perspectiva, reconhecendo, por via de consequência, extinta a punibilidade em relação a Janaine Aparecida Ribeiro nos termos dos arts. 107, inciso IV, e 109, inciso VI, do Código Penal (f. 163/167).

Inconformado com a decisão, recorreu o Ministério Público, pretendendo que seja cassada a decisão extintiva de punibilidade, prosseguindo-se o feito até a final sentença de mérito, rogando a defesa o desprovimento do recurso (f. 187/190 e 199-v.).

Em juízo de retratação, o douto Juízo *a quo* manteve a decisão fustigada (f. 201/204).

Manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinou esta pelo provimento do recurso ministerial (f. 208/210).

É o breve relato.

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para sua admissão.

Inexiste na espécie qualquer nulidade, tampouco causa de extinção da punibilidade.

Trata-se de recurso em sentido estrito *ad instar* do inciso VIII do art. 581 do Código de Processo Penal, que estatui o seguinte:

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 300

> Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:
> [...]
> VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade.

Resume-se a questão à análise da possibilidade da prescrição antecipada ou em perspectiva.

Observa-se que o douto Juízo primevo idealizou uma suposta pena ao recorrido e, por via de consequência, com base nesta pena aleatória, reconheceu a prescrição punitiva, extinguindo a punibilidade do mesmo, *in verbis*:

> [...] No que se refere ao delito do art. 155, a pena máxima prevista é de quatro anos de reclusão e multa.
> Assim, segundo o art. 109, inciso III, a prescrição se daria em doze anos.
> Ocorre que, vislumbrando claramente a pena a ser aplicada à acusada, a pena-base, por pior que sejam os antecedentes da acusada, não ultrapassaria certamente o montante de dois anos e onze meses, na pior das hipóteses, considerando-se todas as circunstâncias negativas do art. 59 do CP o que certamente não é o caso dos autos.
> Então, na segunda fase de aplicação da pena se aplicariam as atenuantes da menoridade e da confissão (f. 79). Assim, chegaríamos a uma pena de um ano e onze meses, considerando a redução de seis meses para cada circunstância atenuante. Com isso, inexistindo causas de aumento de pena e agravantes a pena da acusada não atingiria sequer dois anos e, por isso, ficaria enquadrada tal hipótese perfeitamente no inciso VI do art. 109 do CP, uma vez que a acusada era menor de 21 anos na data do fato, tendo o prazo da prescrição sido reduzido pela metade conforme art. 115 do CP.
> Vale ainda ressaltar que, mesmo o processo e o curso do prazo prescricional tendo ficado suspenso desde 18 de maio de 2006 (f. 97/98) até 19 de janeiro de 2007 (f. 121), sendo que tal período não poderia ser contado para o efeito de prescrição, chega-se a mais de dois anos contados da data do recebimento da denúncia (20.04.05 - f. 69) até 18 de maio de 2006 e depois de 19 de Janeiro de 2007 até os dias atuais.
> Lado outro, não considerei também a possibilidade de a acusada ser absolvida.
> Assim, por princípio de razoabilidade e economia processual, é necessário sustar a *persecutio criminis* pelo reconhecimento da incidência de causa extintiva da punibilidade.
> [...]
> Diante do exposto, julgo extinta a punibilidade da acusada com fulcro no art.107, IV, primeira figura do CP, art. 109, VI, e art. 61 do CPP. P.R.I. [...] (f.163/167).

Entendo pela inaplicabilidade da prescrição antecipada ou em perspectiva, ainda que exista entendimento contrário, visto que a legislação penal não a admite.

Damásio de Jesus sobre o tema, *in verbis*:

> b) Impossibilidade de ser declarada a prescrição retroativa antes da sentença condenatória (a denominada 'prescrição antecipada' ou 'por perspectiva')
> A declaração da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa pressupõe a existência de uma sentença condenatória. Em face disso, não pode ser reconhecida antes da condenação (*Prescrição penal*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 144-145).

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci leciona:

> Há duas posições nesse contexto:
> * pela aplicação da prescrição virtual, propiciando o pedido de arquivamento do inquérito feito pelo representante do Ministério Público e determinado pelo juiz, por falta de interesse de agir;
> * pelo oferecimento e recebimento da denúncia, devendo haver regular instrução e sentença para, somente após, conforme a pena aplicada em concreto, considerar-se extinta a punibilidade, uma vez que esse representa o cumprimento fiel da lei, não se podendo supor qual seria a pena futura. Aliás, nesta posição, inserem-se também aqueles que demonstram seu inconformismo fundado no princípio constitucional da presunção de inocência. Portanto, rejeitar a denúncia com base em pena ainda não aplicada seria o mesmo que considerar o réu procedentemente culpado.
> A maioria da jurisprudência não aceita a chamada prescrição virtual, pois entende que o juiz estaria se baseando numa pena ainda não aplicada, portanto num indevido prejulgamento, embora seja realidade que, muitas vezes, sabe-se, de antemão, que a ação penal está fadada ao fracasso (*Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 555-556).

Amparando a tese, já decidiu esta Corte:

> Penal e processo penal. Intempestividade do recurso ministerial. Não-reconhecimento. Data da intimação oficial posterior à da interposição do recurso. Presunção de intimação. Inadmissão. Prescrição em perspectiva. Ausência de sustentação legal. Prejulgamento. Inadmissão. Recurso provido. - Não se pode, a partir da certeza de que o Ministério Público teve ciência da decisão antes da intimação oficial, presumir-se a data de tal ciência para não conhecer do recurso interposto por intempestividade. A prescrição, antes da sentença condenatória transitada em julgado, regula-se pela pena máxima abstratamente cominada, sendo que o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, com base na projeção em perspectiva da futura pena a ser aplicada, afronta a letra da lei, constitui amaldiçoado prejulgamento e frustra os escopos do Processo Penal, razões pelas quais não pode ser admitido. Preliminares rejeitadas e recurso provido (Recurso em Sentido Estrito nº 2.0000.00.479759-3/000, Rel. Des. Hélcio Valentim, 5ª Câmara Criminal do TJMG, *DJ* de 20.08.05).

> Recurso em sentido estrito. Irresignação ministerial. Extinção do processo com base na prescrição pela pena em perspectiva. Impossibilidade. Recurso provido. - Carece de amparo legal a denominada prescrição antecipada, que tem como base uma condenação hipotética e aleatória, de forma que a prescrição somente se regula pela pena concretamente aplicada, ou, ainda, pelo máximo da sanção abstratamente prevista. Recurso provido (Recurso em Sentido Estrito nº 2.0000.00.491513-1/000, Rel. Des. Vieira de Brito, 5ª Câmara Criminal do TJMG, *DJ* de 03.12.05).

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 301

Importante destacar por fim o entendimento firmado pelo STF e o STJ:

> Ementa: Recurso ordinário em *habeas corpus*. Prescrição antecipada ou prescrição em perspectiva. Falta de previsão legal. Rejeição. - A tese dos autos já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja orientação é no sentido de refutar o instituto ante a falta de previsão legal. Precedentes. Recebimento da denúncia pelo Tribunal Regional Federal. Alegada supressão de instância. Súmula 709 do STF. Inocorrência de supressão de instância, nos termos da Súmula 709 do STF, que preceitua: 'Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela'. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento (*RHC* 86950/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma do STF, *DJ* de 10.08.06).
>
> Penal. Recurso especial. Art. 171, *caput*, do Código Penal. Extinção da punibilidade. Prescrição antecipada. Impossibilidade. - Carece totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processual penal, a denominada prescrição antecipada que tem como referencial condenação hipotética. (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). Recurso provido (REsp nº 810524/RS (2006/0003381-0), Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma do STJ, *DJ* de 16.10.06, p. 426).

Registre-se por outro lado que, como não houve sentença transitada em julgado, a prescrição regular-se-ia pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito, conforme regra insculpida no art. 109 do Código Penal.

Não ocorreu, contudo, *in casu*, a prescrição pela pena abstrata cominada ao delito imputado à recorrida (155 do CP), já que, entre a data dos fatos - 28 de maio e 23 de setembro de 2003, f. 02 - e a data do recebimento da denúncia - 20 de abril de 2005, f. 69 - e entre esta última até o presente momento, ainda não transcorreram os oito anos previstos no art. 109, IV, do Código Penal, mesmo considerando a regra do art. 115 do referido diploma legal, reduzindo a prescrição da recorrida pela metade - 4 (quatro) anos -, não estaria sua pena prescrita, pois entre os lapsos temporais citados acima não se passaram os referidos quatro anos, isto sem observar ainda o período em que o processo e o prazo prescricional ficaram suspensos.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ministerial, determinando o retorno dos autos à primeira instância para prosseguimento do feito, porquanto inexiste prescrição do delito em questão.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores ADILSON LAMOUNIER e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Crime contra o meio ambiente - Inépcia da denúncia - Não ocorrência - Prova - Materialidade do delito - Não descrição no laudo pericial - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Crime contra o meio ambiente. Inépcia da denúncia. Não- verificação. Preliminar rejeitada. Mérito. Ausência de provas quanto à destruição de floresta. Crime do art. 38 da Lei 9.605/98 não configurado. Absolvição. Recurso provido.

- Se a denúncia descreve, em tese, conduta criminosa, não há que se falar em inépcia da exordial, notadamente se permite o exercício do direito à ampla defesa.

- Não configura o crime descrito no art. 38 da Lei 9.605/98 a destruição de vegetação que não seja considerada floresta (precedentes deste TJMG). Logo, se não há provas de que a intervenção não autorizada pelo órgão ambiental se deu em área de floresta, imperiosa é a absolvição do réu com fincas no art. 386, VII, do CPP.

Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0643.07.001544-8/001 - Comarca de São Roque de Minas - Apelante: Donizete Geraldo Leite - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDUARDO BRUM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2009. - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - Donizete Geraldo Leite, já qualificado nos autos, foi denunciado no Juízo da Comarca de São Roque de Minas como incurso nas sanções do art. 38 da Lei 9.605/98.

Narra a exordial que, no dia 18.04.2007, durante patrulhamento, policiais militares detectaram que o denunciado efetuou uma intervenção em área de preservação permanente dentro de sua propriedade rural, decorrente de aração/destoca e uso de fogo, atingindo oitenta ares e cerca de quinze hectares de área comum, sem autorização do órgão ambiental competente.

Encerrada a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente, restando o acusado condenado à

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 302

pena de 10 (dez) dias-multa, arbitrada em 2/3 (dois terços) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos (f. 115/122).

Intimações regulares às f. 125 e 128.

Inconformada, a defesa do réu interpôs recurso de apelação (f. 130), apresentando posteriores razões em que requer, preliminarmente, o reconhecimento da inépcia da denúncia, sob a alegação de que a área supostamente atingida pela intervenção do réu não é considerada floresta. No mérito, pede a absolvição por ausência total do dolo (f. 134/148).

Contrarrazões às f. 150/152, pelo desprovimento do recurso. Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da preliminar ou, caso esta seja ultrapassada, pelo provimento do recurso (f. 156/160).

Conheço do apelo, presentes os pressupostos para a devida admissibilidade.

Enfrento, primeiramente, a prefacial de inépcia de denúncia.

No vertente caso, especialmente na etapa administrativa, existe de forma bastante clara suporte mínimo de prova a alicerçar a acusação, notadamente o boletim de ocorrência de f. 8/11.

Lado outro, não há que se falar em deficiência da inicial acusatória se esta descreve fatos que, em tese, caracterizam a prática de crime e permitem ao acusado o amplo exercício do direito de defesa.

No presente caso, a inicial imputa ao ora recorrente crime ambiental consistente em intervenção não autorizada em área de proteção permanente, situação que, pelo menos em tese, é passível de configurar prática delitiva, desde que se prove a existência de todas as elementares típicas no curso da instrução.

Portanto, agiu com prudência o MM. Juiz *a quo* ao receber a exordial, permitindo à acusação produzir a prova do que alegou na peça pórtica.

Como bem destacado na r. sentença, a tarefa de se verificar a natureza da área de preservação permanente, para fins de caracterização como floresta, deve ser desempenhada na análise do mérito da causa, nada havendo de irregular com a denúncia.

Isso posto, rejeito a preliminar.

No mérito, entretanto, melhor sorte assiste ao recorrente, pois não vislumbrei provas produzidas pela acusação no sentido de que tenha o réu destruído ou danificado floresta considerada de preservação permanente.

Conforme já destacado pela douta Cúpula Ministerial,

> o laudo é omisso em descrever se os danos ambientais foram causados em uma floresta, fazendo menção exclusivamente à área de preservação permanente, o que não é o bastante para a incidência da norma penal em comento (f. 159).

Realmente, no presente caso, não há provas seguras de que a vegetação suprimida se enquadrava no conceito de floresta, valendo destacar que, em matéria penal, as normas incriminadoras devem ser interpretadas restritivamente.

Por conseguinte, não demonstrado, inequivocamente, o desmate de floresta *stricto sensu*, não há como se confirmar o r. édito condenatório.

Há precedentes neste eg. TJMG:

> Recurso em sentido estrito. Meio ambiente. Lei 9.605/98. Destruição de vegetação rasteira. Crime não configurado. - Não configura o crime descrito no art. 38 da Lei 9.605/98 a destruição de vegetação rasteira, que não se confunde com floresta de preservação permanente, nele mencionada (TJMG. 3ª Câmara Criminal. Apelação nº 1.0407.04.006521-8/001. Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, j. em 20.09.2005, pub. em 24.11.2005).

> Crime ambiental. Art. 38, Lei 9.605/98. Destruição de floresta de preservação permanente. Infração não tipificada. Inocorrência de desmate de floresta. Vegetação rasteira. Inexistência de dano ambiental. - O tipo do art. 38 da Lei 9.605/98 exige que a área desmatada seja de floresta de preservação permanente, mesmo que em formação. Se o apelante realizou um simples aterro em uma pequena área, causando a supressão de vegetação rasteira o crime não se caracteriza, pois, como cediço, descabe, no direito penal moderno, uma extensão analógica do termo 'floresta' para abranger outras formas de vegetação, sob pena de violação ao princípio da legalidade estrita. - Não tendo o dano agravado a biota local, constatando-se que a vegetação suprimida já se encontrava em pleno desenvolvimento, inocorreu ofensa ao bem jurídico protegido (TJMG. 2ª Câmara Criminal. Apelação nº 1.0637.02.016142-7/001. Rel.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caíres, j. em 20.09.2007, pub. em 27.11.2007).

Assim, absolvo Donizete Geraldo Leite da imputação constante da denúncia e o faço com fincas no art. 386, VII, do CPP.

Mercê do exposto, acompanhando o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIWAL JOSÉ DE MORAIS e FERNANDO STARLING.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 303

Crime contra o meio ambiente - Crime contra a flora - Destruição ou danificação de floresta considerada de preservação permanente - Autoria - Materialidade - Tipicidade - Prova - Laudo pericial - Subscrição por um só perito - Validade - Condenação

Ementa: Crime ambiental. Art. 38 da Lei nº 9.605/98. Destruir ou danificar floresta de preservação permanente. Materialidade. Laudo pericial subscrito por um único perito. Validade. Tipificação da conduta. Adequação típica.

- "Não é nulo o exame pericial realizado por um único perito oficial" (Súmula 20).

- Aquele que danifica área de preservação permanente em estágio inicial de regeneração responde pelo crime do art. 38 da Lei nº 9.605/98, cujo tipo tem como objeto de tutela floresta "mesmo que em formação".

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0023.06.003199-6/001 - Comarca de Alvinópolis - Apelante: Herberth José Dias Fraga - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2009. - *Júlio Cezar Guttierrez* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Herberth José Dias Fraga, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas iras do art. 38 da Lei nº 9.605/98, porque em 21.07.04, na "Fazenda do Beto", distrito de Fonseca, em Alvinópolis, destruiu vegetação rasteira em área de preservação permanente, sem autorização do órgão competente.

A MM. Juíza de Direito da Comarca de Alvinópolis julgou procedente o pedido contido na denúncia e o condenou à pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, substituindo a pena corporal por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade (f. 75/83).

Inconformada, a defesa recorreu, pleiteando a absolvição, por fragilidade do conjunto probatório "que se baseia unicamente na palavra da vítima e em perícias nada conclusivas", e, subsidiariamente, pede a fixação de uma pena alternativa mais branda (f. 87/88).

Em contrarrazões, pugna o Ministério Público pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 90/94), sendo esse, também, o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do ilustre Procurador José Alberto Sartório de Souza (f. 97/103).

É o relatório, em síntese.

Conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

No mérito, desassiste razão à defesa, *data venia*.

Narra-se, nos autos, que policiais militares, atendendo denúncia anônima, compareceram na "Fazenda do Beto", distrito de Fonseca, em Alvinópolis, de propriedade do apelante, onde verificaram a destruição de meio hectare de vegetação de área permanente, próximo a uma nascente e um curso de água, além de enormes buracos no solo efetuados para a retirada de argila.

Renovando a alegação, já rebatida adequadamente na sentença guerreada, a defesa centra sua argumentação na ausência de prova da materialidade do delito, ao argumento da invalidade do laudo pericial de f. 29, o qual, além de ter sido subscrito por apenas um perito (vício de forma), não seria conclusivo quanto à danificação de floresta no local.

Quanto ao alegado vício de forma, verifica-se que, de fato, pela antiga redação do art. 159 do CPP, a perícia deveria ser feita por dois peritos oficiais.

Pela atual redação, dada pela Lei nº 11.690/08, basta um único perito oficial, mas a jurisprudência majoritária já vinha se afirmando no mesmo sentido do novo dispositivo, ou seja, que a subscrição do laudo por um só perito não seria causa de nulidade da prova, conforme se vê em inúmeros julgados desta Casa Julgadora.

A matéria mereceu, inclusive, uma súmula por decisão do Grupo de Câmaras Criminais do TJMG, vergastada nos seguintes termos: "Não é nulo o exame pericial realizado por um único perito oficial" (Súmula 20).

Ademais, não obstante a Súmula 361 do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência do mesmo órgão tem-se orientado no sentido de que o enunciado, inquinando de nulidade o exame realizado por um só perito, tem como pressuposto a aplicação do § 1º do art. 159 do CPP, isto é, somente se exige a dualidade de peritos quando não sejam eles oficiais.

Em suma: "Tratando-se de perito oficial, um será suficiente para conferir validade à perícia" (*HC* 73148/SP).

Acresça-se que a declaração de nulidade dependeria da comprovação do prejuízo, o que, na espécie, não se fez, sendo de se registrar, por fim, que a perícia foi firmada por engenheira florestal, especialista no assunto, que também se viu acompanhada de terceira pessoa no momento do exame.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 304

Portanto, não vejo como desconsiderar a validade do laudo pericial de f. 29 sob o aspecto formal.

Quanto ao resultado do laudo, entendo que é apto a comprovar a materialidade do delito em questão, mesmo porque a conclusão não discrepa do relato do boletim de ocorrência de f. 05, bem como das declarações do próprio apelante, que confirmou a "limpeza" da vegetação e a extração de argila no local (f. 10).

A área em questão foi considerada pela perícia como de preservação permanente e, pela descrição dos autos, localiza-se próximo a uma nascente e a um curso de água.

A alegação de que não existia qualquer floresta no local não é apta a descaracterizar o crime. O laudo pericial demonstra que a área atingida estava em estágio inicial de regeneração (f. 29), o que se ajusta perfeitamente ao tipo previsto no art. 38 da Lei 9.605/98, que assim prevê: "Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção".

Assim, irrelevante que a área já estivesse degradada ou que o local contasse com "buracos antigos", conforme argumentou o réu (f. 10), pois a só continuidade do trabalho de extração de argila, nas condições constatadas, impede a regeneração da estrutura florestal objeto da tutela legal.

Como ensina o doutrinador Paulo Afonso Leme Machado, a "área de preservação permanente", protegida nos termos dos arts. 2º e 3º do Código Florestal (Lei 4.771/65):

> [...] é um espaço territorial em que a floresta ou a vegetação devem estar presentes. Se a floresta aí não estiver, ela deve ser aí plantada. A idéia da permanência não está vinculada só à floresta, mas também ao solo, no qual ela está ou deve estar inserida, e à fauna (micro ou macro). Se a floresta perecer ou for retirada, nem por isso a área perderá sua normal vocação florestal (*Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 698).

Assim, ainda que o local contasse com esparsa vegetação, em se tratando de floresta em estágio inicial de regeneração, não era lícito ao réu danificá-la, descaracterizando a função ambientalmente protegida da área.

Registre-se que a autoria é inconteste, sendo digno de menção o testemunho de José Bibiano da Costa (f. 64), que confirmou a exploração do local com vistas à extração de argila, só possível após a supressão da vegetação.

O apelante foi declarado revel no curso do processo (f. 42); contudo, na fase inquisitiva, confessou ter se utilizado do local para a retirada de argila e que, quando "limpou a área, havia na mesma 'vegetação rasteira' do tipo grama e capim" (f. 10).

Por fim, não enseja a absolvição a alegada premência econômica (f. 64), pois tal não autoriza o proprietário rural a ir de encontro às normas de proteção ambiental, de titularidade de toda a coletividade.

Como se vê, não há que se falar em atipicidade do fato ou ausência de provas para condenação.

Melhor sorte não socorre à defesa quanto ao pedido de mitigação da pena, a qual foi estabelecida no mínimo legal cominado à espécie (um ano de detenção).

A pena corporal foi substituída por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços comunitários nos termos do art. 44, § 3º, do CP, não comportando qualquer redução.

Por fim, não há que se falar em decote da pena de multa, a qual não foi estabelecida na sentença, como, de resto, nenhuma espécie de pena de natureza pecuniária.

Ante tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HERBERT CARNEIRO e EDIWAL JOSÉ DE MORAIS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Furto qualificado - Abuso de confiança - Estado de necessidade - Não ocorrência - Qualificadora - Configuração - Exclusão - Inadmissibilidade

Ementa: Apelação criminal. Furto. Estado de necessidade. Inocorrência. Decote da qualificadora. Abuso de confiança. Inadmissibilidade.

- Dificuldades financeiras, desemprego ou até mesmo doença não caracterizam a excludente de ilicitude do estado de necessidade ou inexigibilidade de outra conduta, para o que é imprescindível que bens ou interesses estejam correndo perigo em decorrência de ato não provocado voluntariamente pelo agente.

- Pratica furto qualificado por abuso de confiança o agente que, na condição de empregado há vários anos da vítima, retira o gado da propriedade e vende para um frigorífico.

Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0388.06.011096-1/001 - Comarca de Luz - Apelante: Marcos Antônio Soares - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 305

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, 12 de maio de 2009. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Perante o Juízo da Comarca de Luz, Marcos Antônio Soares, alhures qualificado, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal.

Segundo a denúncia de f. 2/3, em meados de novembro de 2005, na Fazenda Esteios, situada na zona rural do Município de Luz, o denunciado, com abuso de confiança, subtraiu para si quatro vacas da raça "nelore", animais de propriedade de Paulo de Tarso Machado Carvalho.

Consta ainda da inicial que a vítima, patrão do denunciado, depositava nele confiança, tanto que o mesmo tinha acesso aos currais e pastos da fazenda, locais em que ficavam os animais furtados.

Regularmente processado, ao final sobreveio a r. sentença de f. 89/94, julgando procedente a pretensão punitiva estatal, para condenar o réu às penas de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no patamar mínimo legal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito.

Inconformado com a r. sentença condenatória, a tempo e modo, interpôs o réu regular recurso de apelação (f. 98). Em suas razões recursais (f. 99/103), busca o apelante a absolvição, alegando ter agido em estado de necessidade. Alternativamente, pugna pelo decote da qualificadora e nova valoração das circunstâncias judiciais.

Em contrarrazões (f. 104/111), o Ministério Público pugna pelo desprovimento do recurso, no que foi secundado, nesta instância, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. José Alberto Sartório de Souza (f. 115/120), il. Procurador de Justiça.

É, em síntese, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Não foram arguidas preliminares, e, não vislumbrando nulidades nem irregularidades a serem sanadas de ofício, passo ao exame do mérito da apelação.

Como visto alhures, busca o apelante a absolvição, alegando ter agido em estado de necessidade. Alternativamente, pugna pelo decote da qualificadora do abuso de confiança esculpida no inciso II, § 4º, do art. 155 do CP, pleiteando, ainda por nova valoração das circunstâncias judiciais.

Registre-se, inicialmente, que a materialidade restou suficientemente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (f. 06/09) e auto de apreensão (f. 21). Do mesmo modo, a autoria mostra-se inequívoca diante das provas colacionadas aos autos, sobretudo pela confissão do ora apelante em ambas as fases da persecução criminal (f. 18 e 43), tanto que a absolvição por negativa de autoria não é objeto do presente recurso, sustentando a defesa ter o réu agido em estado de necessidade.

De acordo com a orientação doutrinária e jurisprudencial, considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato criminoso 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-se.

Examinando detidamente os autos em confronto com a pretensão recursal, a meu ver, não há que se falar em estado de necessidade, excludente da ilicitude, pois, além de não haver um perigo atual, o apelante não fez prova do indispensável requisito referente à inevitabilidade do comportamento lesivo, já que, na conformidade desta excludente de ilicitude, o agente só pode realizar a conduta lesiva quando não houver outra forma para se evitar o perigo atual e iminente.

Ora, o fato de sua companheira encontrar-se enferma (câncer) não caracteriza um perigo atual, não havendo, também, prova nos autos da condição de miserabilidade do réu.

Ademais, há muito se consagrou em nossa jurisprudência o entendimento de que dificuldades financeiras, desemprego, ou até mesmo situação de penúria e doença não caracterizam o estado de necessidade nem justificam a prática de ilícitos penais, sob pena de dar-se reconhecimento de excludente de ilicitude a toda conduta de marginais que, por não exercerem profissão ou por falta de emprego, atacam o patrimônio alheio. Nesse sentido, tem decidido a jurisprudência:

> Ementa: Roubo. Emprego de arma e concurso de pessoas. Negativa de autoria. Reconhecimento pela vítima e testemunhas. Delação do có-réu. Inexistência do estado de necessidade. Desclassificação para crime de furto. Impossibilidade. Reestruturação das penas. Não obstante a negativa do acusado na empreitada criminosa, sua participação fica evidente ante a palavra da vítima que, na fase inquisitiva, o reconheceu como um dos agentes, aliada aos depoimentos das testemunhas e a delação de seu comparsa, formando, assim, elementos de provas suficientes para embasar uma condenação, estando em harmonia com os demais elementos de convicção. Não caracteriza o estado de necessidade, previsto no art. 24 do CP, a simples insuficiência de recursos financeiros, pois, para que esta figura se configure, é necessária a existência de um perigo atual e inevitável para um bem jurídico do agente ou de terceiro, sendo impossível aceitar-se esta tese quando o réu podia superar tais circunstâncias, passando a desenvolver trabalho lícito e honesto. A própria definição do tipo penal nos diz que configura o delito de roubo quando a subtração é cometida com violência ou grave ameaça. Portanto, sendo estas ações

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 306

> cometidas contra uma pessoa ou acarretando-lhe a impossibilidade de defesa, tem-se como perfeitamente caracterizada a grave ameaça. (TJMG, 2ª C. Crim, Ap nº 1.0003.03.008788-0/001, Rel. Des. Willian Silvestrini, v.u. j. em 17.05.2006; pub. *DOMG* de 12.06.2006)
>
> Exclusão de ilicitude. Estado de necessidade. Crime contra o patrimônio. Alegação de que o delito foi praticado em face da crise econômica nacional. Inadmissibilidade. Inaplicabilidade do art. 24 do CP. [...] Não evidencia o estado de necessidade, como causa de exclusão da ilicitude prevista no art. 24 do CP, a alegação de que o crime contra o patrimônio foi praticado em face da crise econômica nacional, pois tal argumentação não pode legitimar a prática de delitos (TRF, 4ª Região, 2ª Turma, *HC* nº 97.04.34225-0/RS, Rel. Juiz Paim Falcão, j. em 23.10.97, *RT* 751/704).

Logo, sem a comprovação da inevitabilidade daquela conduta, não há como acolher a alegação de estado de necessidade, pois a excludente de ilicitude exige que o agente pratique o fato como recurso extremo diante de uma situação de perigo atual inevitável.

Sendo assim, não tendo o apelante comprovado o alegado estado de necessidade, impõe-se a rejeição do pleito absolutório.

No que tange ao pedido de decote da qualificadora descrita no inciso II, § 4º, do art. 155 do CP - abuso de confiança -, melhor sorte não socorre o apelante.

Para caracterizar a qualificadora do abuso de confiança contida no delito de furto, fazem-se necessários dois requisitos, um subjetivo, referente ao vínculo de confiança, e outro objetivo, decorrente da facilidade proporcionada por aquele à prática do delito, em razão da ausência de vigilância do proprietário sobre os seus bens.

No caso em exame, o vínculo de confiança encontra-se evidenciado, pois a vítima depositou fidúcia nos serviços prestados por seu empregado, ora apelante, afrouxando-se dos cuidados ordinários de seus bens, o que tornou possível, em decorrência da função que exercia o réu na Fazenda Esteios, tendo o mesmo contato direto com a *res* e a sua subtração.

Sobre o assunto têm decidido os tribunais:

> O abuso de confiança, em tema de furto, pressupõe dois requisitos, um subjetivo, referente ao vínculo de confiança que surge de certas relações entre o agente e o lesado; outro objetivo, decorrente da facilidade proporcionada por aquele à prática do delito, em virtude do afrouxamento dos cuidados ordinários dispensados pela vítima quanto a seus bens (TACRIM-SP AC 569.357-3 - Rel. Haroldo Luz, *apud* FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. (Coords). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora RT, 2001, v. 2, p. 2.505).
>
> Configura-se a qualificadora de furto quando ele é praticado por guardião, a quem estavam afetas a guarda e a segurança das coisas expostas facilmente ao seu alcance em razão da função, porque o fato constitui traição à confiança que nele foi depositada (TAPR - AC - Rel. Adolpho Pereira - Bol. ADV 362; *apud* FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. (Coords). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora RT, 2001, v. 2, p. 2.505).

Assim, tendo o apelante traído a confiança que a vítima nele depositava e aproveitando-se desta para subtrair gado em sua propriedade rural, caracterizada está a qualificadora do "abuso de confiança" descrita no inciso II, § 4º, do art. 155 do Código Penal.

Noutro giro, não procede, *data venia*, a pretensão da defesa de reduzir a pena-base imposta ao apelante, pois esta obedeceu às normas que regem a dosimetria da pena, já que o ilustre Sentenciante, após sopesar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, estabeleceu a pena-base no mínimo legal, tudo em conformidade com a recomendação do STJ:

> Ao proceder à individualização da pena, o juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva - culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente - e de natureza objetiva - motivos, circunstâncias e consequências do crime, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não dever ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade (STJ, 6ª Turma, REsp nº 60251/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 27.06.96, in *DJU* de 27.05.96).

Portanto, tendo a pena sido aplicada em consonância com as normas que regem a espécie e em *quantum* suficiente e necessário para a reprovação e prevenção do crime, não há que se falar em redução da pena, ainda mais considerando que a mesma restou fixada no mínimo legal.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se negar provimento ao recurso, mantendo-se incólume 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 NÃO PROVIDO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 307

Reexame necessário criminal - Homicídio qualificado - Tentativa - Inimputabilidade - Absolvição sumária - Recurso de ofício - Lei nova - Revogação tácita - Não conhecimento do recurso

Ementa: Reexame necessário criminal. Tentativa de homicídio qualificado. Absolvição sumária. Inimputabilidade. Reformas trazidas pela Lei 11.689/08. Revogação tácita do art. 574, II, do Código de Processo Penal. Ausência de previsão legal para o recurso de ofício. Recurso não conhecido.

- Em atenção à intenção manifestada pelo legislador com as recentes reformas processuais, voltadas à maior celeridade do processo, conclui-se que o art. 574, II, do CPP, que previa a interposição de recurso de ofício contra a decisão que absolver sumariamente o acusado, foi tacitamente revogado.

REEXAME NECESSÁRIO CRIMINAL Nº 1.0003.04.012031-7/001 - Comarca de Abre Campo - Remetente: Juiz de Direito da Comarca de Abre Campo - Autor: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Réu: Valdemiro Gregório dos Santos - Relatora: DES.ª MÁRCIA MILANEZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO CONHECER DO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2009. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - Valdemiro Gregório dos Santos, já qualificado nos autos, foi denunciado nas iras do art. 121, § 2º, II, III e IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, porquanto, em 15 de dezembro de 2004, tentou matar a criança C.H.N., de dez anos de idade, não consumando o intento por circunstâncias alheias a sua vontade.

Consta que a vítima era enteado do réu, razão pela qual residiam no mesmo imóvel. Na data dos fatos, o réu jogou querosene na vítima e nela ateou fogo, somente não consumando o intento morte porque a genitora e o irmão conseguiram apagar o fogo. Ainda segundo a denúncia, o crime foi cometido por motivo fútil, e de inopino, não dando chance de defesa à vítima.

Após a instrução criminal, o douto Magistrado julgou improcedente a denúncia e absolveu sumariamente o réu, em face da constatada inimputabilidade. Não houve interposição de recurso voluntário pelas partes, sendo os autos encaminhados a esta Corte para o reexame necessário (f. 131/135).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo desprovimento do recurso, mantendo-se a decisão de primeiro grau (f. 142/143).

É, em síntese, o relatório.

Preliminarmente, entendo ser o caso de não se conhecer da remessa.

Isto, pois, ao meu sentir, a Lei 11.689/08 tacitamente revogou o art. 574, II, do Código de Processo Penal, ao trazer, no art. 415 do CPP, a previsão de outras hipóteses de absolvição sumária no procedimento do Júri, suprimindo desta decisão a necessidade de interposição de recurso de ofício.

Reza o atual art. 415 do CPP, acerca da absolvição sumária:

> O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:
> I - provada a inexistência do fato;
> II - provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
> III - o fato não constituir infração penal;
> IV - demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.
> Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

Vê-se, pois, que o novo texto legal referente à absolvição sumária nada alude à remessa necessária, expressamente prevista na antiga redação do art. 411 do CPP, que dispunha: "o juiz absolverá desde logo o réu, quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu [...], recorrendo, de ofício, da sua decisão". Assim, considerar que o recurso de ofício se sustenta com base no art. 574, II, do CPP não seria razoável, na medida em que patente se mostra que a ausência de sua revogação expressa decorreu de uma simples omissão do legislador, já que seu teor se refere ao antigo art. 411 do CPP, o qual, alterado, sequer se refere à absolvição sumária.

Dessa feita, e em atenção à manifestada intenção das recentes reformas processuais, obviamente voltadas à maior celeridade do processo que hoje é buscada pelo legislador, forçoso concluir que o art. 574, II, do CPP, que previa a interposição de recurso de ofício contra a decisão que absolver sumariamente o acusado, foi tacitamente revogado.

Nesse sentido, vem-se orientando este egrégio Tribunal:

> Ementa: Processual penal - Recurso de ofício - Homicídio qualificado - Absolvição sumária no rito dos crimes dolosos contra a vida - Alteração do art. 411, CPP (atual art. 415,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 308

CPP) - Reforma processual que suprimiu do rol taxativo dos recursos de ofício a hipótese de absolvição sumária no rito do Júri - Revogação tácita do art. 574, II, CPP - Não-conhecimento do recurso, por ausência de previsão legal. - Diante das novas alterações trazidas pela Lei nº 11.689/08, suprimiu-se do ordenamento jurídico pátrio o recurso de ofício na hipótese de decretação da absolvição sumária ao fim da fase sumária do rito do Júri. - Recurso não conhecido, por ausência de previsão legal. (TJMG, Recurso de Ofício nº 1.0411.06.022250-1/001, Relator Des. Hélcio Valentim.)

Ementa: Processual penal - Absolvição sumária - Inimputabilidade do agente - Recurso de ofício não conhecido. - Mesmo que o recurso de ofício tenha sido interposto antes das reformas trazidas pela Lei nº 11.689/2008, é sabido que as normas processuais têm aplicação imediata, inclusive aos casos julgados. Inexistindo no ordenamento jurídico pátrio a figura do recurso de ofício, mas tão somente o recurso voluntário, o recurso não deve ser conhecido, por falta de previsão legal. Recurso não conhecido. (TJMG, Recurso de Ofício nº 1.0514.07.023012-3/001, Relator Des. Antônio Carlos Cruvinel.)

Ementa: Recurso de ofício - Alteração do Código de Processo Penal - Recurso não mais previsto no caso de absolvição sumária - Preliminar de não-conhecimento. - Considerando as recentes alterações do Código de Processo Penal, introduzidas pela Lei 11.689/08, não há mais recurso de ofício no caso de absolvição sumária no procedimento do Júri. (TJMG, Recurso de Ofício nº 1.0428.05.000234-7/001, Relator Des. Renato Martin Jacob.)

Ementa: Processo penal - Recurso de ofício - Homicídio - Absolvição sumária - Preliminar de não conhecimento - Art. 411 do Código de Processo Penal alterado pela Lei nº 11.689/08 - Atualmente art. 415 - Supressão do recurso de ofício - Não conhecer do recurso. - Considerando que a Lei nº 11.689/08 alterou o CPP e suprimiu o recurso de ofício em absolvição sumária, impõe-se o não- conhecimento do presente recurso, por falta de previsão legal. (TJMG, Recurso de Ofício nº 1.0625.99.000519-5/001, Relator Des. Pedro Vergara.)

Ementa: Processual penal - Recurso de ofício - Absolvição sumária - Legítima defesa - Recurso não conhecido. - Ainda que o recurso tenha sido interposto antes das reformas trazidas pela Lei nº 11.689/2008, é sabido que as normas processuais têm aplicação imediata, inclusive aos casos anteriormente julgados, como ocorre na hipótese em julgamento, pois o Código de Processo Penal, em seu art. 2º, consagrou o princípio segundo o qual o tempo rege o ato, ao dispor que 'a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior'. Portanto, diante do princípio da imediatividade que rege a sucessão das leis processuais no tempo, não sendo mais contemplado o reexame necessário da sentença de absolvição sumária, não é possível conhecer de recurso já abolido do ordenamento jurídico. Recurso de ofício não conhecido. (TJMG, Recurso de Ofício nº 1.0261.06.038767-5/001, Relator Des. Antônio Armando dos Anjos.)

Ementa: Homicídio simples - Absolvição sumária - Reexame necessário - Não-conhecimento - Reforma processual penal - Revogação do dispositivo que previa o 'recurso de ofício'. - 1. A Lei 11.689/2008 trouxe nova redação para os arts. 411 e 415 do Código de Processo Penal, e, agora, nenhum dos dispositivos acolhe a necessidade do magistrado recorrer de ofício. - 2. Considera-se revogado tacitamente o art. 574, II, CPP. - 3. A ausência de previsão legal impede o conhecimento da remessa necessária. (TJMG, Recurso de Ofício nº 1.0686.01.017947-7/001, Relator Des. Alexandre Victor de Carvalho.)

Além disto, vale dizer que há muito a doutrina já se manifestava no sentido de que se fazia imperiosa a revogação do recurso de ofício, em vista do caráter voluntário dos recursos, referindo-se àquele como mera condição de eficácia da decisão. Nesse sentido, leciona Eugênio Pacelli de Oliveira, in *Curso de processo penal*:

> Saliente-se a revogação, tardia até, da existência de reexame necessário da decisão de absolvição sumária, consoante se previa no texto já revogado do art. 411 do CPP. Aplausos. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. Editora Lumen Juris, p. 571.)

Todavia, não se trata aqui de consignar a supressão total do recurso de ofício, sendo ele ainda cabível nas demais hipóteses contempladas no art. 574 do CPP.

Entretanto, diante de todos os fundamentos aqui exposados, conclui-se que a ausência de previsão legal do recurso de ofício impede o seu conhecimento no caso dos autos.

Ante o exposto, não conheço do recurso, nos termos supradelineados.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS e EDIWAL JOSÉ DE MORAIS.

Súmula - RECURSO NÃO CONHECIDO.

...

Crime contra a honra - Calúnia - Difamação - Matéria jornalística - Ofensa à honra - Não ocorrência - Conduta atípica - Queixa-crime - Audiência de conciliação - Ausência - Nulidade - Interesse da parte contrária - Preliminar - Rejeição

Ementa: Crime contra honra. Preliminar. Audiência para composição de danos. Interesse da parte contrária. Art. 565 do CPP. Rejeição.

- Nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal, a parte contrária não está habilitada a arguir nulidade referente à formalidade cuja observância só à outra parte interessa, e, mesmo que assim não fosse, não se

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 309

pode declarar nulidade sem que haja demonstração efetiva de prejuízo para qualquer das partes ou para a apuração da verdade real (*pas de nullité sans grief*), conforme as diretrizes expostas nos arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal.

Ementa: Calúnia e difamação. Condições de contrato público e proximidade com a Administração. Art. 37 da CF. Matéria jornalística. Manutenção da sentença.

- Para que, no âmbito penal, se torne a ação condizente com o crime de difamação, necessário que o querelado busque a intenção de denegrir a imagem pública do querelante, não se mostrando tal situação quando as assertivas contidas no material publicado, estão no domínio público, mormente quando envolva desconfiança de irregularidades na contratação com a Administração, o que exigiria atendimento ao princípio da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, além de outros como a probidade, de modo que matéria jornalística de caráter informativo acerca da atuação publica, ainda que envolva o particular e se mostre até mesmo sensacionalista, não se presta ao crime de difamação, muito menos se mostra possível supor a imputação de calúnia quando o fato narrado se mostra atípico numa visão até mesmo superficial da suposta ação caluniosa, não se subsumindo ao tipo penal declinado.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0090.08.019545-7/001 - Comarca de Brumadinho - Apelante: E.C.C.M. - Apelada: M.C.S.S. - 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, 16 de junho de 2009. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - E.C.C.M., já qualificada nos autos, através de seu procurador, apresentou queixa-crime em desfavor de M.C.S.S., acusando-a pela prática dos crimes previstos nos arts. 138 e 139 do Código Penal.

Narra a queixa-crime que a querelante elaborou matéria jornalística publicada no jornal *Circuito de Notícias*, em 30.04.2008, cujo título é: "Há irregularidades no Concurso Público da Câmara?". Aduz que, na referida matéria, a querelada abordou questões levantando suspeitas acerca da conduta profissional da querelante, colocando em dúvida sua honra profissional e individual.

Narra a queixa-crime que a matéria jornalística cujo teor é que a Câmara Municipal de Brumadinho teria se beneficiado dos serviços prestados pela empresa da qual a querelante é sócia e apontado relação entre ela e o vereador T.da R., como se ela ocupasse cargo público, revela a difamação.

Além disso, descreve a queixa-crime que a querelada ainda imputou, falsamente, crime, na mesma matéria jornalística, praticando calúnia, na medida em que afirmou que a querelante representava, ao mesmo tempo, interesses pessoais do Presidente da Câmara Municipal de Brumadinho, T. da R., e da Fazenda Pública Federal, visto que, num processo no qual a empresa R.T. era executada pela Fazenda Pública Federal, a querelante teria figurado como advogada da empresa e em outro processo, no qual a empresa de transportes embargava a execução de dívida junto à Fazenda Pública, a querelante seria advogada desta última. Aduz a matéria que estranhamente os processos se findaram no mesmo dia.

Citada, a querelada apresentou defesa prévia às f. 25/29.

O Ministério Público apresentou parecer de f. 42/48, manifestando-se pela rejeição da queixa-crime, em razão da atipicidade dos fatos narrados pela querelante.

Sentença às f. 49/51, sendo a querelada absolvida, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Inconformada, a querelante interpôs embargos declaratórios, alegando contradição na decisão (f. 53/55), não sendo conhecidos os embargos, conforme decisão de f. 56.

A querelante apresentou recurso de apelação, alegando em suas razões, preliminarmente, nulidade do processo, diante da ausência de designação de audiência de conciliação, nos termos do art. 520 do Código de Processo Penal. No mérito, pretende a condenação da apelada, nos termos da queixa-crime, ou seja, nas sanções dos arts. 138 e 139, ambos do Código Penal (f. 58/63).

A apelada, embora intimada (certidão de f. 66/v.), não apresentou contrarrazões.

O Ministério Público apresentou parecer recursal, requerendo a manutenção da sentença absolutória.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, nesta Instância, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 75/79).

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos para a sua admissibilidade.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 310

Preliminarmente, quanto à arguição da defesa de nulidade do feito diante da ausência de designação da audiência de conciliação, prevista no art. 520 do Código de Processo Penal, verifica-se, em primeiro lugar, que a referida nulidade suscitada somente interessa à querelada, sendo que eventual prejuízo diante da ausência de marcação de audiência de conciliação somente poderia causar prejuízo ao agente que está sendo acusado pela ação criminosa, na medida em que inviabiliza o virtual afastamento da ação penal, sendo certo que os virtuais interesses econômicos subjacentes seriam literalmente irrelevantes na seara penal.

Nesse contexto, não caberia a arguição declinada pela querelante na forma prevista no art. 565, 2ª parte, do Código de Processo Penal, segundo o qual nenhuma das partes pode alegar nulidade referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interessa.

Segundo ensina Mirabete:

> [...] as nulidades que tenham prejudicado a acusação, ainda que absolutas, só podem ser reconhecidas pelo tribunal se forem invocadas por essa parte. Em recurso da defesa não pode o tribunal reconhecer de ofício nulidade que tenha prejudicado a acusação (*Código de Processo Penal interpretado*, 9. ed., p. 1.392).

Sobre o tema, a palavra definitiva do Supremo Tribunal Federal, é no seguinte sentido: "A parte contrária não está habilitada a arguir nulidade referente à formalidade cuja observância só à outra parte interessa (art. 565 do CPP)" (*JSTF* 234/300).

Além disso, a querelante, ora apelante, não demonstrou, em nenhum momento do processo, possibilidade de acordo entre as partes, requerendo na queixa-crime somente seu recebimento e a condenação da querelada nas sanções dos arts. 138 e 139, ambos do Código Penal.

Logo, mesmo que houvesse virtual irregularidade processual, a pretensa nulidade não teria qualquer sentido, porque a querelante não teve qualquer prejuízo decorrente da virtual audiência de conciliação, já que tivesse a querelante qualquer tipo de real interesse, bastaria declinar tal situação quando da queixa ofertada.

Na verdade, além de arguir nulidade que interessa à parte contrária, a apelante não demonstrou qualquer prejuízo diante da ausência de designação de audiência de conciliação, mesmo porque não apresentou qualquer possibilidade concreta de acordo entre as partes, pelo contrário, somente requereu, na queixa-crime, a condenação da querelada.

Rejeito a preliminar.

No mérito, insurge-se a apelante contra a absolvição da querelada ao argumento de que a matéria jornalística por ela elaborada e disseminada conteria difamação e calúnia de que foi vítima, tendo agido a acusada com dolo de ofender sua honra objetiva, o que exporia possível condenação nas iras dos arts. 138 e 139 do Código Penal.

Narra a querelante, na queixa-crime, que a querelada publicou matéria jornalística que objetivou levantar suspeitas sobre sua conduta profissional, citando duas passagens da matéria: a primeira, de conteúdo difamador, e a segunda, de conteúdo caluniador.

Primeiramente, quanto à difamação, alega a querelante que certa passagem da matéria jornalística teria vilipendiado sua imagem, diante da expressão difamadora nela constante, qual seja:

> [...] Na verdade, é caso para se pensar em irregularidades em função da longa história que liga a Sra. E.C.C.M. à Câmara Municipal de Brumadinho e, também, à pessoa do Presidente da Câmara Municipal de Brumadinho [...].

Acerca do que se deva considerar por crime, vale conferir a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> [...] difamar significa desacreditar publicamente uma pessoa, maculando-lhe a reputação. Nesse caso, mais uma vez o tipo penal foi propositadamente repetitivo. Difamar já significa imputar algo desairoso a outrem, embora a descrição abstrata feita pelo legislador tenha deixado claro que, no contexto do crime do art. 139, não se trata de qualquer fato inconveniente ou negativo, mas sim de fato ofensivo à sua reputação. Com isso, exclui os fatos definidos como crime - que ficaram para o tipo penal da calúnia -, bem como afastou qualquer vinculação à falsidade ou veracidade dos mesmos. Assim, difamar uma pessoa implica divulgar fatos infamantes à sua honra objetiva, sejam eles verdadeiros ou falsos [...] (*Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 600).

O que se vê da matéria jornalística de f. 13 é que a querelante é citada de forma expressa no material jornalístico, na qual se questiona possível irregularidade em concurso público realizado para provimento de cargos na Câmara Municipal de Brumadinho, que estaria sob a responsabilidade da CAP, empresa que teria, em outro concurso no Município de Ouro Branco, indicado como responsável técnica a querelante, que prestaria serviços à Administração Municipal na condição de Assessora Jurídica.

Declina a matéria jornalística uma série de informações específicas acerca da atuação da sociedade contratada e da proximidade da querelante com o atual Presidente daquela casa legislativa municipal, dando informações acerca de contratações de altos valores, dentre os quais o do referido concurso, cujo montante recebido seria na ordem de R$ 39.000,00, em 30.01.2003; R$ 43.200,00, em 28.01.2004; R$ 66.000,00, em 2006; R$ 70.567,32, em 18.01.2007, fazendo uma série de indicações sobre a lisura do próprio concurso público a ser realizado sob a batuta da empresa e a real proximidade entre o Presidente da Câmara e a empresa da qual a ré seria proprietária, já

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 311

que seria ela também procuradora do próprio indicado em processos de execução fiscal.

De início, o que de fato vislumbrei no contexto da matéria jornalística apresentada não supõe, objetivamente, qualquer tipo de agressão à honra objetiva da ré, pois não expõe o fato de que haveria real suspeita acerca da lisura da contratação produzida pela Câmara, muito embora a ré pudesse efetivamente exercer o seu direito de responder, trazendo à tona as condições em que se deram as contratações indicadas. Nada disso se dispôs. Pretende que se retire desse mesmo contexto de dúvida acerca da própria lisura da contratação com a Administração Pública virtual lesão à sua honra objetiva.

Mas, ao contrário do que a apelante afirma, as condições de contrato mantido pela Administração exigem, na forma do art. 37 da Constituição Federal, o atendimento aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de modo que a virtual contratação mantida entre sua empresa e a própria Administração.

A mera suspeita acerca de irregularidade na contratação de serviço público, em que pesem as ponderações da ré, sócia da empresa prestadora, não supõe absolutamente ferimento à honra, mormente porque o regime republicano suporia que a coisa pública fosse conhecida de todos e a só possibilidade de pessoalidade na Administração suporia escorreita investigação.

A questão então é saber se a virtual situação de irregularidade com o dinheiro público seria capaz de supor real ofensa objetiva à honorabilidade pessoal daqueles que prestam serviços e se o só fato de as condições ali declinadas não serem negadas de forma peremptória não supõe a ofensa declinada.

O fato de a matéria sugerir certo sensacionalismo acerca das relações pessoais da querelante com a Câmara, não me parecem, objetivamente, ofensiva à honra da querelante, mormente quando o próprio conteúdo da matéria não é literalmente refutado, trazendo-se um contexto parcial acerca das supostas irregularidades que teriam animado à realização da matéria.

Aquele que contrata com o Poder Público - contrato que nem sequer foi trazido aos autos - não pode se manter imune às virtuais investigações acerca de supostas lesões à legalidade, mormente quando a atuação pública exigiria além da legalidade, impessoalidade, de modo que não veria um real conteúdo ofensivo na matéria trazida à baila, senão veria uma notícia sensacionalista que por certo pode até ter repercussão moral, que não se encontra abarcado no âmbito penal em função das condições típicas derivadas da imputação.

Não se trata de saber se as imputações contidas são verdadeiras ou falsas, senão se foram com o real intuito de desacreditar, de difamar publicamente a requerente, o que, aos meus olhos, não está demonstrado, mesmo que a matéria jornalística não seja realmente um primor em termos de isenção, questão que suscitaria virtual responsabilidade civil, jamais penal.

O material supostamente ofensivo aduz que a querelante não deveria representar interesse particular do presidente da Câmara Municipal e ao mesmo tempo interesses com ele colidentes, aduzindo que em dois processos distintos promovidos pela Fazenda Federal a querelante estaria em dois lados distintos, condição realmente incompreensível até em função das condições de incompatibilidade de conciliação de interesses tão conflitantes.

Seja como for, o contexto informativo, se traz algo de sensacionalista, não supõe o crime de difamação, mormente porque todas as informações recolhidas na matéria seriam públicas e, portanto, matéria de todos conhecida, quando nada, de conhecimento público.

Em relação ao delito de calúnia na lição do mesmo autor supracitado, Guilherme de Souza Nucci:

> [...] caluniar é fazer uma acusação falsa, tirando a credibilidade de uma pessoa no seio social. Possui, pois, um significado particularmente ligado à difamação. Cremos que o conceito tornou-se eminentemente jurídico, porque o Código Penal exige que a acusação falsa realizada diga respeito a um fato definido como crime. Portanto, a redação feita no art. 138 foi propositadamente repetitiva (fala duas vezes em 'atribuir': caluniar significa atribuir e imputar também significa atribuir. Melhor seria ter nomeado o crime como sendo 'calúnia', descrevendo o modelo legal de conduta da seguinte forma: 'Atribuir a alguém, falsamente, fato definido como crime'. Isto é caluniar. Vislumbra-se, pois, que a calúnia nada mais é do que uma difamação qualificada, ou seja, uma espécie de difamação. Atinge a honra objetiva da pessoa, atribuindo-lhe o agente um fato desairoso, no caso particular, um falso definido como crime (*Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 596).

Pretende a ré que se retire da matéria o fato de ter sido apontada como advogada em dois processos distintos, em que duas partes participam de lides opostas, como que sugerindo o contexto criminal típico do art. 355 do Código Penal, que antevê a ação de trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado, ou de tergiversar, porque o advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias estaria de fato realizando ações típicas.

De início, não vejo, na ação atribuída, o pretenso enquadramento sugerido, senão diria que o contexto típico do *caput* do delito de patrocínio infiel supõe traição não narrada e o da tergiversação o contexto de reciprocidade nos mesmos autos, desse modo, inexistiriam as próprias condições típicas, a supor que as informações trazidas seriam crimes.

Na verdade, não restou demonstrada a imputação objetiva de fatos criminosos, senão veria condições bem diversas, que não supõem resposta penal em função da

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 312

ausência de tipicidade da ação narrada com o suposto delito noticiado.

Logo, outro caminho não tinha mesmo o digno Juízo senão julgar improcedente a queixa diante da atipicidade da ação trazida pela querelante.

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 MÁRCIA MILANEZ e DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Arma de fogo - Porte ilegal - Numeração raspada - *Abolitio criminis* temporária - Inaplicabilidade - Absolvição - Descabimento - Fixação da pena

Ementa: Apelação. Porte ilegal de arma e munição. *Abolitio criminis* temporária. Inaplicabilidade. Absolvição. Descabimento. Recurso provido.

- A regra da *abolitio criminis* temporária prevista nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) se aplica apenas aos casos de posse e propriedade de arma de fogo, não abrangendo o porte ilegal. Não se justifica, pois, nesse caso, a absolvição do agente, ao argumento de que a conduta é atípica.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0040.05.040168-2/001 - Comarca de Araxá - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Eduardo Augusto Rosa - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2009. - *Doorgal Andrada* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOORGAL ANDRADA - Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe recurso de apelação em face da r. sentença de f. 95/96, que absolveu o réu Eduardo Augusto Rosa da prática do crime de posse de arma de fogo com número de série raspado, capitulado no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, entendendo pela atipicidade da conduta, tendo em vista que a Lei nº 11.706/08 concedeu novo prazo para a regularização ou entrega das armas de fogo em poder de particulares.

Segundo a inicial acusatória, no dia 05.12.2005, o réu estava na av. Washington Barcelos, na cidade de Araxá, no interior do veículo Monza, de placa GKQ-3198, quando foi surpreendido por policiais militares, portando um revólver da marca Taurus, calibre 38, com número de série raspado, e seis munições do mesmo calibre, da marca CBC, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em suas razões recursais (f. 101/108), pretende o Ministério Público a condenação do réu, uma vez que comprovadas a materialidade e a autoria do delito previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03.

Argumenta que o porte ilegal de arma de fogo não se inclui na *abolitio criminis* temporária prevista nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03, não se justificando a absolvição do apelado.

Contrarrazões às f. 112/113, pugnando pela manutenção da r. sentença.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às f. 101/105, opinando pelo provimento do recurso.

Cumpre salientar, inicialmente, que os arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03, que tratam da hipótese de *abolitio criminis* temporária, possibilitam aos possuidores e proprietários o registro ou entrega espontânea de armas de fogo mediante indenização, extinguindo-se a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma.

Referida norma, como dito, não se aplica ao caso de porte ilegal de arma, mas apenas quando se tratar de posse ou propriedade.

Restou incontroverso nos autos que o caso em questão é de porte, tendo em vista que a arma de fogo não se encontrava na residência do réu, nem em seu local de trabalho, o que caracterizaria a posse. Por outro lado, também não tem o réu como comprovar a condição de proprietário, uma vez que a arma está com o número de série raspado.

Portanto, não há falar em atipicidade da conduta prevista no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03.

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial do colendo STF:

> Recurso ordinário em *habeas corpus* - Porte de arma - *Vacatio legis* temporária - *Abolitio criminis* - Inocorrência. 1) Os artigos 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento referem-se a possuidores e proprietários de armas de fogo. O artigo

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 313

29 e seu parágrafo único dispõem sobre a autorização para o porte de arma de fogo. Aos possuidores e proprietários a lei faculta, no artigo 30, a regularização, mediante comprovação da aquisição lícita, no prazo assinalado. O artigo 32 obriga aos que não puderem demonstrar a aquisição lícita a entrega da arma à Polícia Federal, no prazo que estipula. 2) O artigo 29 e seu parágrafo único da Lei n. 10.826/2003 dizem respeito às pessoas autorizadas a portar armas de fogo. Dispõem sobre o término das autorizações já concedidas (*caput*) e a propósito da renovação (parágrafo único), desde que atendidas as condições estipuladas nos seus artigos 4º, 6º e 10. 3) O prazo legal estipulado para regularização das autorizações concedidas não configura *vacatio legis*, do que decorreria a *abolitio criminis* temporária, no que tange ao crime de porte de arma de fogo por pessoa não autorizada. 4) A vingarem as razões recursais, chegar-se-ia ao absurdo de admitir, no prazo fixado para regularização das autorizações, o porte de arma de fogo por pessoas e entidades não arroladas nos incisos I a IX do artigo 6º da Lei nº 10.826/2003. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento. (STF - *HC* 86.681-DF, 1ª T., Rel. Min. Eros Grau, *DJU* de 24.02.06, p. 439.)

Recurso ordinário em *habeas corpus* - Lei 10.826/2003: arts. 30 e 32 - Descriminalização do porte de arma de fogo de uso permitido - Inconsistência do argumento - Recurso a que se nega provimento. - Os arts. 30 e 32 da Lei 10.826/2003 e os diplomas posteriores que ampliaram o prazo para a entrega de armas de fogo de uso permitido não promoveram descriminalização ou *abolitio criminis* da conduta de porte de arma de fogo. Tal interpretação é equivocada, seja porque os citados dispositivos são dirigidos aos possuidores de armas de fogo, e não àqueles que as portam, seja porque dar tal sentido à Lei 10.826/2003 iria de encontro a um de seus objetivos: o de conter a criminalidade no País. A legislação infralegal permite que armas de fogo sejam entregues às autoridades competentes somente mediante autorização específica para tanto. A dilatação do prazo para a entrega das armas de fogo promovida por diplomas posteriores à Lei 10.826/2003 deve-se à necessidade de maior conscientização da existência da lei ou a dificuldades burocráticas para a implementação de seus arts. 30 e 32. Recurso a que se nega provimento. (STF - R*HC* 86723-GO, 2ª T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJU* de 06.11.2006, p. 51.)

O crime de porte de arma de fogo com o número de série raspado está previsto expressamente no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei do Desarmamento, tratando-se de crime de mera conduta, que não exige qualquer resultado naturalístico para a sua configuração, mormente se se considerar que a arma estava municiada.

A materialidade do delito está comprovada pelo boletim de ocorrência de f. 9/13, pelo auto de apreensão da arma de fogo e das munições (f. 25) e pelo laudo pericial de f. 54/56, que concluiu pela eficiência da arma examinada.

No que concerne à autoria, também não se estabeleceu controvérsia, haja vista que o réu, ao ser interrogado na fase judicial (f. 71), ratificou as declarações prestadas na fase inquisitória, tendo confirmado que a arma de fogo lhe pertencia; que a adquiriu de um usuário de drogas, na cidade de Uberaba, para defesa pessoal.

Assim, impõe-se a reforma da r. sentença, conforme pleiteado pelo Ministério Público, para condenar o réu pelo crime de porte de arma de fogo com número de série raspado, capitulado no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei do Desarmamento.

Passo à dosagem da pena, nos termos dos arts. 59 e 68 do Código Penal:

A culpabilidade está evidenciada, sendo inerente ao tipo penal; os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são os comuns aos delitos dessa espécie; os antecedentes criminais são bons, conforme se verifica dos documentos de f. 19/21 e certidão de f. 48/49. A personalidade e conduta social são reprováveis, tendo em vista a extensa ficha criminal do réu, o que impõe seja a pena fixada em patamar superior ao mínimo legal.

Assim, fixo a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Considerando-se que o réu confessou, tanto na fase inquisitória quanto em juízo, ser o proprietário da arma apreendida em seu poder, aplica-se-lhe a atenuante da confissão, devendo a pena ser reduzida para 3 (três) anos de reclusão.

Não existem circunstâncias agravantes.

Ante a inexistência de causas de aumento ou diminuição da pena, torno a reprimenda definitiva em 3 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, no valor mínimo, a ser cumprida em regime aberto, por força do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

Descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, tendo em vista que a personalidade do acusado é voltada para a prática criminosa, conforme se verifica da documentação de f. 19/21 e certidão de f. 48/49, que indica que o acusado já se envolveu em diversos outros delitos, não restando preenchido, pois, o requisito subjetivo previsto no art. 44, III, do CP.

Mediante tais considerações, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido formulado na denúncia e para condenar o réu Eduardo Augusto Rosa pela prática do crime capitulado no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, à pena de 3 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, no valor mínimo, a ser cumprida em regime aberto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ELI LUCAS DE MENDONÇA e EDIWAL JOSÉ DE MORAIS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 314

Tráfico de drogas - Autoria - Materialidade - Prova - Investigação penal - Denúncia anônima - Validade - Corréu - Exercício da atividade de perueiro - Envolvimento com o tráfico - Ausência de prova - Absolvição

Ementa: Tráfico. Preliminar. Denúncia anônima. Notícia da prática de crimes. Possibilidade. Inocorrência de prova ilícita. Precedentes jurisprudenciais. Rejeita-se. Apreensão de elevada quantidade de entorpecentes no interior de veículo. Circunstâncias do flagrante confirmadas em juízo. Autoria e materialidade comprovadas. Dosimetria. Registros que permitem a consideração de antecedentes e reincidência. Manutenção. Custas processuais. Isenção. Recurso ministerial. Denunciado absolvido. Exercício da atividade de perueiro. Coerência das declarações dos réus. Insuficiência da prova. Absolvição mantida.

- Não há falar em prova ilícita no fato de a polícia investigar a atividade criminosa a partir de denúncias anônimas, tratando-se de dever legal da autoridade.

- A apreensão de elevada quantidade de entorpecentes no interior do veículo ocupado pelos réus, confirmadas em juízo as circunstâncias do flagrante e ausente qualquer prova capaz de infirmá-las, permite concluir pela efetiva prática do crime de tráfico.

- Inexistindo qualquer prova capaz de apontar o réu como traficante, tratando-se de perueiro que fazia corrida aos corréus, deve ser mantida a absolvição abraçada na sentença.

- O réu assistido pela Defensoria Pública faz jus à isenção do pagamento das custas processuais, nos termos da Lei Estadual nº 14.939/93.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0290.08.052422-3/001 - Comarca de Vespasiano - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Anderson Roberto Isidoro - Apelados: Euclides Nascimento, Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Marcelo Alves Rodrigues - 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 DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA DEFESA.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2009. - *Herculano Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERCULANO RODRIGUES - Na Comarca de Vespasiano, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Marcelo Alves Rodrigues, Euclides Nascimento e Anderson Roberto Isidoro, já qualificados, noticiando que, em 8 de janeiro de 2008, na Rua "E", altura do nº 79, Bairro Morro Alto, policiais militares apreenderam em poder dos denunciados, certa quantidade de substância entorpecente, que eles transportavam no interior de um veículo modelo Logus, cor verde, placa GW-0435.

Ao final da instrução processual, foram os réus Marcelo Alves Rodrigues e Anderson Roberto Isidoro condenados incursos nas sanções do art. 33 da Lei nº 11.343/06, apenados, o primeiro, com 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, e o segundo, com 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime fechado, e 866 (oitocentos e sessenta e seis) dias-multa, também no mínimo, enquanto Euclides Nascimento restou absolvido de todas as acusações.

Irresignados, recorreram Anderson Roberto Isidoro e o Ministério Público.

O *Parquet* pretende a condenação do réu Euclides Nascimento nos termos da denúncia, com base no teor da prova coligida.

Anderson Roberto Isidoro articula preliminar de nulidade do processo em razão de o mesmo ter se iniciado a partir de denúncia anônima, com base na teoria dos frutos da árvore envenenada, e, no mérito, pede sua absolvição, forte na tese de insuficiência probatória e, alternativamente, a redução da pena imposta, com a adequação do regime prisional, além da isenção das custas processuais.

As partes apresentaram contrarrazões.

O parecer da douta Procuradoria de Justiça é pelo provimento do recurso do Ministério Público, e pelo desprovimento do apelo da defesa.

No essencial, é o relatório.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos condicionantes da admissibilidade.

Do recurso de Anderson Roberto Isidoro.

A preliminar arguida não merece prosperar.

Não há falar em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada no tocante às ações penais cuja prática criminosa tenha sido noticiada por via de denúncia anônima.

Aliás, a denúncia anônima não é nem mesmo meio de prova, mas mera notícia da atividade criminosa, que, conforme cediço, pode ser dada por qualquer pessoa.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 315

No presente caso, a denúncia anônima não foi a prova que deu início à ação penal, mas, isto sim, a apreensão de drogas em poder dos réus, tratando-se o tráfico de crime permanente, não havendo falar, portanto, em ilicitude da prova.

A esse respeito, confira-se a jurisprudência do STJ:

> *Habeas corpus*. Sonegação fiscal, lavagem de dinheiro e corrupção. Denúncia anônima. Instauração de inquérito policial. Possibilidade. Interceptação telefônica. Impossibilidade. Prova ilícita. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Nulidade de provas viciadas, sem prejuízo da tramitação do procedimento investigativo. Ordem parcialmente concedida.
> 1. Hipótese em que a instauração do inquérito policial e a quebra do sigilo telefônico foram motivadas exclusivamente por denúncia anônima.
> 2. 'Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedente do STJ' (*HC* 44.649/SP, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, Quinta Turma, *DJ* de 08.10.07).
> 3. Dispõe o art. 2°, inciso I, da Lei 9.296/96, que 'não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando [...] não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal'. A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denunciação caluniosa (art. 339 do Código Penal).
> 4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5°, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da 'teoria dos frutos da árvore envenenada'.
> 5. Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória, inviável, como cediço, em sede de *habeas corpus*.
> 6. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo 2004.70.00.015190-3, da 2ª Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2°, inciso I, da Lei 9.296/96, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada. (STJ - *HC* 64.096/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., julg. em 27.05.2008, *DJe* de 04.08.2008.)

> Processual penal. *Habeas corpus*. Trancamento de inquérito. Procedimento instaurado com base em investigação deflagrada por notícia anônima de crime. Ausência de ilegalidade. Falta de justa causa não evidenciada. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.
> 1. Inexiste ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações iniciadas por notícia anônima, visto que a autoridade policial tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados. (Inteligência do art. 4°, § 3°, CPP.)
> 2. Do mesmo modo como no trancamento de uma ação penal, o trancamento do inquérito policial também exige que a ausência de justa causa, a atipicidade da conduta ou uma causa extintiva da punibilidade estejam evidentes, independentemente de investigação probatória.
> 3. Se é a conduta típica e presumidamente atribuída ao réu, havendo possibilidade de produção de mais provas, impõe-se a manutenção do inquérito policial.
> 4. Ordem denegada. (STJ - *HC* 106.040/SP, Rel.ª Min.ª Jane Silva (desembargadora convocada do TJMG), 6ª T., julg. em 26.08.2008, *DJe* de 08.09.2008.)

Assim, rejeito a preliminar.

O auto de prisão em flagrante descreve que a polícia recebeu denúncias anônimas de que um veículo Logus, cor verde, estaria distribuindo drogas na região. Ato contínuo, localizaram o automóvel, que era dirigido por Euclides e ocupado por Marcelo e Anderson, e encontraram no seu interior a droga.

O auto de f. 26 e o laudo de f. 71 confirmam a apreensão de 39,65 g de *crack*, dividido em onze invólucros, restando positivada a materialidade.

O policial Alex Dalton de Oliveira, à f. 120, além de confirmar os termos do flagrante, esclareceu que a droga foi encontrada oculta embaixo do banco do passageiro, sendo o local da apreensão conhecido como ponto de venda de drogas.

No mesmo sentido são as declarações do também policial Wesley Jorberto Borges, à f. 121.

Balizada a prova, tem-se que merece subsistir a decisão atacada, inviável o pleito absolutório.

Ao contrário do que alegaram os réus, os depoimentos prestados pelos policiais são uníssonos no sentido de que a droga estava oculta no interior do automóvel, que trafegava em local conhecido como ponto de venda de drogas, sem justificativa para o fato.

E, ainda, a quantidade de entorpecentes, que não pode ser considerada ínfima, bem como sua divisão em elevado número de porções, circunstâncias estas que autorizam concluir por sua destinação mercantil.

Os réus não produziram qualquer prova capaz de infirmar a presunção, oriunda do flagrante, de que a droga lhes pertencia e de que faziam sua distribuição no bairro, o que foi informado nas denúncias anônimas, limitando-se a negar o ocorrido.

Vale ressaltar que aos depoimentos prestados por policiais deve ser dado crédito como se de qualquer outra testemunha fossem, estando sujeitos às sanções pelo falso testemunho.

Ademais, trata-se de profissionais preparados para informar os fatos de que participaram, que enfrentam o crime na linha de frente, merecendo consideração por parte da sociedade.

Na dosimetria, observo que, ao contrário das alegações defensivas, foi observado o princípio da individualização e o critério trifásico, não se verificando a alegada desproporcionalidade.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 316

As ocorrências registradas na certidão de f. 50/51 permitem a consideração tanto de maus antecedentes quanto da reincidência, não se configurando *bis in idem*.

A culpabilidade do réu, entendida como juízo de reprovabilidade da conduta, também deve ser considerada em seu desfavor, tendo em vista que envolveu terceiros na prática delitiva.

O restante da análise das circunstâncias judiciais feita na sentença também está correto, mostrando-se ajustada a pena-base fixada, bem como o aumento decorrente da reincidência, nada havendo que ser reparado, inclusive em relação à pena de multa.

O regime prisional é o inicialmente fechado por imposição legal, art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a alteração da Lei nº 11.464/07.

Concedo em favor do réu a isenção das custas processuais, visto que foi, desde o início, assistido pela Defensoria Pública, nos termos da Lei Estadual nº 14.939/93.

Do recurso do Ministério Público.

Pretende o Ministério Público a condenação do denunciado Euclides Nascimento nas sanções do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Em juízo, os réus prestaram depoimentos coerentes no sentido de que o recorrido estava apenas fazendo uma corrida para os corréus, uma vez que, na ocasião, trabalhava como perueiro.

Os policiais ouvidos informaram desconhecer a pessoa de Euclides como traficante.

A testemunha Harley Boscato Cristiano, à f. 125, confirmou que o apelado trabalhava como perueiro, tratando-se de pessoa de vida simples.

A meu aviso, andou com acerto a sentença, visto que a prova coligida não permite, com a certeza que exige um decreto condenatório, concluir que o réu Euclides Nascimento, efetivamente, praticava o tráfico de drogas, merecendo subsistir a absolvição, forte no princípio *in dubio pro reo*.

Nesses casos, deve-se prestigiar a conclusão do Sentenciante, que, em contato com as partes e com a coleta de provas, teve melhores condições de apreciar os fatos e proferir seu julgamento, de acordo com a verdade real.

Do exposto, nego provimento ao recurso do Ministério Público e dou parcial provimento ao apelo defensivo, apenas para conceder ao réu Anderson Roberto Isidoro a isenção do pagamento das custas processuais.

Custas, de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA DEFESA.

...

Crime contra a ordem tributária - Denúncia - Inépcia - Não ocorrência - Autoria - Materialidade - Prova - Arrependimento eficaz - Não configuração - Crime impossível - Não caracterização - Condenação mantida

Ementa: Apelação criminal. Crime contra a ordem tributária. Denúncia apta. Alteração de documentos fiscais. Crédito lançado. Redução do valor devido ao Fisco. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Arrependimento eficaz. Inocorrência. Crime impossível. Inaplicabilidade.

- Demonstrado que o réu, alterando documentos fiscais, reduziu o valor de tributo devido ao Fisco, impõe-se condená-lo pela prática do delito tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90.

- Inscrito, na dívida ativa do Estado, o crédito tributário lançado pelo Fisco, não há falar-se em abdicação voluntária do intento criminoso.

- É de se reconhecer a eficácia do meio eleito pelo agente que, calçando documentos fiscais, causa dano ao erário.

Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0647.06.062343-4/001 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Apelante: Wellington Mumic - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Co-réu: Cláudio Mumic - 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 REJEITAR PRELIMINAR E NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2009. - *Fortuna Grion* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FORTUNA GRION - O Ministério Público denunciou Wellington Mumic e Cláudio Mumic, já qualificados nos autos, como incursos nas iras do art. 1º, I, II, III e V, da Lei 8.137/90, por três vezes, c/c arts. 29 e 71, ambos do CP, isso porque teriam eles, no período compreendido entre 1º.12.2004 e 31.01.2005, reduzi-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 317

do, mediante calçamento de documentos fiscais, o valor de tributo - ICMS - devido ao Estado de Minas Gerais.

Esclarece a exordial que os denunciados, mediante ardil, lançaram, no Livro Registro de Saídas da empresa denominada Curtume Santa Cruz Mumic Ltda., valores discrepantes - menores - daqueles insculpidos nas notas fiscais identificadas pelos nos 7.987, 7.988 e 7.991, com evidente objetivo de lesar o erário público.

Por derradeiro, aduz a vestibular que as notas alteradas tinham por destinatário a empresa denominada Garra's Indústrias de Calçados Ltda., sediada no Estado de São Paulo, de cujo Fisco partiu a solicitação de conferência dos valores lançados nos aludidos documentos fiscais.

Após a instrução probatória, o réu Cláudio Mumic foi absolvido da imputação contida na denúncia por falta de provas. Por sua vez, o acusado Wellington Mumic foi condenado - como incurso nas iras do art. 1°, incisos I, II, III e V, da Lei 8.137/90, por três vezes, c/c art. 71 do CP - à pena privativa de liberdade de dois anos e quatro meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária fixada em dois salários-mínimos e pecuniária de 30 dias-multa de valor unitário mínimo legal.

Inconformada, apelou a defesa de Wellington buscando, preliminarmente, o reconhecimento da inépcia da exordial, haja vista que o libelo não cuidou de individualizar as condutas imputadas a cada qual dos denunciados. No mérito, pleiteia a absolvição do condenado em virtude das causas excludentes de tipicidade do arrependimento eficaz e do crime impossível. Alternativamente, requer a redução das reprimendas impostas ao acusado.

Em contrarrazões (f. 172/173), o Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do apelo, bem como pela manutenção da sentença combatida.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 176/181, também opinou pelo desprovimento do recurso.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

A defesa pleiteia, em sede preliminar, o reconhecimento da inépcia da denúncia, ao argumento de que a inicial não cuidou de individualizar as condutas praticadas por cada um dos agentes.

Penso razão não lhe assistir.

É que, após detida análise dos autos, verifico que a proemial, em verdade, atende aos requisitos elencados no art. 41 do digesto processual penal, de sorte que, além de qualificar devidamente os denunciados, descreve, detalhadamente, as circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução do crime a eles imputado.

Ademais, narra a proemial, suficientemente, as condutas perpetradas pelos imputados, isto é, esclarece que os denunciados, por meio de calçamento de documentos fiscais, reduziram o valor de tributo - ICMS - devido ao Estado de Minas Gerais.

Aliás, cediço que, em se tratando de crimes contra a ordem tributária praticados em concurso de pessoas, mostra-se demasiadamente difícil, se não impossível, destacar a contribuição material de cada qual dos agentes ao longo do *iter criminis*.

Sobre o tema, a lição do festejado Guilherme de Souza Nucci:

> Os crimes contra a ordem tributária, cometidos em concurso de agentes, podem admitir a denominada denúncia genérica, ou seja, a peça acusatória, por absoluta impossibilidade, indica apenas os co-autores e eventuais partícipes do delito, porém sem precisar, detalhadamente, a conduta de cada um deles. Sabe-se que 'A', 'B' e 'C', com o apoio de 'D' e 'E', promoveram uma fraude na fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos em livros exigidos pela legislação fiscal, conseguindo, com isso, a supressão do recolhimento de vários tributos. Entretanto, embora esteja bem clara a colaboração de todos eles, não se com consegue saber, exatamente, quem fez o quê, durante o *iter criminis* (fase executória). Por isso, têm os tribunais admitido a apresentação de denúncia genérica. Se assim não ocorresse, haveria impunidade generalizada. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 940.)

Não bastasse, a denúncia, além de descrever - com todos os seus circunlóquios - o fato típico, procede à sua definição jurídica, ou seja, classifica o crime cuja prática atribui aos agentes.

Assim, por não vislumbrar a indigitada inépcia da denúncia, hei por bem rejeitar a prefacial.

Superada a questão preliminar, a defesa pretende, com o apelo, a absolvição do acusado da imputação por cuja prática foi condenado em primeiro grau de jurisdição.

Penso razão não lhe assistir.

A saber.

A materialidade delitiva encontra-se demonstrada pela *notitia criminis* apresentada pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais (f. 14/27); pelo auto de infração - PTA 01.000149164.51 (f. 33-35); pelas cópias das notas ficais falseadas (f. 38/43); pelas cópias extraídas do Livro Registro de Saídas (f. 44/50); pelas cópias extraídas do Livro Registro de Apuração do ICMS (f. 51/53); pelos demonstrativos de débito tributário emitidos pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais (f. 54/59 e 65/67); pela certidão de não recolhimento do crédito tributário (f. 68); pelo termo de aprovação do auto de infração (f. 69) e pelo termo de remessa, à Advocacia-Geral do Estado, do débito tributário apurado em desfavor do apelante (f. 70).

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 318

A autoria restou detalhadamente confessada, sob o crivo do contraditório, pelo apelante Wellington.

Vejamos:

> [...] que a acusação é integralmente verdadeira, uma vez que o acusado estava passando por dificuldades financeiras e em momento de fraqueza acabou cometendo os crimes que lhe são imputados na denúncia (Wellington Mumic - apelante - f. 85/86).

A confissão do recorrente encontra-se amparada na prova coligida para os autos, sobretudo através do depoimento prestado pela testemunha Idário Rogeri, que, também sob o crivo do contraditório, confirmou haver Wellington falseado os valores referentes ao ICMS devido ao Estado de Minas Gerais.

Vejamos:

> [...] fez a escrituração contábil da empresa e não era o depoente quem preenchia as notas fiscais, mas, ao verificar a emissão de notas altas no final do mês de dezembro, onde tradicionalmente se vende pouco, procurou o representante da empresa, Sr. Wellington, e lhe disse que havia divergência na escrituração a partir dos documentos que lhe foram enviados, isto porque havia visto em cima de uma mesa a primeira via das notas fiscais em valor alto e posteriormente lhe foram encaminhadas as segundas vias para escrituração em valor inferior; informou a Wellington que não poderia ter tal procedimento uma vez que isto constituiria crime, mas ele lhe disse que não havia outro jeito porque precisava pagar o 13º dos funcionários; o que aconteceu foi que a empresa compradora na verdade não comprou mercadoria, e sim o crédito de ICMS já que situada no Estado de São Paulo, então, emitiram a primeira via maior para que a compradora pudesse escriturar tal valor e assim com o crédito de ICMS, resolver seu problema contábil (Idário Rogeri - testemunha - f. 112/114).

Assim, conclui-se que o recorrente, com o fito de reduzir o montante relativo ao ICMS devido ao Estado de Minas Gerais, lançou valores discrepantes daqueles insculpidos na via da nota fiscal remetida ao destinatário, qual seja a empresa paulista denominada Garra's Indústrias de Calçados Ltda.

Ora, como dito alhures, o próprio apelante, justificando-se pelas dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa gerida, admitiu haver calçado as três notas fiscais identificadas pelos nºs 7987, 7988 e 7991.

A propósito, como se depreende dos documentos acostados às f. 68, 69 e 70, o crédito tributário tanto foi definitivamente lançado que a Autoridade Policial Fiscal, ratificando o auto de infração, remeteu, à Advocacia-Geral do Estado, o procedimento administrativo para inscrição do crédito constituído na dívida ativa do Estado.

Nesse contexto, tem-se por realizada a condição de punibilidade do ilícito, ou seja, o lançamento realizado pelo Fisco.

Logo, se realizado o lançamento e inscrito o crédito na dívida ativa do Estado, havendo, por conseguinte, efetiva redução do valor do tributo devido, aperfeiçoou-se mesmo o crime insculpido no art. 1º da Lei 8.137/90.

Postas essas considerações, tenho que a autoria e a materialidade do injusto se encontram nitidamente demonstradas na prova coligida para os autos.

No tocante à alegação da defesa de que o agente - desistindo da empreitada delitiva - impediu a ocorrência de dano ao erário, não convence.

Ora, para a caracterização do arrependimento eficaz (art. 15 do CP), mister que o agente desista, voluntariamente, da execução criminosa pretendida.

In casu, como se infere do auto de infração acostado às f. 33/35, o apelante não abdicou espontaneamente do seu intento criminoso, senão apenas foi "descoberto" após solicitação de averiguação formulada pelo Fisco do Estado de São Paulo, onde, não coincidentemente, sediada a empresa destinatária das notas falseadas.

Demais disso, como dito alhures, há nos autos certidão de não recolhimento de crédito lançado pelo Fisco (f. 68), não logrando a defesa, em contrapartida, comprovar a não redução do valor tributário devido ao erário público.

Por isso, não há falar-se no reconhecimento da causa excludente de tipicidade do arrependimento eficaz.

Outrossim, quanto à tese de crime impossível, não merece prosperar.

É que, ao contrário do sustentado pela defesa em suas razões recursais, além de próprio o objeto, o meio eleito pelo apelante - calçamento de documentos fiscais - foi nitidamente eficaz, tendo provocado, como exaustivamente esposado, efetivo dano ao erário.

Nesse contexto, forçoso concluir que a condenação - pela prática do delito insculpido no art. 1º da Lei 8.137/90 - é mesmo medida que se impõe.

Como bem definido na sentença objurgada, o apelante cometeu os ilícitos em continuação delitiva, visto que, mediante três ações (calçou três notas fiscais), produziu três resultados distintos, sendo os delitos idênticos e cometidos na mesma região, em condições semelhantes de tempo e maneira de execução.

As penas impostas ao recorrente, segundo penso, não merecem qualquer reparo, já que fixadas nos termos do que dispõem os arts. 59 e 68 do CP, sendo, portanto, suficientes à prevenção e reprovação dos ilícitos.

A propósito, não se acolhe o pedido da defesa para redução das penas impostas ao condenado, de sorte que, como se depreende da sentença acostada em f. 152/158, foram definidas, para cada delito, no mínimo legal cominado para o injusto.

Aliás, tendo o d. Juiz sentenciante reconhecido a prática de três delitos, logo três resultados, deveria haver elevado as reprimendas, em virtude da continuação delitiva, pela fração de um quinto, não apenas de um quarto.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 319

Todavia, ante a resignação ministerial, conservo, intocadas, as penas impostas em primeiro grau de jurisdição.

No mais, fica mantida, tal como operada em primeiro grau de jurisdição, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Mercê de tais considerações, rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento ao recurso para manter integralmente a sentença vergastada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JANE SILVA e ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO, REJEITADA PRELIMINAR.

...

Roubo - Violência contra a pessoa - Insuficiência de provas - Furto por arrebatamento - Caracterização - Desclassificação mantida

Ementa: Apelação criminal. Roubo. Furto. Desclassificação. Possibilidade. Violência à coisa. Diferença do roubo. Elemento subjetivo do tipo. Recurso desprovido.

- O crime de furto por arrebatamento se diferencia do roubo porque, no segundo delito, o réu dirige a violência à pessoa humana, vítima do crime, sendo a *vis corporalis* meio de execução para se obter a subtração patrimonial, enquanto que, no furto, o ato violento se direciona ao próprio objeto material a ser subtraído, atingindo apenas eventualmente e de forma indireta a vítima.

- No crime de roubo, a violência contra a pessoa é elemento objetivo do tipo, deve ser abrangida pelo dolo do agente, ou seja, somente se pode condenar alguém se ficar comprovada a intenção de usar de violência contra a vítima e, a partir daí, obter a subtração patrimonial.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0351.08.086435-5/001 - Comarca de Janaúba - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Fabiano de Paula Oliveira - Relator: DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de abril de 2009. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - A r. sentença de f. 74/76 desclassificou a conduta de roubo, pela qual havia sido denunciado o réu, para a de furto. Ao final, a mencionada decisão determinou o encaminhamento dos autos ao Ministério Público para que se propusesse a suspensão condicional do processo.

Inconformado com a decisão, o Ministério Público interpôs recurso de apelação pugnando pela condenação do réu nos termos da denúncia (f. 80/87).

A defesa apresentou contrarrazões pela manutenção da sentença (f. 94/95).

A d. Procuradoria opinou pelo provimento (f. 98/102).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Consta da denúncia que, no dia 19 de maio de 2008, por volta das 18h45min, teria o denunciado subtraído para si, simulando portar uma arma embaixo da blusa, um telefone celular pertencente à vítima Ludmila Aparecida Barbosa.

A materialidade do crime resta comprovada pelo APFD de f. 04/09, boletim de ocorrência f. 16/18, auto de apreensão à f. 19 e auto de restituição de f. 20.

Todavia, ao longo da instrução, não restou devidamente comprovado que o acusado tenha realmente agido tal como descrito na denúncia.

Se, por um lado, na fase inquisitorial, a vítima afirma que o réu a ameaçara fingindo possuir uma arma (f. 8), por outro lado, em juízo, ela alterou substancialmente a sua fala, garantindo que, na verdade, o ladrão "não simulou estar portando uma arma". Segundo ela, o mencionado agente somente lhe pediu que lhe entregasse o telefone celular (f. 67).

Em ambas as vezes em que foi ouvido, o recorrido não negou que tenha subtraído o referido telefone, mas apresentou uma versão diferente da que a ofendida apresentara. De acordo com o acusado, ele avistou a vítima caminhando à sua frente, trazendo um telefone no bolso da calça, momento em que resolveu se aproximar dela e, de inopino, puxou o referido aparelho e saiu correndo (f. 9/39).

Dessa maneira, o que se vê é que não há provas suficientemente aptas para comprovar que o réu tenha cometido o crime de roubo, mas sim o de furto, uma vez que a violência foi dirigida diretamente à coisa, e não à pessoa, não havendo sequer descrição de contato físico entre o réu e a vítima quando do arrebatamento da *res*.

A violência, seja física ou moral, é elemento descritivo do tipo e deve, portanto, compondo o tipo objetivo, ser abrangida pelo dolo do agente.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 320

A posição sedimentada nos tribunais é a de que, nessa hipótese, não se pode falar em roubo, mas sim em furto, quando a subtração ocorre em ataque de inopino, surpreendendo a vítima.

> No furto com arrebatamento, a violência é dirigida à coisa e não à pessoa. Se o possuidor é atingido, por repercussão, nem por isso o fato passa a tipificar o delito de roubo, salvo se ficar demonstrado que o agente também quis usar de violência contra a vítima [...] Para que tenhamos roubo, é indispensável, pois, que o agente queira cometer a subtração, mediante violência ou grave ameaça à pessoa, pois a grave ameaça e a violência são elementos objetivos pertencentes ao tipo legal e devem estar abarcadas pelo dolo (TACRIM - SP, Rel. Dante Busana, *RT* 608-352).

> Ementa: Apelação - Furto - Violência à coisa - Diferença do roubo - Elemento subjetivo do tipo - Sentença mantida. - O crime de furto por arrebatamento se diferencia do roubo porque, no segundo delito, o réu dirige a violência à pessoa humana, vítima do crime, sendo a *vis corporalis* meio de execução para se obter a subtração patrimonial, enquanto que, no furto, o ato violento se direciona ao próprio objeto material a ser subtraído, atingindo apenas eventualmente e de forma indireta a vítima. No crime de roubo, a violência contra a pessoa, enquanto elemento objetivo do tipo, deve ser abrangida pelo dolo do agente, ou seja, somente se pode condenar alguém por este delito se ficar comprovada a intenção de usar de violência para machucar a vítima e a partir daí obter a subtração patrimonial.

Do exposto, tenho que não há reparo a se fazer na decisão que desclassificou o crime de roubo para o do art. 155, *caput*, do CP.

Do exposto, nego provimento ao recurso ministerial. Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e VIEIRA DE BRITO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Falsificação de documento público - Frustração de direitos trabalhistas - Autoria - Materialidade - Prova - Concurso material - Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Tentativa - Pena - Redução

Ementa: Apelação criminal. Art. 203 c/c art. 14, II, e art. 297 do CP. Tentativa de frustração de direitos trabalhistas. Falsificação de documento público. Concurso material. Autoria e materialidade comprovadas. Erro na dosimetria. Modificado o *quantum* da pena.

- Uma vez comprovado que o réu apresentou perante a Justiça do Trabalho recibos de pagamento falsificados, a fim de se esquivar do pagamento de verbas salariais devidas e, em momento posterior, ao receber a CTPS da empregada para dar baixa, rasurou e alterou dados daquele documento público, configurado está o concurso material entre os delitos tipificados nos arts. 203 e 297, ambos do Código Penal.

- Reconhecida a mera tentativa do delito tipificado no art. 203 do Código Penal, o acusado faz jus à causa de diminuição de pena do art. 14, parágrafo único, do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.06.088821-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Mário da Penha Pereira - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 23 de abril de 2009. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB - Mário da Penha Pereira interpôs recurso de apelação em face da respeitável sentença de f. 172/179, que julgou procedentes os pedidos constantes da ação penal pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, condenando o recorrente nas sanções previstas art. 297, *caput*, c/c arts. 203 e 14, inciso II, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

O Magistrado fixou as reprimendas, respectivamente, em 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa e 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, na mínima fração legal.

Diante do cumprimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal, o Juízo *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e proibição de frequentar bares, boates, botequins e similares.

Nas razões recursais de f. 183/186, a douta defesa suscita preliminar de ilegitimidade passiva, alegando que o acusado era mero funcionário, e não sócio da empresa onde trabalhava a vítima, e que as anotações na CTPS eram de responsabilidade do setor de recursos humanos.

Diz que a acusação não se desincumbiu do ônus de provar a autoria do crime, sendo que a simples

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 321

demonstração de que houve a falsificação não se presta para tanto.

Noutro giro, alega que deveria ter sido aplicado o princípio da consunção, na medida em que a adulteração da CTPS era apenas o meio para a frustração dos direitos trabalhistas, sem possuir, por si só, potencialidade lesiva.

Aduz ser aplicável, por analogia, a Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça, colacionando julgado que, no seu entender, confirma a tese defensiva.

Pugna, ao final, pela nulidade da sentença por falta de fundamentação quanto à ilegitimidade ou que tal preliminar seja reconhecida em grau de recurso; quanto ao mérito, pede a absolvição do acusado, por falta de provas, ou, ainda, a incidência do princípio da consunção, mantendo a condenação apenas quanto ao delito do art. 203 do Código Penal.

Em contrarrazões, o ilustre Promotor de Justiça rebateu a preliminar e os demais argumentos recursais, pugnando pela confirmação da sentença (f. 188/190).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 207/210, opinando pela rejeição da preliminar e desprovimento do apelo.

A denúncia foi recebida em 12.07.2006, tendo sido publicada a sentença condenatória em 05.05.2008.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ao contrário do que tenta convencer o recorrente, a sentença não ignorou a preliminar suscitada, apenas analisou tal questão com o mérito, o que também será feito nessa instância revisora.

Em rigor, não se discute matéria afeta à ilegitimidade passiva na relação jurídico-processual, mas sim a própria autoria do fato delituoso.

Isso porque, em tese, a conclusão de que o acusado não foi responsável pela adulteração dos recibos e da CTPS não levaria ao reconhecimento de ilegitimidade, mas sim à absolvição, na forma do art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Forte em tais considerações, desnecessárias maiores delongas, rejeito a preliminar.

O apelante foi denunciado por infração aos arts. 203, *caput*, c/c art. 14, II, e art. 297, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal, porque, em data incerta, nos meses de agosto e setembro de 2002, apresentou recibos de pagamentos falsificados, objetivando comprovar a quitação de débitos trabalhistas não efetuados, frustrando o pagamento dos direitos reclamados na ação nº 01147.2002.023.00-4, que tramitou perante a 23ª Vara do Trabalho do TRT/3ªRegião.

A denúncia ainda narra que, no dia 31.10.2002, após a realização de acordo entre as partes, o denunciado recebeu a CTPS da vítima, a fim de proceder à baixa do contrato de trabalho, com data retroativa a 08.08.2002, oportunidade em que, dolosamente, rasurou e substituiu quatro folhas daquele documento, diminuindo o salário da empregada e modificando o endereço da empregadora.

A materialidade dos delitos, que sequer é contestada pelo recorrente, encontra-se estampada no documento de f. 12, no exame documentoscópico (f. 27/29) e laudo pericial grafotécnico e documentoscópico (f. 37/45).

Os ilustres *experts* constataram que várias folhas da CTPS da vítima apresentavam coloração e padrões diferentes das demais, dando indícios de que houve "montagem" (substituição de quatro folhas da CTPS original), oportunidade em que foram alterados 6 (seis) registros ali contidos, *in verbis*:

> A CTPS nº 05193, série 0122 MG, em nome de Jeane Rodrigues Cardoso de Souza, apresenta indícios de montagem que consistem na substituição de quatro folhas a seguir discriminadas: - Sexta folha, correspondente às p. 11/12, e sua folha contígua (p. 61/62); - Sétima folha, correspondente às p. 13/14, e sua folha contígua (p. 59/60) (f. 29).

A referida perícia ainda detalhou quais foram os itens que apresentaram divergência (modificação ou inclusão): "Carimbado: nome e endereço da empresa, Registro, Remuneração específica, data de saída, Opção e Retratação".

Sobre a adulteração dos recibos de pagamento acostados à defesa da ação reclamatória trabalhista, colhe-se da conclusão do laudo de f. 37/45:

> Queira o Sr. Perito indicar se os recibos de pagamentos constantes nos autos, acostados às f. 18, 19, 20, 21 e 22, foram adulterados no que se refere ao ano neles constantes? Resposta - Os documentos de f. 19,20,21 e 22 foram adulterados [...] Informe o Sr. Perito se estão rasurados os recibos juntados com a defesa. Se afirmativa, se tais rasuras demonstram alteração ou adulteração em escritos anteriores. Resposta - Sim. Existem adulterações nas datas dos recibos de f. 19/22. As rasuras ou adulterações foram por meio de adição a escritos anteriores. No doc. de f. 18 não existe adulteração (f. 41/42).

No tocante à autoria, embora o acusado tenha negado a falsificação, ao mesmo tempo, confirmou que os registros na CTPS da vítima foram preenchidos por ele:

> [...] reconhece como tendo partido de seu punho escriturador os registros constantes na CTPS, cuja cópia encontra-se vazada à f. 09; que igualmente reconhece como tendo sido feitos por ele os registros constantes à f. 12 da CTPS nº 05193, Série 0122-MG, expedida em nome de Jeane Rodrigues Cardoso de Sousa; que não sabe explicar o porquê das divergências existentes entre a fotocópia da CTPS de Jeane, ora encartada à f. 09 e o documento em sua versão 'original', precisamente no que se refere à f. 12, tais como: carimbo da empresa com endereço diverso, dados e valores (f. 70).

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 322

Em juízo, o acusado apresentou a mesma versão dos fatos, acrescentando, ainda, "que as rasuras constantes à f. 37 da CTPS foram feitas pelo interrogado, entretanto apenas para a correção do mês da opção pelo FGTS" (f. 121).

Nesse contexto, totalmente descabida a alegação da defesa no sentido de que "as anotações na CTPS eram de responsabilidade do setor de recursos humanos". O réu confirma que foi ele que preencheu a CTPS no momento da contratação, que as anotações constantes à f. 12 (cuja falsidade foi atestada por perícia) foram preenchidas de próprio punho por ele e ainda confessou uma das rasuras constantes na carteira de trabalho da vítima.

Como se não bastassem tais circunstâncias, não podemos olvidar que o delito em apreço é daqueles normalmente praticados longe dos olhos de possíveis testemunhas, de forma que a palavra da vítima assume relevante importância.

In casu, a vítima confirmou que as adulterações em sua carteira de trabalho ocorreram logo após ter repassado sua CTPS ao denunciado, para que procedesse à baixa, a mando do Juízo Trabalhista, *in verbis*:

> [...] que, como o acusado não efetuou o pagamento das verbas rescisórias, a depoente ajuizou uma reclamatória trabalhista; que, por ordem do Juiz, a depoente entregou sua CTPS ao denunciado para que procedesse ao registro de sua saída; que antes de entregá-la constava em sua CTPS o endereço e o valor constantes no contrato de trabalho os quais eram de onde a depoente efetivamente prestava os serviços; que após sua CTPS ser devolvida a advogada da depoente percebeu que o denunciado havia retirado algumas páginas da CTPS, substituindo-as por outras; que o denunciado também falsificou recibos de pagamento supostamente feitos à depoente (f. 137).

Por sua vez, o réu não se desincumbiu do ônus de comprovar o álibi alegado, ou seja, de que as anotações na carteira profissional dos funcionários da empresa não eram feitas por ele, mas pelo "setor de recursos humanos", já que a única testemunha de defesa disse não ter nenhum conhecimento sobre os fatos narrados na denúncia e sequer soube dizer se a vítima era funcionária da Empresa M. Ribeiro ou do próprio denunciado (f. 138).

Ultrapassadas tais questões, também não há que se falar na aplicação do princípio da consunção, ou mesmo na incidência da Súmula 17 do STJ, por extensão.

Sobre o tema, trago à baila os ensinamentos de Luiz Regis Prado:

> [...] pelo critério, princípio ou relação de consunção, determinado crime (norma consumida) é fase de realização de outro crime (norma consuntiva) ou é uma regular forma de transição para o último - delito progressivo. Isso significa, na primeira modalidade, que o conteúdo do tipo penal mais amplo absorve o de menor abrangência, que constitui etapa daquele, vigorando o princípio *major absorbet minorem*. Desse modo, os fatos 'não se acham em relação de *species a genus*, mas de *minus a plus*, de parte a todo, de meio a fim' (*Curso de direito penal brasileiro*. 5. ed., RT, v. 1, p. 233).

Ora, os delitos noticiados nos autos, além de protegerem bens jurídicos diversos, foram praticados em momentos distintos, não havendo que se falar em "crime-meio" e "crime-fim".

Inicialmente, no curso da reclamatória trabalhista, o réu acostou à sua defesa documentos adulterados, com a nítida finalidade de frustrar os pagamentos das parcelas reivindicadas pela empregada.

Tratando-se de um crime de execução livre, a juntada de documentos falsificados no bojo do processo configura, sem sombra de dúvidas, o artifício fraudulento utilizado pelo empregador para tentar se esquivar das obrigações trabalhistas, amoldando-se a conduta ao tipo previsto no art. 203 do Código Penal: "Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho".

Mutatis mutandis, assim já se manifestou o STF:

> *Habeas corpus*. Falsificação de recibos de quitação de direitos trabalhistas e sua utilização, contra o empregado, na Justiça do Trabalho. - Configura-se, no caso, concurso formal de crimes (os previstos nos arts. 299 e 203 do Código Penal), e não concurso aparente de normas penais (*HC* 56355/SP, Rel. Ministro Moreira Alves, *RTJ* 91-02/460).

Em outro momento, após a realização de acordo junto àquela Justiça Especializada, recebendo a CTPS da empregada para dar baixa, o agente substituiu folhas, manipulando, dolosamente, vários dados (*v.g.*, o nome e endereço da empresa contratante), violando a fé pública daquele documento, e não mais para "frustrar direitos trabalhistas" - até porque o acordo já tinha sido efetivado àquela altura.

Portanto, irretocável o entendimento do douto Sentenciante, que aplicou a regra do concurso material, negando a possibilidade de incidência do princípio da consunção.

Embora o réu não tenha recorrido sobre o *quantum* da pena, verifico que há um ligeiro equívoco na sentença no tocante à pena do delito do art. 203 do Código Penal.

Com efeito, o douto Sentenciante fixou a pena-base no mínimo legal, que foi mantida diante da inexistência de agravantes ou atenuantes. Porém, na 3ª fase da dosimetria, o Magistrado deixou de aplicar a causa de diminuição da pena do art. 14, parágrafo único, do Código Penal, mesmo tendo reconhecido a tentativa delituosa.

Não houve insurgência ministerial com relação a essa questão, logo, entendo que o réu faz jus à minoração da pena no grau máximo, razão pela qual, reduzo a pena fixada para o crime de frustração dos direitos trabalhistas para 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, e 3 (três) dias-multa, à mínima fração legal.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 323

Mantenho inalterada a sentença quanto à dosimetria do delito tipificado no art. 297 do Código Penal, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Mercê de tais considerações, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao apelo, apenas para reduzir a penalidade imposta ao réu Mário da Penha Pereira, nos moldes acima estabelecidos, mantido, quanto ao mais, o r. *decisum* de f. 172/179.

Na oportunidade, recomendo ao Juízo da Execução que, após o trânsito em julgado para a acusação, antes de qualquer outra providência, analise a prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito tipificado no art. 203 do Código Penal, tendo em vista o *quantum* da pena aplicada nesta instância.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HERCULANO RODRIGUES e JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Sentença - Apreciação de tese da acusação - Omissão - Vício de fundamentação - Princípio do contraditório - Inobservância - Nulidade

Ementa: Preliminar. Falta de apreciação das teses ministeriais em sua totalidade. Pedido de condenação pelo delito de falsa identidade. Nulidade. Decisão *citra petita*.

- O decreto condenatório que suprime de seus fundamentos teses apontadas pelas partes causa sensível prejuízo, devendo o ato decisório ser declarado nulo pelo órgão revisor. A norma constitucional-processual é garantista, não havendo razão para a subsistência do ato que não se submeteu à obediência da regra que assegura às partes o direito ao contraditório.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0223.08.253635-8/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Cristiano Eustáquio Jerônimo - 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 ANULAR A SENTENÇA, COM DETERMINAÇÃO.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2009. - *Maria Celeste Porto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo ilustre representante do Ministério Público (f. 178-v.) contra sentença oriunda da 3ª Vara Criminal da Comarca de Divinópolis, f. 159/167, que desclassificou conduta da Lei de Tóxicos originalmente imputada ao acusado Cristiano Eustáquio Jerônimo (art. 33 da Lei 11.343/06) para o delito de uso de drogas (art. 28 da Lei 11.343/06).

Inconformado, o Órgão Acusador apresentou as razões de f. 187/198, onde pugna, preliminarmente, pela nulidade do feito por ofensa ao princípio do contraditório, ao argumento de que não lhe foi aberta vista para ciência dos documentos juntados pela defesa na fase de alegações finais. No mérito, bate pela condenação do nacional nos termos da exordial acusatória, ou seja, no delito de tráfico de droga e no delito de falsa identidade, destacando o amplo conjunto probatório em seu desfavor.

Contra-arrazoando o recurso, f. 200/213, sustenta a defesa o improvimento do apelo e a manutenção do *decisum*.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador Gerardus Magela G. Lima Filho, opinou pela nulidade da sentença, destacando que esta não analisara pedido ministerial de condenação do réu no delito do art. 307 do Código Penal, sendo *citra petita* (f. 216/218-TJ).

É o sucinto relatório.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Após minuciosa análise dos autos, acolho preliminar de nulidade da sentença primeva suscitada pelo Órgão Ministerial de cúpula, considerando que a mesma, de fato, é *citra petita*.

Ora, vê-se que, por ocasião da denúncia e das alegações finais, o Ministério Público primevo pediu pela condenação do nacional Cristiano Eustáquio Jerônimo nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/06 e art. 307 do Código Penal Brasileiro.

No entanto, o Magistrado primevo analisou tão somente o caderno probatório relativo ao delito de tráfico de drogas, desclassificando tal conduta para o crime de uso, deixando de fazer qualquer menção quanto ao delito de falsa identidade, entregando a prestação jurisdicional de forma incompleta com uma análise *citra petita*.

A meu ver, diante do recurso ministerial pedindo pela condenação do réu nos termos da denúncia, eventual manifestação desta instância recursal sobre um crime não analisado pelo Juiz primevo significaria

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 324

suprimir um grau de jurisdição, prática essa vedada em nosso ordenamento jurídico.

Veja que na r. sentença hostilizada o digno Magistrado sentenciante se limitou a concluir pela comprovação da autoria e materialidade dos fatos do delito de tóxicos, mas em momento algum analisou o pedido de condenação pelo delito de falsidade, apresentado pelo Órgão Acusador na denúncia, nas alegações finais e repisado nas razões recursais.

Este o entendimento doutrinário, aplicável *in casu*:

> Nessa perspectiva, o vício de fundamentação abrange, portanto, a hipótese em que existe alguma motivação, mas ela é insuficiente; assim se o juiz deixa de apreciar questão importante apresentada pela acusação ou defesa nas razões finais (GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Nulidades no processo penal*. Editora RT, p. 166).
>
> Como a sentença deve ser completa, é nula se o juiz deixar de examinar toda a matéria articulada ou de considerar todos os fatos articulados na denúncia contra o réu [...]. Da mesma forma, é eivada de nulidade a sentença que não responde às alegações da defesa, seja de mérito, seja de preliminares argüidas oportunamente (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 5. ed., Atlas, p. 484).
>
> A motivação deve-se referir a todas as questões que foram colocadas pelas partes, assim como também às questões que, ainda em ausência de comportamento específico das partes, constituam em concreto objeto da indagação (AQUINO, José Carlos G. X. e NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. Saraiva, p. 246).

O vício da sentença, por ausência de exame de todas as teses expostas à apreciação do magistrado, ofende o dever constitucional de que as decisões judiciais sejam sempre fundamentadas.

E, assim, por ofensa a princípio constitucional, a nulidade é absoluta, dispensando a comprovação do prejuízo, que, *in casu*, é presumido.

Esse também é o entendimento do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, confira:

> Processual penal. Sentença. Ausência de análise de teses da acusação. Supressão de grau de jurisdição. Nulidade absoluta.
> Nula a sentença proferida sem que tenham sido apreciadas todas as teses aventadas, seja pela defesa ou pela acusação, ainda que sucintamente, por incorrer em vício *citra petita*, pois torna-se inaceitável a prestação jurisdicional incompleta, o que não pode ser sanado na instância revisora, sob pena de suprimir um grau de jurisdição.
> Recurso provido. Sentença anulada (TAMG, Apelação Criminal 402.964-5, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, j. em 16.09.2003).

E de outros tribunais pátrios:

> Se o magistrado, ao sentenciar, desconsidera qualquer fundamento utilizado por uma das partes, ignorando tese sustentada por um dos litigantes, está descumprindo a exigência legal e constitucional de fundamentação do julgado, prevista nos arts. 381 do CPP, e art. 93, IX, da CF, tornando a sentença nula, pois carece de seu requisito estrutural (TJSP, 2ª Câmara, Ap., j. em 14.12.98, Rel. Canguçu de Almeida, *RT* 761/604).
>
> Sentença. Ausência de apreciação de matéria alegada pelas partes. Nulidade. Ocorrência. - É nula a sentença que deixa de apreciar matéria alegada pelas partes, de modo que, havendo interposição de recurso à Segunda Instância, tal questão não pode ser analisada sob pena de se suprimir um grau de jurisdição (TACrimSP, AP. Rel. Heitor Prado, *RJD* 19/165).

Ex positis, com as razões de decidir acima explicitadas, acolho preliminar suscitada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça para anular a r. sentença condenatória, pela falta de apreciação da totalidade das teses apresentadas, em nítida ofensa ao art. 5º, LV, da CF de 88. Nova decisão deverá ser proferida com integral observância dos dispositivos legais e constitucionais.

Porém, antes da prolação de nova decisão, determino a abertura de vista ao zeloso Dr. Promotor de Justiça dos documentos juntados pela defesa às f. 141/158, evitando-se nova nulidade do julgado por ofensa ao contraditório.

Fica, em consequência, prejudicado o exame do mérito recursal.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES HÉLCIO VALENTIM e PEDRO VERGARA.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR MINISTERIAL E ANULARAM A SENTENÇA, COM DETERMINAÇÃO.

...

Apropriação indébita - Autoria - Materialidade - Álibi - Ônus da prova - Crime consumado - Denúncia - Princípio da correlação - Sentença - Nulidade - Não ocorrência - Prestação de serviços à comunidade - Pena de multa - Alteração das penas - Questão afeta ao juízo da execução penal - Condenação mantida

Ementa: Apropriação indébita. Fatos narrados na denúncia. Princípio da correlação. Atendimento. Nulidade da sentença não caracterizada. Tipo penal patenteado. Álibi. Ônus probatório. Encargo não atendido. Condenação mantida. Penas restritivas de direitos. Condições pessoais dos acusados. Cumprimento não obstado.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 325

- Não é nula a sentença que foi prolatada em consonância com os fatos narrados na denúncia, por atender ao princípio da correlação, embora seja equivocada a capitulação jurídica do delito vertida na peça acusatória.

- Comprovado que os acusados se apoderaram de mercadorias da vítima, em razão de um contrato de transportes havido com um deles, resulta tipificada a hipótese penal do art. 168, § 1°, III, do CP.

- Cabe aos acusados o ônus da prova do fato extintivo ou modificativo alegado, a teor do art. 156 do CPP, cujo não cumprimento se erige num óbice à absolvição dos mesmos.

- As penas restritivas de direitos estão definidas no ordenamento jurídico penal (art. 43 do CP) a serem aplicadas àqueles que cometeram crimes, contando com expressa previsão na Constituição da República. Assim, as condições pessoais dos acusados não são óbices ao cumprimento destas modalidades de reprimendas.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0702.06.308430-6/001 - Comarca de Uberlândia - Apelantes: 1°) Marcos Almeida de Oliveira, 2°) Manoel Marcelo Freire da Silva, 3°) Eduardo Marçal de Souza - 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 OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 07 de abril de 2009. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS (Convocado) - Cuida-se de três recursos de apelação interpostos por Marcos Almeida de Oliveira, Manoel Marcelo Freire da Silva e Eduardo Marçal de Souza, respectivamente, contra sentença que julgou procedente a denúncia formulada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, condenando-os a cumprirem, individualmente, as penas de um ano e quatro meses de reclusão, em regime aberto, e a pagarem treze dias-multa, por incursos no art. 168, § 1°, III, do CP. Os acusados foram beneficiados pela substituição de suas penas corporais por restritivas de direitos, alusivas ao pagamento de pecúnia e à prestação de serviços à comunidade.

As razões recursais das partes e o pronunciamento da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram explicitadas, sucintamente, no relatório de f.

Conhece-se de todos os recursos, por subsumirem-se nos seus requisitos de admissibilidade.

Em preliminar, o apelante Manoel Marcelo Freire da Silva aponta a nulidade da sentença por estar eivada do vício *extra petita*, uma vez que a denúncia lhe imputou e aos corréus a prática do delito de apropriação indébita na sua forma tentada, mas o Julgador singular condenou-os por esta modalidade criminosa consumada. Assim, entende que a existência desta mácula gera a ineficácia da sentença, determinando que outra seja proferida nos limites da peça acusatória.

À minha ótica, não se pode conceder razão ao apelante, porquanto é doutrinariamente assente o entendimento de que o réu se defende dos fatos penalmente tipificados, conforme deduzidos na denúncia e não da definição jurídica ali indicada. E, da análise dos termos da peça acusatória, denota-se que os fatos ali narrados espelham a prática consumada do crime delineado no art. 168 do CP, em razão do silêncio do *Parquet* sobre o momento e os motivos que levaram à hipotética interrupção do *iter criminis*. Assim, infere-se que a definição jurídica do delito vertida na parte final da denúncia não corresponde à situação fática estabelecida no seu bojo, o que possibilitou ao Juiz adequá-la na capitulação jurídica que considerou devida.

Sobre o tema, vale-se do elucidativo ensinamento de Júlio Fabbrini Mirabete, *v.g.*:

> Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal, porquanto o réu se defendeu daqueles fatos e não de sua capitulação inicial (*Código de Processo Penal interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 883).

Trilhando esta senda, é a jurisprudência emanada deste egrégio TJMG, *verbatim:*

> Preliminar - Nulidade da sentença - Crime contra relações de consumo - Denúncia por crime doloso - Condenação pelo mesmo delito em sua modalidade culposa - Circunstância elementar não contida na denúncia - *Mutatio libelli* - Inobservância do art. 384 CPP - Ofensa ao princípio da ampla defesa - Nulidade absoluta. A sentença deve ter correlação com a denúncia, ou seja, só pode haver condenação pelo fato descrito na peça de acusação. Do contrário, apurando-se durante a instrução circunstância elementar não descrita, mesmo que implicitamente na denúncia, o magistrado deve aplicar as regras do art. 384 do CPP; se a pena for de gravidade menor ou igual à imputação original, dá-se vista à defesa; se a pena for mais grave, deve-se dar vista ao Ministério Público para aditar a denúncia (Apelação Criminal 1.0080.05.001389-7/001, Rel.ª Des.ª Maria Celeste Porto, *DJ* de 29.06.07).

Nesse aspecto, assinale-se que as defesas dos apelantes não foram prejudicadas por este descompasso

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 326

da peça acusatória, em face da negativa da autoria do crime focalizado. Dessarte, rejeito a denúncia em epígrafe.

No âmbito meritório, infiro pela possibilidade da análise simultânea das três apelações no que tange à negativa da autoria do crime, em razão de incidirem sobre os mesmos fatos e utilizarem argumentos jurídicos similares.

Compulsando o processado, vislumbro que o apelante Manoel Marcelo Freire da Silva confessou no inquérito policial (f. 13/14) a sua intenção de apropriar-se de parte da carga que transportava ao Supermercado Bretas, localizado na cidade de Uberlândia, oportunidade em que, também, declarou ter solicitado a ajuda dos ora apelantes, Eduardo Marçal de Souza e Marcos Almeida de Oliveira, para abrir a carroceria do seu caminhão, descarregar parte das mercadorias que lá se encontrava e transportá-la para outro lugar. Este relato foi confirmado nos depoimentos dos mencionados Eduardo e Marcos, coletados na fase administrativa às f. 11/12 e f. 15/16, cujos teores espelham, igualmente, iniludíveis confissões extrajudiciais sobre a matéria de fato tratada na denúncia.

Os apelantes, nos seus interrogatórios de f. 167/170 e f. 178/179, embora não neguem os fatos declarados no inquérito policial, apresentam outra versão à existência dos mesmos, ou seja, trouxeram um álibi ao acontecido, consistente na ocorrência de problemas técnicos na carroceria do caminhão que exigiu a retirada da carga e o seu transporte por outro veículo ao estabelecimento destinatário. Esta operação lícita foi abortada, segundo os apelantes, pela intempestiva chegada da Polícia.

Ocorre, todavia, que esta versão dos fatos, ou álibi, apresentada pelos apelantes a fim de exculparem-se da prática do delito em epígrafe lhes ocasionou a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do CPP. Portanto, cabia aos apelantes comprovarem a veracidade do seu álibi, o que não fizeram na instrução da lide penal em apreço.

Sobre o tema, é a jurisprudência:

> Em decorrência da demonstração do fato e da autoria pela prova da acusação, presume-se *ipso facto* o dolo, cabendo ao incriminado demonstrar sua ausência. Impõe-se ao acionado o ônus de provar os fatos extintivos, impeditivos e modificativos que interferem na relação jurídico-penal (*RT* 649/302).

Nesta seara, verifica-se que nada há no feito a evidenciar os propalados problemas técnicos havidos no caminhão de um dos apelantes, que exigissem o transbordo da sua carga, conforme sustentado por eles. O laudo de vistoria de f. 146/158 é silente a respeito, o que não favorece a tese defensiva em tela.

Ademais, a verossimilhança do álibi dos apelantes é infirmada pelo depoimento da testemunha Luiz Fernando Afonso (f. 195/196), no qual corrobora os fatos que foram coletados no inquérito policial.

Por conseguinte, denota-se que o dolo dos apelantes restou patenteado pela prova laborada no feito, em face da intenção consciente dos mesmos de se apoderarem de mercadorias pertencentes a outrem e confiadas a um deles por meio de um contrato de transporte. Enfim, restam delineados na espécie vertente todos os contornos do tipo penal previsto no art. 168, § 1º, III, do CP, os quais são delineados na lição de Celso Delmanto:

> O recebimento deve ter sido em razão, isto é, por causa ou por motivo de ofício, emprego ou profissão, e não apenas por ocasião deles. Entendemos ser necessário que haja relação de confiança, especialmente quanto ao emprego (*Código Penal comentado*. 3. ed. Ed. Renovar, p. 297).

Dessarte, conclui-se que não se pode conceder guarida à tese absolutória dos apelantes pela suposta falta do elemento subjetivo do tipo penal acima indicado.

No que alude ao argumento defensivo de que os atos dos apelantes não poderiam ser considerados delituosos, em razão do seu caráter preparatório, ao meu aviso, não merece guarida, já que a consumação do crime focalizado se esgota com a intenção do agente de ter como sua a coisa que lhe foi confiada. É o que dispõem os tribunais pátrios, segundo anotado por Alberto Silva Franco, *verbatim*:

> A apropriação indébita, dizem os penalistas, se dá quando o agente inverte o título de posse, isto é, muda, sem justa causa, o título, utilizando-o como sua fosse. Vale dizer, incorpora-a ao seu patrimônio. O *animus* do agente é fundamental para configurar a natureza jurídica da impontualidade (STJ - 6ª Turma - REsp 105.296 - Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro - j. em 09.03.99 – *DJU de* 26.04.99, p. 129) (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed., Ed. RT, v. 2, p. 2.744).

E, *in casu*, conclui-se que o delito se consumou quando o apelante Manoel Marcelo Freire da Silva parou o seu caminhão em local diverso do destinado e, em companhia dos demais apelantes, começaram a retirar parte da carga pertencente ao Supermercado Bretas. Portanto, acertada é a responsabilização penal dos apelantes por incidirem na conduta preconizada no referenciado art. 168, § 1º, III, do CP.

De outra face, os apelantes Eduardo Marçal de Souza e Marcos Almeida de Oliveira afirmam que a pena restritiva de direito, atinente ao pagamento de pecúnia, ultrapassa as suas posses financeiras, dificultando o seu cumprimento. Nesse tocante, o apelante Eduardo Marçal de Souza sustenta ser caminhoneiro, o que o impedirá de cumprir a pena de prestação de serviços à comunidade e o conduzirá ao cárcere, a exigir a modificação do dispositivo sentencial correspondente.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 327

Sobre a questão, imperioso salientar que essas reprimendas impostas aos apelantes estão definidas em nosso ordenamento jurídico penal (art. 43 do CP), objetivando atingir àqueles que cometeram crimes contra a sociedade, a fim de obrigá-los a pagar por sua falta. Esta situação encontra expressa previsão no texto constitucional, assim, verifica-se que os seus efeitos são *erga omnes*, não podendo o cidadão se eximir do seu cumprimento.

Sobre o tema, pronuncia-se Celso Delmanto, *v.g.*:

> Pena é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. Ela tem finalidade retributiva e preventiva. Retributiva, pois impõe um mal (privação de um bem jurídico) ao violador da lei penal. E preventiva, porque visa a evitar a prática de crimes, seja intimidando a todos, em geral, com o exemplo de sua aplicação, seja em espécie, privando da liberdade o autor do crime e obstando que ele volte a delinqüir (obra citada, p. 60).

Assim, resulta que os nominados apelantes estão jungidos ao cumprimento das aludidas penas restritivas de direitos, entretanto, poderão submeter estes seus pleitos ao juízo da execução das suas reprimendas, o qual avaliará a viabilidade de modificá-las. Prematura se revela essa análise nesta seara recursal.

Enfim, vislumbro que o Julgador *primevo* deu correto desate à presente lide penal, a determinar a prevalência de sua sentença na íntegra.

Ante o exposto, nego provimento às apelações em apreço.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JUDIMAR BIBER e FERNANDO STARLING.

Súmula - RECURSOS NÃO PROVIDOS.

...

Crime de trânsito - Embriaguez ao volante - Nível de teor alcóolico - Elemento do tipo - Exame de alcoolemia - Não realização - Lei nova - Lei mais benéfica - Materialidade - Prova - Ausência - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Crime de trânsito. Embriaguez ao volante. Lei nº 11.705/2008 mais benéfica ao réu. Ausência de exame técnico imprescindível para a configuração do delito. Absolvição. Apelo ministerial prejudicado. Recurso defensivo provido.

- A Lei nº 11.705/2008 introduziu um novo requisito para a configuração do crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, qual seja a constatação exata do nível de álcool no sangue, dificultando, assim, a caracterização do delito. Dessa forma, pode-se afirmar que se trata de uma *novatio legis in melius*.

- O condutor que não for submetido ao exame de sangue ou ao bafômetro não estará incurso nas iras do art. 306, pois não restará comprovada a materialidade delitiva, uma vez que ausente prova sobre elementar do tipo penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.06.318439-7/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Carlos Rene Pilati - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Carlos Rene Pilati - 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 DAR PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO E JULGAR PREJUDICADO O APELO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 3 de junho de 2009. - *Herbert Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERBERT CARNEIRO - Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público de Minas Gerais e Carlos Rene Pilati, inconformados com a r. sentença de f. 100/105, que condenou o segundo apelante como incurso nas sanções do art. 306 da Lei nº 9.503/97, às penas definitivas de 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, em regime aberto, e proibição para conduzir veículos automotores, por igual período. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Narra a denúncia que, no dia 08.04.2006, na Avenida Brasil, próximo ao nº 485, Bairro Barbosa Lage, na Comarca de Juiz de Fora/MG, o réu conduziu veículo automotor, em via pública, sob influência de álcool, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

Consta ainda da exordial que, na data supramencionada, Carlos Rene Pilati se envolveu em um acidente automobilístico com o veículo Volkswagen/Brasília, placa GPH-3807/MG, sem vítimas. Os policiais militares, ao comparecerem ao local do referido acidente, constataram que o denunciado aparentava estar sob o efeito de bebida alcoólica. Diante desses fatos, o réu foi conduzido à delegacia para ser submetido a exame de embriaguez.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 328

Pleiteia o Ministério Público, termo de interposição do recurso à f. 107 e razões às f. 112/115, a majoração das penas impostas ao apelante Carlos.

A defesa pugna, razões recursais à f. 117/120, pela absolvição, tendo em vista a insuficiência de provas para sustentar um édito condenatório.

Contrarrazões ministeriais às f. 129/135, manifestando pelo desprovimento do recurso defensivo.

A defesa requer, em suas contrarrazões, f. 121/124, que seja negado provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 153/157, opina pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

Conheço dos recursos, visto que presentes os requisitos de admissibilidade e processamento.

Primeiramente, cabe ressaltar que a defesa de Carlos apresentou duas peças de contrarrazões, f. 121/124 e 141/146. No entanto, somente a primeira peça será considerada, uma vez que se operou, nesse caso, a preclusão consumativa.

Não há questões preliminares arguidas pelas partes, nem mesmo conhecíveis de ofício.

Quanto ao mérito, considerando as teses apresentadas, inverto a ordem do julgamento e passo ao exame da segunda apelação.

Segunda apelação: Carlos Rene Pilati.

Pleiteia a defesa de Carlos a absolvição, tendo em vista a insuficiência do conjunto probatório para sustentar uma condenação. Aduz que o acidente automobilístico no qual esteve envolvido o apelante se deu por razões diversas, e não pelo estado de embriaguez. Por fim, afirma que o laudo pericial de f. 20 não foi conclusivo, uma vez que não foi certificada a quantidade de álcool presente no sangue do réu.

Tenho que assiste razão à defesa.

Conforme se verifica do laudo constante à f. 19/20, o apelante, após se envolver em um acidente, foi submetido a perícia médica, a fim de se averiguar se estava conduzindo veículo automotor sob influência de álcool. Porém, foi realizado apenas o exame clínico, não tendo sido colhido material para dosagem do teor alcoólico. Por conseqüência, não se constatou, com exatidão, qual a concentração de álcool por litro de sangue que o apelante possuía no dia dos fatos.

A Lei nº 11.705/2008, que entrou em vigor a partir de 19.06.2008, alterou o art. 306 da Lei nº 9.503/97, que passou a ter a seguinte redação:

> Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
> Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Antes da vigência da Lei nº 11.705/2008, não havia previsão, no artigo em comento, do teor alcoólico necessário para a caracterização do crime, bastando, para tanto, que o condutor do veículo estivesse sob a influência de álcool. Nesse contexto, o exame de alcoolemia era prescindível, podendo ser substituído por outras provas, tais como o depoimento de testemunhas ou o exame clínico.

Entretanto, o legislador introduziu uma nova elementar no tipo penal previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97, ao fazer menção expressa ao *quantum* de álcool no sangue necessário para a configuração do crime, tornando indispensável o referido exame técnico, sob pena de não restar comprovada a materialidade do delito.

Caso o exame de alcoolemia aponte menos de 0,6 decigramas de álcool por litro de sangue, não haverá infração penal, apenas um ilícito administrativo. Além disso, o condutor que não for submetido ao exame de sangue, ou ao bafômetro, também não estará incurso nas iras do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, pois não restará comprovada a materialidade delitiva, uma vez que ausente prova sobre elementar do tipo penal.

Para corroborar esse entendimento, observe-se o seguinte julgado deste egrégio Tribunal:

> Crimes de trânsito. Embriaguez ao volante. Absolvição. Lei nº 11.705/2008 mais benéfica ao réu. Retroatividade. Exigência de comprovação de concentração igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue. Ausência de prova técnica que não pode ser suprida pela comprovação indireta. Insuficiência probatória. Absolvição. Recurso provido. - Com a nova redação do art. 306, *caput*, do CTB, passou-se a exigir, como figura elementar do tipo, que o condutor do veículo automotor transite em via pública com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. Assim, restou a responsabilização criminal por embriaguez ao volante condicionada à efetiva comprovação de que o agente tenha conduzido veículo automotor com a referida concentração de álcool no sangue para a formação da materialidade. - Ausente, pois, a prova técnica pertinente, absolve-se o acusado por insuficiência probatória, nos termos do art. 386, VII, do CPP. (Apelação Criminal nº 1.0056.07.137602-6/001, Relator Des. José Antonino Baía Borges, julgado em 16.04.2009 e publicado em 08.05.2009.)

A Lei nº 11.705/2008 introduziu um novo requisito para a configuração do crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, qual seja a constatação exata do nível de álcool no sangue, dificultando, assim, a caracterização do delito. Dessa forma, pode-se afirmar que se trata de uma *novatio legis in melius*. E, pelo princípio da retroatividade das leis penais mais benignas, tenho que a exigência do exame para constatação do nível de álcool no sangue deverá alcançar, portanto, os fatos ocorridos antes de 19.06.2008.

No caso em comento, não obstante ter o apelante confessado a ingestão de bebida alcoólica perante as

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 329

autoridades policiais, f. 04, a absolvição é imperiosa, uma vez que não foi realizado o exame de alcoolemia, imprescindível para a configuração da materialidade do delito.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo defensivo e absolvo o apelante Carlos Rene Pilati, com fulcro no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal, e julgo prejudicado o apelo ministerial.

Recolha-se o mandado de prisão expedido em desfavor do apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO STARLING e JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO E JULGARAM PREJUDICADO O APELO MINISTERIAL.

...

Tráfico de drogas - Laudo toxicológico definitivo - Juntada tardia - Vista dos autos - Inobservância - Cerceamento de defesa - Ocorrência - Sentença - Nulidade

Ementa: Penal e processo penal. Tráfico de entorpecentes. Laudo toxicológico definitivo. Imprescindibilidade. Juntada posterior às alegações finais, sem abertura de vista para as partes. Nulidade.

- Nas infrações de tráfico de entorpecentes ou a ele equiparadas, é indispensável a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo, a fim de se comprovar a materialidade do delito. O laudo de constatação preliminar é suficiente apenas para a lavratura do auto de prisão em flagrante e para a oferta e recebimento da denúncia, nos termos do art. 50 da Lei nº 11.343/06, não suprindo a ausência do laudo definitivo.

- A juntada do laudo toxicológico definitivo após as alegações finais, sem que dele tenha sido aberta vista às partes, fere os princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que não lhes oportuniza manifestação acerca da prova pericial apresentada.

Preliminar da defesa acolhida, para anular a sentença.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0702.07.392525-8/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Venilton Bem Amorim, William Martins de Lima, Lidiane Barbosa Cardozo - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HÉLCIO VALENTIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER PRELIMINAR DA DEFESA E ANULAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2009. - *Hélcio Valentim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HÉLCIO VALENTIM - Cuida-se de ação penal pública, promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia, contra Venilton Bem Amorim, William Martins de Lima e Lidiane Barbosa Cardozo, imputando-lhes a prática dos fatos tipificados como tráfico de drogas e associação para o tráfico, nos termos dos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, e como receptação simples, nos termos do art. 180, *caput*, do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 13 de julho de 2007, por volta das 16h, no Bairro Brasil, em Uberlândia, policiais militares, ao serem informados por populares de que um casal estaria vendendo drogas naquele bairro, fizeram um rastreamento e, ao encontrarem os denunciados Willian e Lidiane, realizaram a abordagem do casal, mas nada encontraram em seu poder. Logo em seguida, os policiais receberam um novo comunicado, via Copom, de que Willian e Lidiane teriam escondido a droga junto à calçada, momento em que, ao averiguarem a informação, encontraram, no local indicado, 20 (vinte) pedras de *crack* e quatro papelotes de cocaína. Em virtude disso, os milicianos se dirigiram à residência do casal, onde vive também o denunciado Venilton, ali apreendendo mais 10 (dez) pedras de *crack*, R$244,91 (duzentos e quarenta e quatro reais e noventa e um centavos), em dinheiro, e vários objetos de origem ilícita, os quais teriam sido utilizados por usuários como moeda de troca na aquisição de drogas.

A inicial acusatória veio acompanhada de inquérito policial (f. 5/50).

Os réus foram citados (f. 67-v., 68-v. e 69-v.) e apresentaram defesa preliminar, em conjunto, através de defensor constituído (f. 63/65).

Recebida a denúncia (f. 76), os réus foram interrogados (f. 144/145, 146/148 e 149/150), ocasião em que negaram os fatos narrados na inicial.

Durante a instrução, ouviram-se cinco testemunhas (f. 151/159).

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação dos réus, nos exatos termos da denúncia (f. 160/168).

Os acusados, por sua vez, apresentaram alegações

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 330

finais (f. 208/217), nas quais requereram a absolvição, em relação a todos os delitos a eles imputados. Pleitearam, ainda, a desclassificação do fato, de tráfico para posse de droga para uso próprio; a aplicação da pena no mínimo legal e a restituição dos bens apreendidos.

Sentença às f. 237/251, restando os réus absolvidos da imputação relativa ao crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, na forma do art. 386, VI, do CPP. Venilton foi condenado, como incurso nas iras dos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, a cumprir pena de 11 (onze) anos de reclusão, em regime fechado, e 1.600 (mil e seiscentos) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo. William e Lidiane foram condenados, como incursos nas sanções dos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, a cumprir, cada um, a pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, no valor unitário de 1/20 (um vinte avos) do salário-mínimo.

As partes foram intimadas da sentença (f. 253, 273-v., 274-v. e 275-v.).

Apelaram os réus (f. 250), arguindo preliminar de nulidade do processo, por cerceamento de defesa, devido à juntada do laudo toxicológico definitivo após as alegações finais, sem que tenha sido dada vista para a defesa. No mérito, requerem a absolvição ou a desclassificação do fato, do crime de tráfico para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Pedem, ainda, a fixação da pena no mínimo legal, a aplicação da figura do tráfico privilegiado e a concessão do benefício da justiça gratuita.

Contrarrazões recursais às f. 273/278, pugnando o *Parquet* pelo provimento parcial do apelo, para que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, aos acusados William e Lidiane.

O parecer da douta Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento do recurso (f. 303/316).

Eis, do que importa, o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissão.

Cerceamento de defesa.

Juntada do laudo toxicológico após as alegações finais, sem intimação da defesa.

Com razão o ilustre defensor, ao arguir, em preliminar, a nulidade do processo, por cerceamento de defesa, diante da juntada do laudo toxicológico definitivo após as alegações finais das partes, sem que dele tenha sido aberta vista para a defesa.

De fato, infere-se dos autos que os réus foram denunciados e condenados pela prática dos crimes de tráfico de droga e associação para o tráfico. É certo que a prova da materialidade do delito descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/06 depende da constatação segura da natureza da substância apreendida.

O art. 50 da Lei nº 11.343/06 determina que, para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante, é suficiente a apresentação do laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por um perito ou, na falta desse, por pessoa idônea. O § 2º do mesmo artigo dispõe que o perito que subscreveu o laudo preliminar não fica impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

É certo que o laudo de constatação preliminar resulta do exame da substância por seu aspecto extrínseco, sem aprofundar-se o experto na análise dos princípios ativos capazes de causar dependência física ou psíquica, como exige o dispositivo legal.

A doutrina assim analisa a questão envolvendo os laudos preliminares e definitivos nos processos-crime por tráfico de drogas:

> Em matéria de drogas, dois são os laudos necessários: o de constatação e o definitivo. O primeiro cumpre o papel de comprovar a materialidade do delito no momento do auto de prisão em flagrante (ou no momento da abertura do inquérito policial, quando este se inicia de outra maneira). O segundo laudo (o definitivo) é o que comprova, de modo insofismável, a natureza e a quantidade da droga. O laudo definitivo deve ser juntado aos autos do processo antes da audiência de instrução, debates e julgamento. Sem a comprovação definitiva da natureza da droga não pode o juiz proferir sentença condenatória (GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, Willian Terra de. *Lei de Drogas comentada*. 2. ed., Ed. RT, p. 258/259).

> Em nosso entender, o laudo de constatação provisório deve ser justificado segundo o princípio de funcionalização do processo, uma vez que a perícia toxicológica, realizada pelo departamento especializado da polícia judiciária, é mais demorada (e para não cairmos na obviedade sobre a questão, basta lembrarmos das dificuldades por que passam nossas polícias). Isto não quer dizer, no entanto, que o laudo de constatação vá substituir aquela perícia, que, a todas as luzes, constituirá a prova material do ilícito relacionado à droga e que sustentará a apreciação judicial dos fatos (GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Nova Lei Antidrogas comentada* - crimes e regime processual penal. 2. ed., Ed. Juruá, p. 178/180).

Exatamente por sua precariedade, o laudo preliminar é suficiente para a lavratura do auto de prisão em flagrante e para o recebimento da denúncia, dado que se presta tão só a evidenciar indícios da materialidade do delito, não se constituindo em prova definitiva da materialidade. Essa sim, capaz de, conforme o conjunto probatório, dar lugar a um decreto condenatório por crime de tráfico de droga. Sem ele, ao revés, não há a certeza e a segurança exigidas pela lei para a condenação.

O exame toxicológico definitivo, portanto, é assumido como elemento indispensável para apurar a identidade do material, com vistas a determinar a adequação do comportamento do acusado ao tipo legal correspondente.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 331

Essa é, a respeito, a lição de Renato Marcão, vista em sua obra *Tóxicos - Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 - Nova Lei de Drogas anotada e interpretada*. 4. ed., Ed. Saraiva, p. 403, em comentários ao disposto no art. 50 da referida lei:

> A lei, entretanto, permite a lavratura do auto de prisão em flagrante e, a nosso ver, também o oferecimento da denúncia, sem a presença do laudo pericial definitivo, desde que presente o laudo de constatação da natureza e quantidade do produto, da substância ou droga; firmado por perito oficial ou, na falta desse, por qualquer pessoa idônea.
> Uma das conseqüências que disso decorre é que não pode subsistir eventual condenação por tráfico de maconha baseada apenas no laudo de constatação prévia, para fins de comprovação da materialidade, 'uma vez que necessários exames toxicológicos laboratoriais mais profundos e aptos a comprovar, estreme de dúvidas, a natureza tóxica da substância apreendida e a presença de tetrahidrocanabinol, componente responsável pelos principais efeitos farmacológicos da *Cannabis sativa L*' (TJCE, *RT* 780/638).
> Em processos relacionados com porte de entorpecentes já se decidiu reiteradas vezes que: 'O auto de constatação é provisório e não tem o condão de substituir a prova técnica especializada de forma a gerar certeza do caráter toxicológico da substância apreendida. Somente o laudo toxicológico, subscrito por peritos oficiais, que se valem de aparelhamento técnico adequado e utilizam método de exame científico, poderá comprovar que a substância apreendida é mesmo uma daquelas consideradas entorpecentes ou causadora de dependência física ou psíquica' (TJSP, *RT* 710/272 e 714/359; TJMT, *RT* 549/352).

No mesmo sentido, o entendimento de Luiz Flávio Gomes, em outra obra de sua autoria:

> [...] é fundamental comprovar a idoneidade tóxica do que foi apreendido. De outro lado, comprovar que essa substância acha-se listada pela Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde). Não se lavra o auto de prisão em flagrante sem a comprovação da materialidade da infração (*Nova Lei de Drogas comentada*. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 223).

O exame, desse modo, é meio necessário para determinar a identidade do material, com o objetivo de apurar a adequação da conduta do agente ao tipo legal correspondente, como dito.

Certo é que o laudo toxicológico hábil a comprovar a materialidade não pode ser suprido por nenhum outro elemento de prova, sequer pela confissão do acusado, algo que o torna imprescindível, como lembra, ainda, Damásio E. de Jesus, no seu *Lei Antitóxicos anotada*, Ed. Saraiva, 1999, p. 143:

> [...] a ausência de laudo toxicológico definitivo não pode ser suprida pela confissão do acusado, nem pelo laudo preliminar de constatação, nem pela prova testemunhal.

Confira-se o entendimento deste eg. Tribunal sobre o tema:

> Apelação criminal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Preliminar. Nulidade do feito. Prova da materialidade. Inexistência. Via imprópria. Prefacial afastada. Mérito. Ausência de apreensão de drogas. Laudo de exame toxicológico. Imprescindibilidade. Delito não configurado. Absolvição decretada. Recurso provido. - A preliminar de nulidade do feito, em razão da ausência de prova da materialidade delitiva, é tema de mérito, já que o que se pretende, em última análise, é a absolvição. Prefacial rejeitada. Para a configuração do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, em qualquer de suas modalidades, é imprescindível a apreensão da droga, bem como o exame pericial para a comprovação da materialidade, não podendo ser suprido por qualquer outro meio de prova (ACrim 1.0470.03.013971-6/001, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Eduardo Brum, p. em 24.04.07).
>
> Apelação criminal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Laudo toxicológico definitivo. Ausência. Materialidade não demonstrada. Absolvição. - Não restou suficientemente comprovada a prática imputada na denúncia, uma vez que não existem nos autos elementos concretos que demonstrem a materialidade do tráfico ilícito de entorpecentes, em especial o laudo toxicológico definitivo. Havendo qualquer dúvida, mesmo que mínima, deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*, pois a inocência é presumida até que se demonstre o contrário, mormente quando a acusação não produz provas capazes de ensejar o decreto condenatório, levando, dessa maneira, à absolvição do acusado. Provimento do recurso que se impõe (ACrim 1.0155.03.004606-6/001, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, p. em 06.07.06).
>
> Processual penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Laudo toxicológico definitivo inexistente. Auto de apreensão e laudo de constatação das substâncias apreendidas que não suprem a prova da materialidade. Absolvição decretada. Recurso provido (TJMG - 3ª Câmara Criminal - AP 1.0647.04.040.074-7/001 - Rel. Des. Erony da Silva).
>
> Ausente o laudo toxicológico definitivo, prova material do delito, anula-se de ofício a sentença, ficando o réu absolvido da imputação que lhe foi feita (TJMG - AC - 1299-7/26.426-2 - Rel. Des. José Arthur - *Jurisprudência Mineira* 119:281).

A imprescindibilidade do laudo de exame toxicológico definitivo para a comprovação da materialidade do delito de tráfico é ressaltada na jurisprudência do augusto Superior Tribunal de Justiça, a saber:

> *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Estatuto da Criança e do Adolescente. Sentença. Medida sócio-educativa de semiliberdade. Ausência de laudo toxicológico definitivo. Nulidade. - É indispensável a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo, a fim de se comprovar a materialidade de infração equiparada ao tráfico ilícito de entorpecentes (Precedentes). Ordem concedida (*HC* 46769/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, p. em 13.03.06, p. 345).
>
> *Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao tráfico de entorpecentes. Ausência de laudo toxicológico definitivo. Materialidade delitiva não comprovada. Precedentes do STJ.
> 1. Nos casos em que houver acusação de menor, pela suposta prática de ato infracional equiparado ao tráfico de

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 332

entorpecentes, afigura-se indispensável a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo, a fim de se comprovar a sua materialidade.
2. Ressalte-se, ainda, que o laudo de constatação provisório é suficiente apenas para a lavratura do auto de prisão em flagrante e da oferta de denúncia (art. 20, § 1°, da Lei n° 6.368/1976 e art. 28, § 1°, da Lei n° 10.409/2002), que, entretanto, não supre a ausência do laudo definitivo (art. 25 da Lei n° 6.368/76 e art. 31, § 1°, da Lei n° 10.409/2002), cuja ausência gera nulidade absoluta, pois que afeta o interesse público e diz respeito à própria prestação jurisdicional. Precedentes desta Corte.
3. Na espécie, verifica-se que a procedência da representação, imputando ao ora paciente pela prática do ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes, se deu sem a juntada do laudo definitivo, restando evidenciado, assim, o constrangimento ilegal.
4. Ordem concedida para determinar a anulação do *decisum* que julgou procedente a representação ministerial oferecida contra o paciente, a fim de que seja procedida a prévia instrução probatória, devendo, por fim, o menor aguardar em liberdade assistida o desfecho do processo (*HC* 41898/RJ, 5ª Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, p. em 07.11.05, p. 319).

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao tráfico de entorpecentes. Medida de semiliberdade. Atividades externas. Visitas familiares. Controle judicial. Possibilidade. Ausência do laudo definitivo de exame da substância apreendida. Materialidade delitiva não comprovada. Ordem parcialmente concedida.
1. O disposto no art. 120 da Lei n° 8.069/90 não afasta o controle e a fiscalização, pelo Magistrado de primeiro grau, das atividades externas realizadas pelo menor, quando sujeito à medida de semiliberdade.
2. Evadindo-se o menor do estabelecimento em que cumpria medida sócio-educativa de semiliberdade, resta prejudicado o *habeas corpus* que impugnava a imposição de restrições às suas atividades externas.
3. É indispensável a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo, a fim de se comprovar a materialidade de infração equiparada ao tráfico ilícito de entorpecentes.
4. Ordem parcialmente concedida (*HC* 38047/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, p. em 11.04.05, p. 392).

No caso em tela, o laudo toxicológico definitivo, acostado à f. 226, veio aos autos após as alegações finais e antes da sentença, mas dele não se abriu vista às partes, sobretudo para a defesa, o que viola, flagrantemente, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Data venia dos entendimentos em sentido contrário, trata-se, a meu ver, de nulidade absoluta, decorrente de grave e patente cerceamento de defesa, já que os réus não puderam se manifestar sobre a prova definitiva da materialidade do crime pelo qual estão sendo condenados, cuidando-se o referido laudo, como dito alhures, de prova indispensável à prolação de uma sentença condenatória.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Processual penal. Nulidade. Laudo toxicológico. Manifestação das partes sobre a prova. Ausência. Constrangimento ilegal configurado. Invalidade da prova. Inexistência.
1. A inobservância da determinação legal da juntada do laudo toxicológico definitivo até à audiência de instrução (art. 25 da Lei 6.368/76) não invalida o processo, quando não demonstrado o prejuízo. Contudo, por ocasião da sentença condenatória, sua ausência gera nulidade absoluta, uma vez que a comprovação da materialidade do delito é condição de validade da própria decisão, matéria de interesse público.
2. A presença física do laudo nos autos antes da sentença de nada adianta, caso subtraída das partes a oportunidade de se manifestarem sobre ele. Precedentes.
3. Após a anulação da primeira sentença, olvidou-se o Juízo monocrático de colher a manifestação da defesa acerca da juntada do laudo toxicológico definitivo, o que, além de ocasionar evidente prejuízo ao ora paciente, já que restou condenado no processo, violou frontalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa.
4. Não há invalidade no laudo toxicológico juntado no processo, já que a rasura da data do carimbo de autenticação e o pequeno pedaço rasgado no canto inferior direito da página, onde claramente não havia nada escrito, em nada contribuíram para a perfeita análise desta prova ou influíram no resultado do processo.
5. *Writ* parcialmente concedido para, reconhecendo o cerceamento de defesa, anular o acórdão atacado e a sentença de primeiro grau, determinando que outra seja proferida com prévia intimação das partes, para se manifestarem sobre o laudo toxicológico definitivo juntado aos autos (*HC* 37682/RS, 5ª Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, *DJ* de 07.03.05, p. 301).

Processo penal. Tráfico de entorpecentes. Art. 12, Lei 6.368/1976. Laudo toxicológico definitivo. Juntada tardia. Intimação para as partes se manifestarem. Ausência. Ampla defesa. Prejuízo. Nulidade do édito condenatório. Prolação de nova sentença. Prisão cautelar. Excesso de prazo. Ordem concedida.
A ausência de juntada do laudo toxicológico definitivo até a audiência de instrução não causa a nulidade do processo, se sanada a irregularidade, com a intimação das partes para manifestação e requerimentos pertinentes, antes da prolação da sentença.
A simples presença física do laudo nos autos antes da prolação da sentença não supre a nulidade decorrente da ofensa ao contraditório e à ampla defesa, se não oportunizado às partes se manifestarem sobre ele.
A falta de manifestação das partes acerca do laudo toxicológico definitivo tem o condão de invalidar os atos praticados após sua juntada, pois revelado o prejuízo ocasionado pela afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório.
Reconhecida a nulidade da condenação torna-se pertinente a alegação de excesso de prazo, tendo em vista que a paciente, recolhida cautelarmente, não deu causa à invalidade da sentença.
Ordem concedida para anular a sentença condenatória e determinar que outra seja proferida, após intimação das partes para se pronunciarem sobre o laudo toxicológico definitivo juntado aos autos, e ainda, para que aguarde o julgamento em liberdade, ante o manifesto excesso de prazo (*HC* 53879/PA, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, *DJ* 1°.08.06, p. 558).

Penal e processual penal. Recurso especial. Art. 12 da Lei n° 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos). Laudo toxicológico juntado

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 333

após encerrada a instrução criminal. Manifestação das partes sobre ele antes da prolação da sentença. Nulidade inexistente. Dosimetria da pena. Pena-base. Falta de fundamentação. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ausência de prequestionamento. Crime equiparado a hediondo. Progressão de regime. Possibilidade. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 declarada pelo STF.
I - A juntada do laudo toxicológico após o término da instrução criminal não constitui nulidade processual, se oportunizada às partes a manifestação sobre ele, antes da prolação da sentença condenatória. (Precedentes) (REsp 851915/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 03.09.07, p. 213).

A respeito, já decidiu este eg. Tribunal:

Ementa: Ato infracional. Tráfico de drogas. Preliminar. Juntada de laudo toxicológico definitivo após as alegações finais. Mera irregularidade. Ausência de abertura de vista às partes. Circunstância que constitui cerceamento de defesa. Nulidade dos atos processuais após a juntada do laudo. Acolhimento. Recurso provido. - A juntada do laudo toxicológico definitivo após as alegações finais e antes da sentença constitui mera irregularidade, mas deve o magistrado abrir vista às partes do conteúdo da prova técnica, para evitar cerceamento de defesa (ACrim nº 1.0474.07.029602-2/001, Rel. Des. Herculano Rodrigues, j. em 18.10.07).

Ementa: Apelação criminal. Arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76. Laudo toxicológico definitivo. Juntada após as alegações finais. Falta de ciência às partes. Nulidade. Cerceamento de defesa. Associação para o tráfico e tráfico. Crimes caracterizados. Autoria e materialidade demonstradas. Regime prisional integralmente fechado. Impossibilidade. Inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. - É absoluta a nulidade consistente na prolação da sentença condenatória sem a juntada do exame definitivo ou sem que se dê às partes o necessário conhecimento de seu conteúdo (Ap. criminal nº 1.0534.05.004020-1/001, Rel.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, j. em 29.03.07).

Ementa: Tráfico de drogas. Ausência de juntada do mandado de citação. Realização de apenas um interrogatório. Palavra dada à defesa em primeiro lugar, quando da inquirição de suas testemunhas. Excesso de prazo. Sentença prolatada sem que as partes tomassem conhecimento do laudo toxicológico definitivo. Nulidade. [...] Juntado o laudo de exame toxicológico após a audiência de instrução e a apresentação de alegações finais, por via de memoriais, deve ser reaberta vista dos autos às partes para que sobre ele se manifestem, antes que seja proferida a sentença (Acrim nº 1.0473.05.007707-1/001, Rel.ª Desª. Jane Silva, j. em 25.07.06).

Isso considerado, acolho preliminar articulada pela defesa, para anular a sentença condenatória, determinando seja outra proferida, após a intimação das partes para se manifestarem sobre o laudo toxicológico definitivo juntado aos autos.

Custas, *ex lege*.

É como voto!

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO VERGARA e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR DA DEFESA E ANULARAM A SENTENÇA.

...

Agravo de execução penal - Roubo - Crime continuado - Não caracterização - Ausência de requisito - Habitualidade criminosa

Ementa: Agravo em execução. Roubos. Continuidade delitiva. Modo de realização diferente em cada crime. Reiteração criminosa. Habitualidade. Impossibilidade de aplicação do art. 71 do Código Penal. Agravo desprovido.

- Não caracteriza a continuidade delitiva a perpetração de roubos realizados de modo diferente, inexistindo similitude no meio de subtração, inclusive no que toca à forma de subjugação das vítimas e presença de coautores. Ao criminoso habitual não se defere a ficção do crime continuado. Precedentes jurisprudenciais.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0000.08.488274-5/001 - Comarca de Uberaba - Agravante: Rodnei Carvalho Silva - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de abril de 2009. - *Ediwal José de Morais* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS - O presente agravo em execução é aviado em favor de Rodnei Carvalho Silva, recuperando que cumpre penas impostas por diferentes roubos, execução que se processa na Comarca de Uberaba, neste Estado.

Busca o culto Defensor Público (razões às f. 04/08) ver modificada decisão proferida pela nobre autoridade judicial responsável pela execução penal, cuidando-se de julgado que indeferiu o pleito de reconhecimento da continuidade delitiva entre os roubos imputados ao agravante.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 334

Segundo a decisão vergastada (cópia às f. 18/19), o modo de realização dos delitos seria tão diverso nos casos, que resta afastada a aplicação do art. 71 do Código Penal.

Requer a defesa que seja reconhecida a continuidade entre três dos fatos, ou ao menos entre dois deles, infrações que teriam sido perpetradas de maneira semelhante, segundo se atesta.

Contrarrazões ministeriais às f. 21/28.

A decisão foi mantida em sede de eventual retratação, conforme f. 29.

Opina a douta Procuradoria de Justiça pelo parcial provimento do recurso, reconhecendo-se a ficção do crime continuado entre dois dos roubos perpetrados, nos termos do parecer de f. 32/34.

O recurso deve ser conhecido, pois atende a seus pressupostos de admissão.

Analisando cópia das denúncias oferecidas, bem como os demais documentos dos autos, pedimos vênia ao ilustre Defensor Público que recorre para entender que a disposição do art. 71 do CP não se encontra devidamente atendida no caso.

Constata-se coincidência dos atos ilícitos praticados, no que toca às condições de tempo e espaço, cuidando-se de roubos perpetrados dentro de um mês, no mesmo bairro e em região vizinha, o que ensejaria satisfação de parte da norma legal.

Contudo, quando se parte para a apreciação dos demais requisitos legais, observa-se que o modo de realização dos crimes realmente é diferente em cada um dos roubos noticiados, afastando-se a satisfação plena da norma que beneficia o condenado.

Em um dos crimes, o acusado teria agido sozinho, disparando arma de fogo em bar da região, para levar dinheiro (f. 09).

Já em outro, valeu-se o agente de uma bicicleta para, junto de um comparsa, que permaneceu à porta de estabelecimento comercial, render fregueses e funcionários do comércio, levando diferentes bens das vítimas (f. 11/13).

Em outra ocasião, terceira pessoa teria atuado ao lado do condenado, simulando compra de bebida alcoólica para em seguida realizar o assalto, tudo muito diferente das situações anteriores (ver decisão do Juízo *a quo*).

Tamanha disparidade impede-nos de considerar referidos crimes como em continuidade, uma vez que se trata de condutas autônomas, tendo como comum o envolvimento do réu e o uso de arma de fogo, sem maior proximidade quanto a outros aspectos.

Cabe ressaltar ainda que a variação no concurso de agentes, ora sendo coautor pessoa indicada pelo nome Fernando, ora sendo envolvido terceiro não identificado, já é forte indicativo de circunstância que impede a aplicação do art. 71 do Código Penal.

Sobre o tema:

> A circunstância de serem os delitos cometidos de forma diferenciada - no primeiro o paciente agiu sozinho e no segundo com o concurso de outras pessoas - afasta, de plano, a similitude do *modus operandi*, o que descaracteriza a continuidade delitiva (STJ - 5ª Turma - *HC* 8.850/SP - Min. José Arnaldo da Fonseca - *DJU* 08.11.1999).

Cumpre ressaltar ainda, como bem argumenta o zeloso representante ministerial de primeira instância, que o objetivo da norma que favoreceria o agente é beneficiar aquele criminoso eventual, que se vê ligado a dois ou três delitos perpetrados em seguida, por circunstâncias inesperadas, sem maior desejo do condenado de realizá-los naquele momento, tratando-se de desdobramento não usual.

Como no caso em debate, se está diante de pessoa que utiliza o crime de roubo como meio de vida, sendo assaltante contumaz e extremamente eficiente na realização do ilícito, fica afastada a possibilidade de emprego da norma do art. 71 do CP.

Destaca-se como doutrina e jurisprudência abalizam o que se afirma acima:

> Não se pode pensar em diminuir o excesso punitivo de quem faz do delito um autêntico meio de ganhar a vida (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7 ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.418).

> Quem faz do crime a sua atividade comercial, como se fosse uma profissão, incide na hipótese de habitualidade, ou de reiteração delitiva, que não se confundem com a da continuidade delitiva (STF - 2ª Turma - *HC* 71.940/SP - Min. Maurício Corrêa - *RTJ* 160:583).

Com tais argumentos, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ e DOORGAL ANDRADA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Habeas corpus - Latrocínio - Réu em liberdade - Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Não ocorrência - Recolhimento à prisão - Ausência de fundamentação - Prisão provisória - Impossibilidade - Ausência de requisitos - Princípio da presunção da inocência - Concessão da ordem

Ementa: *Habeas corpus*. Latrocínio. Decisão condenatória não transitada em julgado. Pendência de julgamento de recurso especial e extraordinário. Execução provisória da decisão. Inviabilidade. Posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Ordem concedida.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 335

- Nos termos do novo parágrafo único do art. 387 do CPP, enquanto não transitada a sentença condenatória, somente será possível a prisão na sentença em caráter cautelar, devidamente fundamentada nos requisitos previstos no art. 312 do CPP.

- Consoante recente posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo nos autos qualquer decisão acerca da necessidade da custódia cautelar, considerando ainda ter o paciente respondido a todo o processo em liberdade, inviável se torna sua execução provisória.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.09.491010-6/000 - Comarca de Formiga - Paciente: Ronaldo Amaral da Silva - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Infância, Juventude e Cartas Precatórias da Comarca de Formiga - 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 CONCEDER A ORDEM.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2009. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Ronaldo Amaral da Silva, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Formiga.

Aduz o impetrante que o paciente cumpre pena pelo delito apurado nos autos nº 0166.06.013507-5, tendo a execução da pena se processado na Comarca de Cláudio. Afirma que, em virtude da regressão do regime para o fechado, foi o paciente recolhido no estabelecimento prisional em Formiga; entretanto, antes de remeter os autos da execução, o d. Magistrado expediu guia de execução provisória referente ao processo nº 0166.04.005661-5.

Salienta que o início da execução provisória somente poderá ter início com o trânsito em julgado da decisão ou se o réu estiver ou vier a ser preso e que, no presente caso, os autos do processo ainda se encontram neste Tribunal, aguardando decisão sobre admissão ou não de recurso especial e extraordinário.

Afirma que o paciente respondeu em liberdade todo o processo, sendo que a sentença condenatória e o acórdão não determinaram o recolhimento à prisão, razão pela qual o paciente deve continuar em liberdade.

Requer a concessão da ordem, em caráter liminar, para que o paciente seja imediatamente colocado em liberdade.

A impetração de f. 02/06-TJ veio instruída com documentos de f. 07/107-TJ.

À f. 112-TJ foi indeferida a liminar pleiteada pelo em. Des. Antônio Armando dos Anjos.

Às f. 120/121-TJ, foram prestadas as informações pelo d. Juiz apontado coator, informando a transferência da execução para a Comarca de Carmo do Paranaíba.

À f. 133-TJ, foram prestadas informações pelo d. Magistrado, vindo acompanhadas dos documentos de f.134/140-TJ.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Procurador de Justiça Dr. Denilson Feitoza Pacheco (f. 130/131-TJ), opina pela concessão da ordem.

É o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do *habeas corpus* impetrado.

Resume-se a irresignação do impetrante na expedição de guia de execução provisória pela autoridade apontada como coatora, ao fundamento de que o paciente respondeu a todo o processo em liberdade, não havendo o trânsito em julgado da sentença condenatória, ante a interposição de recursos especial e extraordinário.

Razão assiste ao impetrante.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, c/c art. 73, ambos do Código Penal, e art. 16 da Lei 6.368/76, pelo delito cometido em 30.03.04, figurado no processo nº 0166.04.005661-5.

Conforme consta da sentença de f. 82/88-TJ, mediante representação da autoridade policial e do Ministério Público, foi decretada a prisão temporária do paciente, seguida de prorrogação. Posteriormente, representando a autoridade policial pela decretação da prisão preventiva, o pedido não foi acolhido pelo Juízo, sendo o paciente colocado em liberdade em 29.05.2004.

Em 16.01.08, sobreveio sentença condenatória na qual o d. Magistrado condenou o paciente nos termos da denúncia, às penas de 22 (vinte e dois) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 10 (dez) dias-multa pelo delito de latrocínio e 8 (oito) meses de prestação de serviços à comunidade, pelo delito de porte de substância entorpecente.

Em análise da referida sentença, observa-se que não há em seu bojo qualquer decreto de prisão cautelar contra o paciente, ou mesmo recomendação na prisão.

Inconformado com a sentença condenatória, o paciente interpôs recurso de apelação perante este Tribunal, na qual, por meio de voto de minha relatoria,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 336

foi dado, à unanimidade, parcial provimento ao recurso para declarar extinta a punibilidade pela prescrição quanto ao delito previsto no art. 16 da Lei 6.368/76 e reduzir a pena cominada ao latrocínio para 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado.

Prosseguindo à análise do feito, verifica-se que o trânsito em julgado do *decisum* ainda não ocorreu, pois que interpostos recursos especial e extraordinário por parte da defesa, encontrando-se o feito pendente de julgamento acerca da admissibilidade dos recursos neste Tribunal.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, com o advento das leis de reformas processuais e em atendimento ao princípio constitucional da presunção de inocência, é possível auferir que não há mais previsão de prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. É o que se extrai, por exemplo, do disposto no novo parágrafo único do art. 387 do CPP, na qual o juiz decidirá, na sentença, sobre a manutenção ou imposição da prisão preventiva do réu.

Assim, enquanto não transitada a sentença condenatória, somente será possível a prisão na sentença em caráter cautelar, devidamente fundamentada nos requisitos previstos no art. 312 do CPP.

Entretanto, o que se vê no caso em comento é que até o presente momento não houve, por parte do Magistrado *a quo* ou mesmo por este Tribunal, qualquer fundamentação acerca da necessidade cautelar do condenado.

Veja-se que o apenado permaneceu, por este processo, qual seja o de nº 0166.04.005661-5, em liberdade durante toda a instrução processual e mesmo após o julgamento da apelação por este Tribunal. É o que se extrai do próprio relatório da sentença condenatória, que informa que o paciente foi posto em liberdade após o cumprimento de prisão temporária em 29.05.04, não havendo notícia de posterior decreto de prisão cautelar.

Assim, tenho que a prisão do paciente por esta condenação não se reveste de caráter cautelar, mas sim de execução provisória.

Cumpre registrar que o paciente está cumprindo pena por outra condenação, advinda do processo nº 0166.06.013507-5, na qual foi condenado à pena de 8 (oito) meses de reclusão pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, inciso I, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Veja-se que esta condenação transitou em julgado, tendo o paciente inclusive regredido de regime para o fechado, estando o processo em fase de execução definitiva da pena.

Assim, não há que se falar em não concessão de efeito suspensivo do recurso interposto pelo processo de nº 0166.04.005661-5, visto que, com relação a este, o paciente respondeu em liberdade a todos os atos processuais, não devendo ter sua execução provisória ordenada, salvo se fundamentada sua prisão cautelar.

Este é, inclusive, o entendimento recente adotado pelos Tribunais Superiores, ou seja, de que não cabe a execução provisória após a confirmação da sentença penal condenatória pelos Tribunais de Justiça, se não transitada em julgado a decisão.

Nesse sentido:

> Ementa: *Habeas corpus*. Inconstitucionalidade da chamada 'execução antecipada da pena'. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. - 1. O art. 637 do CPP estabelece que [o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. - 2. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. - 3. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. - 4. A ampla defesa, não se pode visualizá-la de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado de elidir essa pretensão. - 5. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subsequentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. - 6. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual ordem concedida (*HC* 85417/RS, Rel.ª Ministra Ellen Gracie, julgamento: 02.09.2008, publicação: *DJe*-216 de 14.11.08, ementa no vol. 02341-02, p. 00260).

Em data recente (5.2.09), o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por sete votos a quatro, ao conceder a ordem no *HC* nº 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, reafirmou o entendimento de que os réus que

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 337

responderam soltos ao processo somente podem ser presos após o trânsito em julgado da decisão, salvo a hipótese de cabimento de decretação da prisão preventiva.

Assim, diante desse recente posicionamento, considero que somente se deve permitir a prisão de réus que responderam soltos ao processo após o trânsito em julgado da decisão, salvo a hipótese de cabimento de decretação da prisão cautelar.

Por força dessas razões, no caso em exame, como o paciente respondeu solto a toda instrução criminal por este processo, sem qualquer decisão de efeito cautelar, deve-se assegurar a ele o direito de permanecer em liberdade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Nesses termos, em consonância com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, concedo a ordem impetrada, para determinar o recolhimento da guia de execução provisória expedida, até o efetivo trânsito em julgado da sentença condenatória ou eventual imposição da custódia cautelar do paciente.

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.

...

Habeas corpus - Tribunal do Júri - Uso de algemas - Necessidade demonstrada - Constrangimento ilegal - Ausência - Julgamento - Nulidade - Reconhecimento - Impossibilidade - Denegação da ordem

Ementa: *Habeas corpus*. Nulidade no julgamento do Tribunal do Júri. Uso de algemas. Necessidade demonstrada. Ordem denegada.

- O uso de algemas durante o julgamento do Tribunal do Júri não configura constrangimento ilegal quando justificada concretamente a sua necessidade, não havendo violação à Súmula Vinculante nº 11, que não proíbe a sua utilização, mas apenas restringe as hipóteses em que se faz imprescindível.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.09.494493-1/000 - Comarca de Divinópolis - Paciente: Weliton de Resende - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Divinópolis - 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 DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 21 de maio de 2009. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo digno advogado Antônio Ailton Rosa em favor de Weliton de Resende, objetivando a declaração de nulidade do julgamento do Tribunal do Júri e, por conseguinte, a expedição de alvará de soltura em seu favor.

O impetrante relata que o paciente foi submetido a julgamento pelo Júri Popular em 23.04.07. O alegado constrangimento ilegal estaria caracterizado pela nulidade da sessão de julgamento, já que o Juiz-Presidente manteve o paciente sob algemas durante todo o procedimento. Sustenta que, antes do início dos trabalhos, a defesa requereu que fossem retiradas as algemas, o que foi indeferido, levando em consideração os antecedentes criminais de Weliton. Argumenta que houve violação ao princípio de inocência, além de predispor o Conselho de Sentença a condenar o réu. Aduz que não houve fundamentação concreta quanto à existência de periculosidade do paciente, ofendendo a Súmula nº 11 do STF.

O pedido liminar foi indeferido pelo eminente Des. Vieira de Brito (f. 34/35). As informações requisitadas foram prestadas (f. 40/42), acompanhadas do documento de f. 44/47. Na oportunidade, esclareceu-se que o feito se encontra em fase de recurso desde 11.08.07.

A douta Procuradoria de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 49/51).

A pretensão de nulidade no julgamento não merece amparo.

A Súmula Vinculante nº 11 do STF, publicada em 22.08.08 (mais de um ano após o julgamento em exame), não proíbe o uso de algemas, mas apenas o limita aos casos em que se comprove a periculosidade do agente, ou a ocorrência de perigo à integridade física por parte do preso ou de terceiros. Senão vejamos:

> Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 338

> própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

In casu, confirmou-se que o uso de algemas era necessário para a segurança dos trabalhos, como restou advertido pelo policial que acompanhava o preso à sessão de julgamento:

> [...] O pedido foi indeferido pelo MM. Juiz [...] sendo ainda recomendado pela PM presente que a não utilização de algemas acarretaria risco à segurança dos trabalhos, também pela presença dos familiares e do irmão do acusado, este respondendo por vários crimes.

Desse modo, restou concretamente necessário o uso de algemas, em razão da periculosidade do agente e da possibilidade de fuga, não havendo constrangimento ilegal por essa razão.

A propósito, colha-se o entendimento já esposado pelo STJ:

> Se o magistrado reputou necessária a manutenção das algemas para melhor regularidade do julgamento, não há que se falar em violação ao princípio da presunção da inocência, assim como não se pode considerar que tal ato tenha influído no ânimo dos jurados.
> O uso de algemas no plenário não caracteriza constrangimento ilegal, pois, nos termos do art. 251 do CPP, ao juiz incumbirá prover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar força pública. (STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, *HC* nº 63779/SP, *DJ* de 29.06.07.)

Afasta-se, igualmente, o pedido de reconhecimento da nulidade do julgamento, não só porque o uso das algemas foi corretamente fundamentado, mas também porque, ainda que não o fosse, seria o caso de se reconhecer a ocorrência de constrangimento ilegal, não de irregularidade insanável na realização do julgamento.

A tese de que o uso de algemas influenciou negativamente o ânimo dos jurados não pode ser apreciada na presente via estreita, porque requer a profunda análise do conjunto probatório, situação incompatível com a restrita amplitude cognitiva do *mandamus*, devendo-se salientar que o processo originário ainda se encontra em fase de recurso, conforme se verifica por consulta feita ao *site* oficial deste Sodalício.

Pelo exposto, denego a ordem impetrada.

Sem custas.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES HERCULANO RODRIGUES e JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

...

Receptação - Competência pelo lugar da infração - Nulidade relativa - Preclusão - Denúncia - Inépcia - Não ocorrência - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Crime tentado - Não ocorrência - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Redução - Substituição por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - *Sursis* - Não cabimento - Custas - Isenção - Hipossuficiência

Ementa: Apelação criminal. Receptação. Competência territorial. Lugar da infração. Preclusão. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Condenação mantida. Penas reduzidas. Isenção do pagamento das custas processuais. Hipossuficiência caracterizada.

- A incompetência territorial é matéria que recebe o tratamento, em nosso ordenamento processual penal, de nulidade relativa, vale dizer, exige arguição em tempo oportuno e modo adequado, operando-se a preclusão e a prorrogação.

- Não há inépcia da denúncia se a narrativa ali constante é suficiente para identificar o fato tido por criminoso, não havendo, claramente, qualquer prejuízo pela não indicação de data e hora de sua ocorrência.

- O exame da personalidade e da conduta social não se confunde com a investigação acerca dos antecedentes criminais do acusado, sob pena de violação da vedação de *bis in idem*.

- A consideração feita na sentença de que os motivos são indesculpáveis não pode prevalecer, seja porque se confunde com o reconhecimento da reprovabilidade da conduta, seja porque efetivamente não restaram esclarecidos os motivos que, por sua vez, não se confundem com o dolo.

- O réu está sendo patrocinado pelo núcleo de prática jurídica da Universidade Fumec, fazendo jus à isenção do pagamento das custas processuais porque ficou evidenciada a hipossuficiência legitimadora daquela.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.02.684850-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Alexandre Soares do Amaral - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 339

Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES DA DEFESA E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2009. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Na Comarca de Belo Horizonte, Alexandre Soares do Amaral foi denunciado pelo crime do art. 180, *caput*, do CP.

Consta dos autos que o denunciado, mesmo sabendo da origem ilícita da *res*, recebeu, em proveito próprio, de terceira pessoa de alcunha "Favinho", três cheques do Banco Itaú, emitidos por Tarcísio dos Santos, e um cheque do Unibanco, emitido por Relbert Soares Machado, sendo todos pertencentes à vítima José Eleotério dos Santos. O denunciado, tendo total conhecimento da origem ilícita dos cheques, pagou R$50,00 (cinqüenta reais) pelos quatro títulos de crédito supramencionados, tendo, posteriormente, comparecido a uma agência do Unibanco e os depositado em sua conta.

O curso do processo, diante da citação por edital e não comparecimento em juízo foi suspenso, sendo retomado após a notícia de que estava preso o réu. Após instrução criminal, vieram as alegações finais do Ministério Público e da defesa.

Veio sentença condenatória. O Juízo *a quo* julgou procedente a denúncia e condenou o réu pelo crime de receptação dolosa. Ao acusado Alexandre Soares do Amaral foi imposta uma pena de dois anos de reclusão, regime semi-aberto, e vinte dias-multa. Foram negados os benefícios da substituição da pena privativa de liberdade e da suspensão condicional da pena.

Inconformada, recorre a defesa, alegando, preliminarmente, a incompetência do Juízo da Comarca de Belo Horizonte, já que o feito, segundo sustenta, caberia ao Juízo da Comarca de Contagem, onde ocorreu o delito. Também em preliminar, busca o reconhecimento da inépcia da denúncia, que não apontou dia e horário da suposta prática criminosa, prejudicando a ampla defesa e o contraditório. No mérito, pugna pela absolvição já que não há provas cabais da origem ilícita das folhas de cheques, bem como não há comprovação da ciência da suposta origem ilícita. Ainda buscando a absolvição, pede a aplicação do princípio da insignificância considerando que não houve prejuízo para a vítima e não houve nenhum recebimento de quantia referente aos depósitos bancários. Alternativamente, pleiteia a desclassificação para a tentativa de receptação e, consequentemente, redução máxima de 2/3, aplicação de pena mínima, substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e, ao final, isenção do pagamento das custas processuais.

As contrarrazões estão acostadas às f. 296/310.

Instada a se manifestar no feito, a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 323/331).

É o relatório.

Conheço do recurso em face do ajuste legal.

A alegada incompetência do Juízo não pode ser acolhida nesta oportunidade. Refere-se a defesa à incompetência territorial, matéria que, no nosso tratamento processual penal, é tida por relativa, vale dizer, exige arguição em tempo oportuno.

A competência relativa é prorrogável, ou seja, há modificação quando não oposta a exceção de incompetência, em oportunidade processual própria.

O critério territorial atende ao interesse da atividade probatória, mais interessando às partes e, por esta razão, está sujeita à preclusão. A inobservância eventualmente ocorrida (não se está afirmando-a aqui, mas apenas sustentando a superação da matéria) não traduz nulidade processual.

Nas palavras de Guilherme Souza Nucci:

> Chama-se relativa a hipótese de fixação de competência que admite prorrogabilidade, ou seja, não invocada a tempo a incompetência do foro, reputa-se competente o juízo que conduz o feito, não se admitindo qualquer alegação posterior de nulidade. É o caso da competência territorial, tanto pelo lugar da infração quanto pelo domicílio ou residência do réu. (*Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 227.)

A oportunidade de arguição da incompetência territorial é pretérita. Não se realizou no tempo certo e modo adequado (exceção), mas tão somente em sede de alegações finais. Ainda que houvesse alguma razão no pleito, ocorreu inequivocamente preclusão. Rejeito a primeira preliminar.

No que tange à inépcia da denúncia, observo que a ausência de referência de data e horário aproximados não provocou qualquer dúvida acerca do fato imputado ao agente e, portanto, não inviabilizou ou prejudicou o exercício amplo do direito de defesa. A narrativa constante da denúncia é suficiente para identificar o fato tido por criminoso, não havendo claramente qualquer prejuízo pela não indicação de data e hora de sua ocorrência. Rejeito também a segunda preliminar.

A própria narrativa dos fatos, feita em juízo pelo apelante, evidencia que ele "comprou" cheques, o que, pela natureza da transação, não permite qualquer dúvida acerca da ilicitude que envolve tanto o "negócio", quanto às cártulas.

Registrou que:

> [...] recebeu três cheques da pessoa conhecida por 'Favinho', que não se recorda quanto pagou pelos cheques; que depositou os cheques em sua conta, sendo eles devidamente compensados; que o depoente emprestou a sua conta

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 340

> para que os cheques fossem depositados; que se soubesse que os cheques eram roubados não teria depositado em sua conta; que, depois que os dois primeiros cheques foram compensados, o declarante passou para o Favinho a importância de R$ 50,00; que não se recorda quanto em dinheiro o declarante levou na transação; que o declarante nunca mais viu aquele rapaz; que não conhecia os emitentes dos cheques; que apenas dois dos quatro cheques foram compensados - f. 145.

O réu deixou bastante claro que "pagou" pelos cheques, contrariando, ele próprio, a fala referente ao desconhecimento da origem ilícita. Como sustentar que cheques de origem lícita seriam vendidos por valor muito menor? É louvável o esforço da defesa, mas a tese é completamente descabida.

Os cheques são produto de crime. A prova oral colhida não permite qualquer dúvida sobre isso. Em juízo, afirmou José Eleotério da Silva:

> que o declarante foi vítima de roubo em 09.02.2002; que foi subtraído seu veículo VW/Fusca, bem como R$ 200,00 em dinheiro; R$ 4.500,00 em cheques e uma nota promissória; que posteriormente tomou conhecimento que os cheques foram depositados na conta do denunciado, o que soube porque teve acesso às microfilmagens dos cheques; que todos os cheques eram de clientes de seu açougue - f. 164.

O depoimento de Relberth Soares Machado também confirma a origem ilícita de um dos cheques - f. 165.

Assim, afasto a tese da defesa no sentido de que não há provas nos autos da origem ilícita dos cheques (leitura dos depoimentos acima), bem como aquela no sentido do desconhecimento da origem ilícita das cártulas, sendo que a própria "transação" realizada não permite qualquer dúvida do dolo.

A aplicação do princípio da insignificância não tem como parâmetro, como pretendeu a defesa, o valor do prejuízo causado à vítima. Se assim fosse, se acompanhássemos o raciocínio da defesa, cairíamos no absurdo de dizer que é insignificante o furto de um veículo que, tempos depois, é restituído à vítima sem qualquer dano. Claro que não. Na receptação, por exemplo, deve-se considerar o valor do bem, objeto material do crime. Os cheques, nem de longe, abarcam valores insignificantes, pelo que rejeito também a tese defensiva.

O próprio réu afirmou que dois dos quatro cheques foram compensados - f. 145. Assim, fica incompreensível a afirmativa contida nas razões recursais sobre o não recebimento de nenhuma quantia referente aos depósitos bancários.

Não há que se falar em receptação tentada, uma vez que o réu inequivocamente recebeu os cheques das mãos do "Favinho". Além disso, realizou o depósito bancário dos mesmos em sua conta. Não vislumbrei, como deveria ser para acolher a tese, a realização incompleta do tipo penal.

A condenação pela receptação dolosa deve ser mantida. Quanto à aplicação de pena, venho entendendo que o exame da personalidade e da conduta social não se confunde com a investigação acerca dos antecedentes criminais do acusado, sob pena de violação da vedação de *bis in idem*. Sobre a motivação, é certo que não há qualquer informação sobre o assunto nos autos. A consideração de que os motivos são indesculpáveis não pode prevalecer, seja porque se confunde o reconhecimento da reprovabilidade da conduta, seja porque efetivamente não restaram esclarecidos os motivos que não podem ser extraídos do dolo, não havendo confusão entre eles. Revistos os conteúdos dessas circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em um ano e dois meses de reclusão e doze dias-multa. Pela agravante da reincidência, majoro-a em 1/8, concretizando em 1 ano, 3 meses e 22 dias de reclusão e 13 dias-multa, à razão mínima.

Mantenho o regime prisional semi-aberto justificado pela reincidência e pelos maus antecedentes do réu. A substituição da pena privativa de liberdade não tem cabimento diante da certidão de f. 243/248, que noticia a existência de várias condenações por crimes patrimoniais, restando claramente não recomendada socialmente a medida substitutiva. Já a suspensão condicional da pena privativa de liberdade é expressamente vedada pela reincidência (art. 77, I, CP).

O réu está sendo patrocinado pelo núcleo de prática jurídica da Universidade Fumec e faz jus à isenção do pagamento das custas processuais, porque ficou evidenciada a hipossuficiência legitimadora daquela.

Com essas considerações, rejeito as preliminares suscitadas pela defesa e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso para reduzir as penas impostas e isentar o apelante do pagamento das custas processuais.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

DES.ª MARIA CELESTE PORTO - De acordo.

DES. PEDRO VERGARA - No presente feito, coloco-me de acordo com o il. Relator Des. Alexandre Victor de Carvalho que rejeitou as duas preliminares, deu parcial provimento ao recurso para reduzir as penas impostas e isentou o apelante do pagamento de custas processuais.

Todavia, registre-se que o ilustre Desembargador Relator afastou o princípio da insignificância na espécie, por entender que

> Na receptação, por exemplo, deve-se considerar o valor do bem, objeto material do crime. Os cheques, nem de longe, abarcam valores insignificantes, pelo que rejeito também a tese defensiva.

Ouso discordar, entretanto, da manifestação de S. Ex.ª, porquanto entendo que tal construção doutrinária não encontra assento no Direito Penal Pátrio,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 341

tratando-se de recurso interpretativo à margem da lei independentemente do valor da *res*.

A admissão de tal princípio estimula a reiteração de pequenos delitos, instaurando-se na sociedade verdadeiro sentimento de impunidade.

Sobre o assunto:

> 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.)

Diante do exposto, acompanho o voto do eminente Desembargador Relator para dar parcial provimento ao recurso, ressalvando tão somente meu posicionamento no que concerne à aplicação do princípio da insignificância.

É como voto.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES DA DEFESA E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Estelionato - Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Arrependimento eficaz - Não ocorrência - Crime privilegiado - Não caracterização - Arrependimento posterior - Configuração - Circunstâncias judiciais - Fixação da pena - Redução

Ementa: Apelação criminal. Estelionato. Autoria e materialidade comprovadas. Crime privilegiado. Arrependimento eficaz. Inocorrência. Pena-base. Diminuição. Possibilidade. Análise das circunstâncias judiciais. Primariedade. Proporcionalidade. Recurso parcialmente provido.

- Restando evidenciadas a materialidade e a autoria do delito, que de forma induvidosa ressaem do contexto probatório dos autos, a condenação se impõe.

- Para o reconhecimento da figura do arrependimento eficaz, previsto no art. 15 do CP, é necessário que o delito não se consume.

- Para a consideração do crime privilegiado previsto no § 1º do art. 171 do CP, é mister que o réu seja primário e que seja pequeno o prejuízo imposto à vítima. Verificado que o dano causado à vítima consubstancia importe superior ao salário-mínimo, tal hipótese resta afastada.

- A fixação da pena-base deve ser lastreada com a avaliação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Sendo favoráveis a maioria das circunstâncias judiciais, não há justificativa para se fixar a pena-base em metade do *quantum* máximo cominado para o delito, devendo ser observados os norteadores da razoabilidade e da proporcionalidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.05.755097-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Mauro Siqueira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FERNANDO STARLING

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª do 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 O RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de maio de 2009. - *Fernando Starling* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO STARLING - Mauro Siqueira, já qualificado nos autos, foi denunciado pela prática do delito de estelionato.

Finalizada a instrução criminal, o MM. Juiz sentenciante, em 30.06.08, julgou procedente a denúncia ministerial para condenar o réu como incurso nas iras do art. 171, *caput*, do Código Penal, e fixou a pena em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, para cumprimento no regime aberto e pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento. A pena privativa de liberdade foi substituída por outras duas restritivas de direito, consistentes, a primeira, em limitação de fim de semana, e a segunda, em prestação de serviços à comunidade (f. 134/145).

Devidamente intimado (f. 164), o réu interpôs recurso de apelação e apresentou razões às f. 169/182, pleiteando sua absolvição, pelo fato de o denunciado não haver obtido vantagem da transação comercial efetivada, bem como pela ausência de dolo por parte dele. Alternativamente, pugna pelo reconhecimento do crime privilegiado e do arrependimento eficaz e pela dimi-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 342

nuição da pena em razão da análise das circunstâncias judiciais.

Contrarrazões às f. 184/190, pugnando pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu improvimento.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 194/200).

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não há preliminares arguidas pelas partes, tampouco que devam ser declaradas de ofício.

Consta na peça acusatória que, na data de 1º.12.03, a vítima Hamilton Cassemiro de Sousa tomou conhecimento, através do Jornal *Negócio Fechado*, em Ipatinga/MG, de uma oferta de venda de motocicleta Twister, mediante o pagamento de uma entrada de R$ 530,00 (quinhentos e trinta reais), mais 50 prestações de valor não especificado, anunciada pela empresa Yellow Car, situada na Rua Timbiras, nº 2.611, Bairro Funcionários, em Belo Horizonte.

Consta, ainda, que a vítima telefonou para o número indicado no anúncio e falou com o denunciado, sendo fechado o negócio. A partir daí a vítima depositou sucessivas quantias na conta de nº 1017246-2, agência 2640, Banco Bradesco, sendo titular Aelson Gomes dos Santos, consistentes, respectivamente, nos valores de R$ 530,00, R$ 750,00, R$ 440,00 e R$ 330,00, que seriam para pagar as despesas com a compra, sendo que o denunciado ludibriava a vítima afirmando sempre que o bem estava por chegar. Ao perceber a fraude, a vítima foi até a empresa e lá ficou sabendo que o titular da conta em que efetuava os depósitos não era o gerente da empresa e que o denunciado havia sido demitido em razão de ter realizado operações fraudulentas usando o nome do estabelecimento comercial.

Decido.

A materialidade ressai das fotocópias dos anúncios de venda de motos (f. 34 e 37), do termo de confissão de dívida (f. 35), das fotocópias autenticadas dos recibos de depósitos bancários (f. 36 e 38) e do termo e acordo de f. 50.

Quanto à autoria, estou que também restou devida e suficientemente evidenciada nos autos, mormente quando o denunciado assume haver recebido os valores depositados pela vítima, sem que o bem prometido fosse entregue.

Não merece prosperar a tese da defesa do apelante em relação à inexistência do delito de estelionato por ele praticado, ante a ausência de dolo, bem como pelo fato de não ter auferido vantagem ilícita, em razão de haver ressarcido à vítima os valores indevidamente recebidos.

Nas declarações prestadas à autoridade policial, o apelante relata que vendeu um crédito à vítima Hamilton, tendo recebido o valor de R$ 2.300,00 (dois mil e trezentos reais) como entrada para a negociação. Afirma que, em razão de não haver conseguido a cota contemplada na época dos fatos, devolveu para a vítima o valor de R$ 600,00 (seiscentos reais), sendo que, por ocasião de sua oitiva na unidade policial, teria pago o restante do débito, ou seja, o valor de R$ 1.700,00 (mil e setecentos reais), conforme termo de acordo por ele firmado à f. 50. Assinala, ainda, que Aelson Gomes dos Santos é uma pessoa conhecida, que emprestou a conta bancária para recebimento dos valores da negociação (f. 49).

Estranhamente, apesar de ter concretizado o acordo com a vítima, sob o crivo do contraditório, o apelante nega os fatos noticiados na denúncia (f. 79/80):

> [...] que a denúncia não é verdadeira, não tendo prometido à vítima a concessão de uma cópia contemplada; que não exigiu da vítima mais R$ 750,00 para liberar a motocicleta, nem os demais valores de R$ 440,00 e R$ 330,00; que trabalhou pouco tempo na empresa Yellow Car e não mencionou para a vítima que o veículo estava a caminho; que, quando foi trabalhar na empresa, a vítima já havia contactado outras pessoas, não tendo o interrogando conhecimento de que teria sido prometido à vítima o veículo imediatamente; [...].

Contrariando as últimas afirmações do apelante, ouvida em juízo, a vítima apresenta uma versão oposta, confirmando as informações anteriormente prestadas à autoridade policial (f. 39/45) e apontando o apelante como a pessoa com a qual efetuou o negócio da compra da motocicleta (f. 91/92):

> [...] que entregou ao acusado um total de dois mil e trezentos reais em diversos depósitos; que primeiramente contatou o acusado por telefone e depositou alguns valores na conta indicada por ele; que posteriormente o procurou na agência Yellou Car em Belo Horizonte, ocasião em que o mesmo ratificou o negócio prometendo a entrega da moto mediante mais um depósito; que o depoente efetuou o último depósito e não recebeu a moto; que, depois que acionou a polícia, o acusado o ressarciu apenas parcialmente, restando um prejuízo de trezentos e oitenta reais ao declarante; que o acusado se identificou como vendedor da loja e, inclusive, o encaminhou ao gerente Marcone [...].

Vê-se, portanto, que as declarações da vítima são confirmadas pelo próprio apelante, não obstante o teor de suas declarações prestadas em juízo, mormente quando até firma acordo com ela para restituir os valores indevida e ilicitamente recebidos.

Nessa vertente, ressalto os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci quanto à tipificação da conduta do agente, no delito noticiado na denúncia:

> [...] Análise do núcleo do tipo: a conduta é sempre composta. Obter vantagem indevida induzindo ou mantendo alguém em erro. Significa conseguir um benefício ou um lucro ilícito

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 343

> em razão do engano provocado na vítima. Esta colabora com o agente sem perceber que está se despojando de seus pertencentes. Induzir quer dizer incutir ou persuadir e manter significa fazer permanecer ou conservar. Portanto, a obtenção da vantagem indevida deve-se ao fato de o agente conduzir o ofendido ao engano ou quando deixa que a vítima permaneça na situação de erro na qual se envolveu sozinha [...] (*Código Penal comentado*, 7. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 729).

É o caso dos autos. O apelante induziu a vítima a erro, prometendo a entrega de um bem, obtendo para si vantagem alheia, através de depósitos bancários que a vítima fazia em conta de terceiro, previamente destinada a esse fim.

Insta ressaltar que, se fosse o caso em análise um simples revés comercial, nada obstaculizaria que o apelante procurasse a vítima e com ela desfizesse o contrato, o que não ocorreu, mormente quando o apelante, pressionado pela vítima, que não recebia o bem prometido, deliberadamente e com ímpeto próprio, a mantinha em erro, alegando a superveniência de novas taxas e despesas, para que fossem por ela desembolsados novos valores em seu favor, estes que sempre eram depositados na conta de terceiro, identificado para a vítima como gerente da empresa Yellow Car.

A convicção da ocorrência do delito de estelionato não se funda tão somente nas coesas e firmes palavras da vítima, estas que nos delitos contra o patrimônio, cometidos geralmente na clandestinidade, assumem grande valor probatório. É de se observar o *modus operandi* do autor, a perspicácia com a qual envolve a vítima, passando a ligação para terceiros já previamente orientados, que confirmam a validade do negócio concretizado. Da mesma forma, a menção até de suposto motorista fictício que, também em contato com a vítima, afirma já estar com o veículo negociado em transporte para entrega, são evidências claras do crime noticiado na denúncia.

Certo é que o apelante somente procurou a vítima para tentar ressarcir os valores indevidamente recebidos, após os fatos terem sido por ela comunicados à autoridade policial. Por isso, não há que se falar em ausência de dolo ou inexistência do crime. O ressarcimento de parte do valor obtido ilicitamente, antes do recebimento da denúncia, não afasta a tipicidade da conduta do apelante, tampouco autoriza sua absolvição. Tão somente enseja a redução da pena, na forma do art. 16 do Código Penal, circunstância observada quando da prolação da sentença.

Portanto, se o apelante obteve para si vantagem ilícita em prejuízo alheio, até porque o dinheiro recebido não foi totalmente restituído, induzindo e mantendo a vítima em erro, mediante artifício fraudulento, resta caracterizado o delito de estelionato previsto no art. 171 do Código Penal.

Também não merece amparo a tese apresentada pela defesa acerca da ocorrência do arrependimento eficaz, previsto no art. 15 do Código Penal, uma vez que, para o reconhecimento de tal hipótese, é necessário que o delito não se consume, o que não ocorreu no caso presente, sendo certo que não foi o apelante quem resolveu interferir para evitar a concretização do delito.

Da mesma forma, *in casu*, não prospera a hipótese do crime privilegiado, previsto no § 1º do art. 171 do CP. É que, não obstante o apelante ser primário, não vejo que o valor do prejuízo com o qual arcou a vítima seja irrisório ou diminuto. Conforme bem assinalado no douto parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 194/200), o prejuízo causado à vítima, no importe de R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), é superior ao salário-mínimo vigente à época dos fatos, ou seja, R$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), parâmetro que adoto para a verificação da possibilidade de aplicação do diploma supramencionado.

Contudo, tenho que o Magistrado primevo não agiu com o costumeiro acerto quando da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, fato que exacerbou exageradamente a pena-base aplicada.

Não vejo que as circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis, como assinalado na análise feita pelo Magistrado primevo, tampouco que elas tivessem o condão de elevar a pena-base à metade do *quantum* máximo admitido para o delito, até porque, *in casu*, vislumbro não serem favoráveis apenas as consequências do delito, razão pela qual a dosimetria da pena deve ser refeita, *data venia*.

Da mesma forma, a pena de multa deve ser fixada na forma do art. 60 do CP, em razão da situação econômica do réu. Se na sentença hostilizada o dia-multa foi fixado no mínimo legal, é certo que, em razão da proporcionalidade que deve ser verificada na fixação da reprimenda, a pena de multa também deve tender para esse patamar.

Passo então à fixação da pena.

Atento ao prescrito nos arts. 59 e 68 do Código Penal, passo à análise das circunstâncias judiciais e à dosimetria da pena, observando o critério trifásico de fixação:

a) a culpabilidade não ultrapassa os limites do próprio delito, não havendo elementos nos autos que possam torná-la desfavorável, ante a ausência de maior frustração em razão do que se esperava da autodeterminação do agente;

b) o apelante é primário, uma vez que não se vê na CAC de f. 58/59 que ele tenha condenação anterior à data dos fatos narrados na inicial, com sentença transitada em julgado, tampouco que tenha sido condenado com sentença transitada em julgado durante a instrução

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 344

do presente feito, por delito praticado anteriormente àquele narrado na inicial acusatória;

c) não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise da conduta social do apelante, que deve ser examinada em razão do desempenho do agente na sociedade, na família, no trabalho, na religião, no grupo comunitário, circunstâncias essas que darão suporte à averiguação se o delito é consequência de má educação ou se revela, de fato, sua propensão ao desvalor social;

d) inexistentes nos autos informações que caracterizem sua personalidade, uma vez ausentes elementos que possam mensurar sua sensibilidade ético-social, a presença ou não de desvios de caráter, tampouco o modo de pensar, sentir e agir do indivíduo, incluindo suas habilidades, atitudes, crenças e emoções, fatores essenciais à análise da presente circunstância;

e) as circunstâncias do delito também são próprias do tipo, visto que o fato narrado na peça acusatória não possui singularidade residual;

f) as consequências extrapolam um pouco a conduta típica, uma vez que o valor ilicitamente obtido pelo apelante não foi totalmente ressarcido à vítima, tratando-se de quantia relevante para um cidadão comum, que tentava adquirir um veículo popular em várias parcelas;

g) também os motivos de agir do agente não se apresentam mais reprováveis que aqueles normais à própria espécie delitiva, não lhe devendo ser considerados desfavoráveis;

h) por fim, quanto à contribuição da vítima, não se vê dos autos que tenha ela facilitado ou contribuído para o fato delituoso.

Ante a análise das circunstâncias judiciais não totalmente favoráveis ao apelante, fixo a pena-base acima do mínimo legal, qual seja 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa. Não há atenuantes ou agravantes. Reduzo a pena em 1/3 (um terço), em razão da previsão inserta no art. 16 do CP, finalizando a pena, ante a inocorrência de causas de aumento, em 01 (um) ano de reclusão, para cumprimento em regime aberto, na forma do art. 33, § 2º, *c*, do CP, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixando o dia-multa no importe de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, feitas as devidas correções e atualizações.

Mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, nos termos da Lei 9.714/98, pelo tempo de condenação, ficando as condições a serem impostas a critério do Juízo da Execução.

Diante do exposto e de tudo mais que dos autos consta, dou parcial provimento ao recurso para diminuir a pena aplicada, fixando-a em 01 (um) ano de reclusão, para cumprimento no regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, com o valor do dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, com as atualizações devidas, mantendo a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito. Mantenho, ainda, a sentença de f. 134/145 nos demais termos.

Custas, como de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA MILANEZ e EDUARDO BRUM.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Crime de trânsito - Homicídio culposo na direção de veículo automotor - Imprudência - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação - Embriaguez ao volante - Causa de aumento de pena - Exclusão - Lei nova - Aplicação da lei mais benéfica - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos

Ementa: Apelação. Acidente de trânsito. Homicídio culposo. Absolvição. Impossibilidade. Conduta culposa caracterizada. Majorante. Decote. *Novatio legis in melius*. Penas restritivas de direitos. Aplicação. Possibilidade.

- Restando comprovado, pelas provas coligidas, que o réu foi imprudente ao imprimir em seu veículo velocidade superior à permitida na via em que trafegava, desobedecendo às regras de trânsito, acarretando por sua imprudência uma colisão e, por consequência, o falecimento de duas pessoas, a sua condenação por homicídio culposo apresenta-se imperiosa.

- Inaplicável a majorante esculpida no inciso V do parágrafo único do art. 302, CTB, uma vez que a novel Lei 11.705/08 a revogou, ensejando, portanto, uma *novatio legis in melius*, que deve ser aplicada imediatamente, a teor do art. 2º do Diploma Penal Brasileiro.

- Preenchidos pelo réu os requisitos subjetivos e objetivos do art. 44, CP, substituída deve ser a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0372.08.032018-0/001 - Comarca de Lagoa da Prata - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Márcio Antônio Ferreira Júnior - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Márcio Antônio Ferreira Júnior - Relator: DES. VIEIRA DE BRITO

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 345

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA DEFESA, PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 2 de abril de 2009. - *Vieira de Brito* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VIEIRA DE BRITO - Márcio Antônio Ferreira Júnior foi denunciado pelo *Parquet* às f. 02/04, como incurso nas penas do art. 302, parágrafo único, incisos I e V (por duas vezes), da Lei 9.503/97.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que

> [...] no dia 17 de fevereiro de 2008, por volta das 22h45min, na Avenida Antônio Luciano Pereira Filho, mais conhecida como Avenida do Contorno, Bairro Cel. Luciano, nesta cidade de Lagoa da Prata, o ora denunciado Márcio Antônio Ferreira Júnior, na direção imprudente e negligente de veículo automotor, deu causa à morte de Alone Ferreira Miranda e Maira de Ávila Misael [...].

Processado, encerrada a instrução, foi a denúncia julgada procedente (f.178/183), para condenar o acusado à pena de 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 17 (dezessete) dias de detenção, em regime semi-aberto, ficando proibido de dirigir veículo automotor pelo mesmo período.

Inconformada, apelou a defesa às f. 201/210, requerendo, em síntese, a absolvição do acusado, alegando insuficiência de prova incriminatória. Ultrapassada a tese absolutória, pleiteou a redução da pena-base, o decote da majorante do inciso V do parágrafo único do art. 302 do CTB e, consequentemente, a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos.

O *Parquet* apelou às f. 221/227, objetivando, em resumo, a exasperação da pena privativa de liberdade e a modificação do regime prisional.

Contrarrazões apresentadas, as partes pugnaram pelo conhecimento e desprovimento do recurso adverso (f. 215/220 e f. 253/262).

Instada a se manifestar, a Cúpula Ministerial, em parecer da lavra do Dr. Antônio Sérgio Tonet, opinou pelo desprovimento do recurso defensivo e pelo parcial provimento do recurso ministerial (f. 231/244).

Em síntese, é o relatório.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade, conheço dos recursos.

Não tendo sido arguidas preliminares, nem vislumbrando qualquer irregularidade na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

I - Do recurso da defesa.

Em que pese a laboriosa argumentação da douta defesa, tenho que o pleito absolutório formulado em favor do acusado não pode ser acolhido, haja vista que sua condenação encontra amplo respaldo na prova dos autos, inexistindo qualquer dúvida acerca de sua culpabilidade pelo evento danoso que ceifou a vida das vítimas Alone Ferreira Miranda e Maira de Ávila Misael.

O acusado, em juízo, disse que acredita que a ocorrência do fatídico acidente narrado na peça de intróito se deu por causa de areia existente na pista.

O laudo pericial de f. 106/116 não fora conclusivo, todavia, ainda assim, após examinar as demais provas postadas aos autos, não me resta dúvida de que o ora apelante não observou o dever de cuidado objetivo - imprudência -, ao conduzir seu veículo automotor em velocidade excessiva.

Sabrina Aparecida Brasil de Paula, passageira do veículo acidentado, perante a autoridade judicial, teceu os seguintes comentários, *in verbis*:

> [...] Márcio conduziu o veículo em velocidade normal; que somente depois que Márcio abasteceu o carro e seguiu em direção à Avenida do Contorno, é que ele passou a imprimir velocidade alta; que Márcio não atendia aos pedidos de parada nem de diminuição de velocidade, também não indagou das pessoas se queriam descer [...] (f. 189).

No mesmo sentido foram as declarações de Bruna Carolina Matos Barbosa. Confira-se:

> [...] que somente depois do réu ter abastecido o carro é que ele passou a imprimir uma velocidade superior [...] (f. 190).

Das fotos integrantes do laudo pericial, afere-se que o veículo conduzido pelo réu ficou bastante danificado, o que denota que, no momento do acidente, trafegava em velocidade elevada.

A meu ver, o conjunto probatório é contundente em apontar a culpa do réu pelo sinistro, visto que, ao empreender em seu veículo velocidade incompatível com a via na qual trafegava, deixou incontroverso que não observou o dever objetivo de cuidado que lhe era exigido, consistente em conduzir seu veículo de forma prudente e perita.

Na lição de Mirabete, tem-se conceituado o crime culposo como

> a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado.

Logo, para a caracterização do delito culposo, é necessária a conjugação dos seguintes elementos:

a) conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva;

b) inobservância de um dever objetivo de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia);

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 346

c) resultado lesivo não desejado, tampouco assumido, pelo agente;

d) nexo de causalidade entre a conduta do agente, que deixa de observar o seu dever de cuidado e o resultado lesivo dela advindo;

e) previsibilidade;

f) tipicidade.

No caso em apreço, estão presentes todos estes elementos, tendo havido a violação da norma objetiva de cuidado estatuída no art. 28 da Lei 9.503/97, que preconiza:

> Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.

Portanto, a culpa do apelante consistiu na ausência de adoção das cautelas exigíveis, já que, agindo de forma imprudente, não conseguiu manter o controle do veículo, dando causa, por conseguinte, ao evento constante da peça de intróito.

Assim, verifica-se que o comportamento do sentenciado se subsume aos elementos que integram o tipo penal previsto no art. 302 da Lei 9.503/97, sendo que a inobservância do dever objetivo de cuidado, no caso em comento, foi a imprudência.

Dessarte, torna-se impossível a absolvição do apelante, já que a sua imprudência foi fator determinante da ocorrência do malfadado acidente e, por via de consequência, do resultado morte, revelando-se acertado o juízo condenatório esposado na decisão proferida na instância primeva.

Noutro giro, pugnou a combativa defesa pelo decote da causa de aumento de pena, delineada no inciso V do parágrafo único do art. 302, CTB.

Acerca da referida majorante, penso que a mencionada causa de aumento de pena não pode sobreviver na hipótese dos autos, em razão de a novel Lei 11.705/08 tê-la revogado.

Logo, não me resta dúvida de que estamos frente a uma *novatio legis in melius*, em que deve ser aplicada a figura do parágrafo único do art. 2º do CP, que preestabelece que a lei posterior que beneficiar o acusado deve retroagir para ser aplicada às situações anteriores cometidas sob a égide da lei revogada.

De tal sorte, com fundamento no § 2º do art. 654 do CPP, decoto a majorante do inciso V do parágrafo único do art. 302, CTB.

Embora se afigure correto o juízo de culpabilidade firmado pelo preclaro Magistrado singular, em face da exclusão da majorante acima referida, a reprimenda aplicada ao denunciado merece sofrer pequenos ajustes, que devem ser feitos a partir da terceira fase de aplicação da pena.

Neste oportuno, em sendo dois os delitos perpetrados pelo acusado, em sendo idênticas as penas aplicadas, farei a reestruturação de apenas uma delas, sendo o resultado alcançado inerente a cada uma de forma individualizada.

Assim, na terceira fase de aplicação da pena, presente a majorante do inciso I do parágrafo único do art. 302, CTB, majoro a reprimenda no importe de 1/3 (um terço), para concretizá-la em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de detenção.

Aplicando-se a regra do concurso formal, aplico uma das penas, visto que idênticas, acrescida de 1/6 (um sexto), para estabelecê-la em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de detenção. Fica o réu proibido de obter a permissão para dirigir pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade.

Nos termos do art. 33, CP, fixo-lhe o regime prisional aberto.

Atendendo o réu aos requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo art. 44, CP, substituo a pena privativa de liberdade que lhe foi infligida por duas penas restritivas de direitos, no caso, prestação de serviços à comunidade, com mesma duração da pena substituída, e limitação de fim de semana.

O local da prestação de serviços será designado pelo juízo da execução.

Em face do acima posto, dou por prejudicado o recurso ministerial.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso defensivo e, por consequência, dou por prejudicado o recurso ministerial.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA DEFESA, PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL.

...

Violência doméstica e familiar contra a mulher - Lei Maria da Penha - Nulidade da audiência de instrução e julgamento - Conversão em audiência para oitiva da vítima - Renúncia à representação - Possibilidade - Não recebimento da denúncia - Arquivamento dos autos - Decisão - Validade

Ementa: Recurso em sentido estrito. Lei Maria da Penha. Retratação da vítima. Previsão legal. Reforma da decisão que determinou o arquivamento do processo. Impossibilidade.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 347

- Retratando-se a vítima dentro dos trâmites legais, impossível acolher o pleito ministerial, visto que a decisão de arquivamento do processo se encontra em conformidade com o rito processual previsto na Lei Maria da Penha.

Desprovimento ao recurso que se impõe.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0261.07.048038-7/001 - Comarca de Formiga - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Marcelo Breda de Melo - 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 NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2009. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos para a sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Representante do Órgão Ministerial contra decisão de f. 17/18, que determinou o arquivamento do processo movido em desfavor do recorrido, pela prática dos delitos descritos nos arts. 129, § 9º, e 147 do Código Penal, na forma da Lei 11.340/2006, em razão da retratação manifestada pela vítima.

Nas razões de f. 03/07, sustenta-se, que "[...] em nenhum momento as vítimas manifestaram interesse em se retratar antes do oferecimento da denúncia. Assim, incabível a designação de audiência nos termos do art. 16 da Lei 11.340. Destarte, já tendo a denúncia sido recebida, não mais era cabível a renúncia (retratação) da representação [...]", pugnando pela determinação do prosseguimento do feito.

Exsurge dos autos que o recorrido fora denunciado como incurso na sanção dos arts. 147 e 129, § 9º, do Código Penal, na forma da Lei 11.340/2006.

Compulsando os autos, verifica-se que, embora o MM. Juiz *a quo* tenha recebido a denúncia, o fez sem observar o disposto no art. 16 da Lei Maria da Penha, *in verbis*:

> Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com a finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Diante disso, na audiência de instrução e julgamento, visando evitar a nulidade do feito, determinou

> a nulidade de todos os atos processuais praticados até a presente data mormente o recebimento da denúncia, convertendo a presente audiência na audiência do artigo 16 da mencionada lei. Sendo assim, homologo a desistência de representação das vítimas, determinando o arquivamento provisório do feito [...] (f. 17).

Pelo que se vê, a retratação da vítima se deu dentro dos trâmites legais, não havendo condições para o acolhimento do pleito da ilustre Representante do *Parquet*.

Ademais, há de se considerar, da simples leitura do art. 41 da Lei Maria da Penha percebe-se, que não foi a intenção do legislador impedir a retratação da vítima.

Nesse sentido, tem-se manifestado a doutrina.

Leciona Damásio Evangelista de Jesus:

> A Lei n. 11.340/2006, no que se refere à ofensa à incolumidade física e à saúde da mulher quando provocada no ambiente doméstico ou familiar, a qual configura um tipo qualificado (§ 9º do art. 129), não teve a intenção de alterar o princípio do art. 88 da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), de que a ação penal por crime de lesão corporal leve é pública condicionada à representação (Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra mulher - *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal* nº 13 - Ano 03 - p. 87/89 - Porto Alegre).

Igualmente vem se postando a jurisprudência deste Tribunal:

> Recurso em sentido estrito - Lesões corporais leves em contexto de violência doméstica - Denúncia rejeitada - Preliminar de nulidade da audiência na qual a vítima confirmou sua retratação anterior - Inexistência de vício - Inteligência dos arts. 565 e 572 do CPP - Diligência designada com lastro no art. 16 da Lei nº 11.340/06 - Mérito - Recebimento tácito da denúncia - Inocorrência - Delito referente a ação penal pública condicionada à representação - Art. 41 da Lei Maria da Penha que não alterou a natureza da ação penal por crime de lesão corporal leve, visando apenas afastar os institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais e não reduzir a autonomia da vontade da ofendida - Precedentes desta Corte - Recurso conhecido e desprovido, com a rejeição da preliminar argüida. (RSE nº 1.0024.06.256037-0/001 - Comarca de Belo Horizonte. Relatora Exm.ª Sr.ª Des.ª Márcia Milanez.)

Em atendimento ao princípio da intervenção mínima, não seria plausível ampliar a intervenção estatal no ambiente familiar, impedindo nesses casos a retratação da vítima, visto que implicaria violação aos direitos à liberdade e privacidade.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 348

Finalmente, deve ser ressaltado que é de ser aplicável ao caso de lesões corporais leves no âmbito familiar o art. 16 da Lei Maria da Penha.

A decisão de não recebimento da denúncia encontra-se em conformidade com o rito processual previsto na Lei Maria da Penha.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso ministerial, mantendo-se inalterada a decisão recorrida.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Julgamento posterior à Lei nº 11.689/08 - Procedimento novo - Aplicabilidade - Nulidade - Não ocorrência

Ementa: Júri. Homicídio qualificado. Julgamento posterior à Lei nº 11.689/08. Procedimento novo. Aplicabilidade.

- Conforme determina o art. 2º do Código de Processo Penal, a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Não há que se falar em nulidade no processo penal quando não comprovado qualquer prejuízo para a defesa ou acusação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.08.074145-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Tiago Teodoro França - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Sulivan Gil de Souza - Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E PROVER EM PARTE O RECURSO.

Belo Horizonte, 2 de junho de 2009. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Leonardo Avelar Guimarães.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público ofereceu denúncia contra Adriano Rodrigues dos Santos, Sulivan Gil de Souza, Cláudio Afonso Pereira Rodrigues, Tiago Teodoro França, Paulo Sérgio Saldanha e José Paulo de Oliveira como incursos nas sanções do art. 121, § 2º, inciso I, duas vezes o inciso III e o inciso IV, do CP. Houve desmembramento do feito com relação a Sulivan Gil de Souza, Tiago Teodoro França e Adriano Rodrigues dos Santos. Após o devido processo legal, Sulivan Gil de Souza foi condenado a 12 (doze) anos de reclusão, regime fechado, e Tiago Teodoro França foi condenado a 13 (treze) anos de reclusão, regime fechado.

O apelante, razões de f. 988/1003, sustenta a nulidade do Júri, pois a "vedação de se conseguir a separação dos processos através do procedimento novo trouxe prejuízo à defesa do apelante Tiago Teodoro França, porque, conforme se disse, pretendia a separação dos julgamentos para que fosse julgado sozinho, tendo em vista a complexidade do feito, além de ter dividido o tempo para os debates orais, teve que se defender também da tese apresentada pelo patrono do outro acuado, e, ao final, foi condenado; tudo isso ofendeu o princípio da irretroatividade da Lei Penal (e processual penal) mais gravosa, nos termos do que prevê o art. 5º, XL, CF e art. 2º do CP, gerando, por conseguinte, prejuízos à defesa ampla, cânon também expresso no art. 5º, XXXVIII, *a*, da CR". Sustenta ainda a nulidade por ofensa ao princípio da ampla defesa, uma vez que "o apelante apresentou durante toda a fase de instrução do processo, seja no juízo sumariante, seja no plenário do júri, versão manifestamente antagônica daquela prestada pelo co-acusado Sulivan Gil, também julgado naquela assentada". Aduz ainda a nulidade por ofensa ao princípio acusatório, pois "o eminente Juiz-Presidente daquele e. Tribunal do Júri, em cumprimento da formalidade prevista no parágrafo único do art. 472 Código de Processo Penal (NR dada pela Lei 11.689/08) [...]", "[...] exerceu função estranha ao ofício jurisdicional, deixando de lado o apego de observância das garantias constitucionais dos acusados (função genuína do juiz), e passou a ocupar a tribuna da acusação". Por fim, sustenta a redução da pena privativa de liberdade para o mínimo legal.

Contrarrazões do Ministério Público às f. 1.005/1.013 rebatendo os argumentos da defesa e pedindo seja o recurso desprovido.

Em seu parecer de f. 1.031/1.034, o Procurador de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

I) Preliminares.

Quanto ao pedido de nulidade por não aplicação do procedimento anterior à Lei nº 11.689/08, razão alguma assiste ao recorrente.

Conforme claramente determina o art. 2º do Código de Processo Penal, "A lei processual penal

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 349

aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

A exceção estaria nas normas de conteúdo misto, ou seja, aquelas que contenham disposições de Direito Penal e de Direito Processual Penal, onde deverá prevalecer o conteúdo normativo das primeiras.

Ao tratar das leis processuais no tempo, mais especificamente das modificações trazidas pela Lei 11.689/08, que revogou expressamente o protesto por novo Júri, Eugêncio Pacelli de Oliveira, mais uma vez com maestria, ensina que:

> A irretroatividade da lei penal tem fundamentação absolutamente distinta daquela atinente à legislação processual penal. Na primeira (lei penal), parte-se da idéia de que o agente do crime, ao praticar a infração, possa avaliar as conseqüências de sua ação no campo jurídico, de tal maneira que a pena, eventualmente aplicada a ele, possa ser entendida como o custo correspondente ao benefício alcançado (ou tentado). De todo modo, já que a lei presume o conhecimento dela (consciência da ilicitude), há de presumir que a pena se encontre também nas cogitações do autor do fato delituoso. Por isso, uma vez praticado o crime, não se pode alterar a punição.
>
> O mesmo não ocorre, porém, em relação ao procedimento criminal. As garantias individuais dizem respeito ao direito de participação e ao direito a uma decisão que seja fruto de amplo conhecimento judicial, por autoridade materialmente competente e por meio de procedimento adequado à apuração dos fatos. Mudanças de prazos recursais, por exemplo, ainda que para diminuí-los, não afetam direitos subjetivos; modificam apenas garantias processuais, aceitáveis se e quando válida, em tese, a modificação legislativa em face do texto constitucional. O tempo do crime não pode determinar maiores ou menores proveitos procedimentais ao respectivo agente. O novo procedimento, se constitucional, deve ser aplicável a qualquer autor, respeitando apenas as regras atinentes a cada ato processual (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed., Editora Lumen Juris, p. 17/10).

No caso dos autos, como se vê, não se trata de norma de conteúdo misto, e o ato realizou-se após a entrada em vigor da Lei 11.689/08, não havendo qualquer irregularidade no procedimento adotado pelo MM. Juiz primevo.

Assim, rejeito a preliminar.

Também não lhe assiste razão quanto à tese das defesas conflitantes.

Conforme facilmente se comprova da simples leitura dos autos, não há qualquer conflito entre as teses apresentadas.

Na verdade, o corréu Sulivan Gil de Souza, ao ser questionado acerca da autoria do delito, informa que Tiago no momento do crime estava desorientado, uma vez que nunca tinha presenciado fato semelhante, salientando que os autores foram José Paulo, Adriano de Souza, Cláudio Afonso e também ele.

> Que Tiago não tem muita participação; que na hora ele estava desorientado porque nunca viu; [...] Que o depoente deu um soco na vítima e ela desmaiou e as pessoas aproveitaram que na hora que deu o soco é que começou o desembolo, desembolo é geral, desembolar o que está pegando;[...] Que quem mais bateu na vítima foi José Paulo, Adriano de Souza e Cláudio Afonso; que foram eles que dependuraram a vítima; que os dois levantaram ele e o Adriano que estava em cima da rede segurou a corda e amarrou (f. 941/943).

O recorrente, por sua vez, não nega seu envolvimento no ocorrido, afirmando que não bateu na vítima, mas segurou seu pé.

"Que, se o depoente não segurasse o pé da vítima, iria morrer; que o depoente segurou o pé da vítima e soltou e eles falaram que se não segurasse iria morrer" (f. 944/945).

Ora, como se vê, não há teses de defesa conflitantes, não acarretando qualquer prejuízo para o recorrente as afirmações feitas pelo corréu Sulivan, motivo por que rejeito também essa preliminar.

Quanto à terceira e última preliminar, mais uma vez razão alguma assiste ao apelante.

O Código de Processo Penal ao tratar das nulidades estabelece em seu art. 563 que:

"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*. 11. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, p.693).

O relatório de f. 936 em nada interferiu no julgamento, não trazendo qualquer nulidade ao processo, não tendo o Juiz primevo em momento algum assumido a qualidade de acusador ou perdido sua imparcialidade como quer fazer crer a defesa. Não há qualquer indício de que o juiz tenha influenciado na decisão dos jurados.

Assim, mais uma vez, por não visualizar qualquer prejuízo para a defesa, afasto a preliminar.

No mérito, não há dúvida acerca da autoria e da materialidade do delito, tendo os jurados decidido, a meu ver, acertadamente ao condenar o apelante.

A materialidade do delito encontra-se devidamente demonstrada por meio do auto de prisão em flagrante delito de f. 06/32 e auto de corpo de delito - laudo de necropsia f. 194/215.

A autoria por sua vez também restou provada, visto que ficou demonstrado que o acusado teve participação

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 350

na morte da vítima, tendo inclusive ajudado a suspendê-la após a agressão.

A decisão dos jurados possui fundamento nas provas dos autos, e, como é sabido, os veredictos populares, por imposição constitucional, são soberanos, somente podendo ser desconstituídos quando aviltantes à prova relativa ao fato criminoso, não sendo esse o caso dos autos.

Penso, porém, que a sentença merece um pequeno reparo no que diz respeito à pena aplicada.

Após a análise das circunstâncias judiciais, penso que a pena-base não poderá ficar além do mínimo legal, devendo ser reduzida para 12 (doze) anos de reclusão. Em um segundo momento, reconheço a atenuante da menoridade, mas mantenho a pena no mesmo patamar, uma vez que não poderá ficar aquém de seu mínimo, conforme determina a Súmula 231 do STJ.

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Por fim, uma vez que ausentes causas de aumento e diminuição, concretizo a pena privativa de liberdade em 12 (doze) anos de reclusão, regime inicialmente fechado.

Por tais fundamentos, rejeito as preliminares e dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena privativa de liberdade, concretizando-a em 12 (doze) anos de reclusão regime inicialmente fechado.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - De acordo.

DES. FORTUNA GRION - De acordo.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE, REJEITADAS PRELIMINARES.

...

Tráfico de drogas - Prisão em flagrante - Invasão de domicílio - Não ocorrência - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Uso próprio - Impossibilidade

Ementa: Penal. Apelação. Tráfico de drogas. Invasão de domicílio. Estado de flagrância. Desclassificação. Preliminar rejeitada, negado provimento aos recursos.

- Preso o réu cometendo a infração penal, que por sua vez é de natureza permanente, tráfico de drogas, não constitui ilegalidade o ingresso dos policiais em sua residência, ainda que sem mandado de busca e apreensão. (Inteligência do art. 5º, XI, da Constituição da República.)

- A quantidade de droga apreendida e a informação dos vizinhos de que a casa se destinava ao comércio da droga afastam o destino do próprio uso pelo réu.

Preliminar rejeitada.

Negado provimento aos recursos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0223.08.243500-7/001 - Comarca de Divinópolis - Apelantes: 1º) Gui Madson Lopes, 2º) Fabiano dos Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 3 de abril de 2009. - *Jane Silva* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª JANE SILVA - Temos dois recursos.

O primeiro foi interposto por Gui Madson Lopes, inconformado com a sentença que o condenou a cinco anos e sete meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de quinhentos e setenta dias-multa, o valor da unidade no mínimo legal, e a três anos e sete meses de reclusão, em regime fechado, e setecentos dias-multa, fixado o valor da unidade no mínimo, por ter sido considerado respectivamente incurso nas penas dos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006, interpôs o presente recurso, arguindo, preliminarmente, a existência de vício sobre a prova derivada da apreensão policial realizada sem mandado de busca e apreensão. No mérito, requereu a absolvição por ausência de provas da autoria, alternativamente, a devolução dos bens apreendidos.

O segundo apelo foi aviado por Fabiano dos Santos, o qual, inconformado com a sentença que o condenou a quatro anos de reclusão, em regime inicial fechado, e a quatrocentos dias-multa, fixado o valor da unidade no mínimo legal, e a três anos de reclusão, em regime fechado, e setecentos dias-multa, valor da unidade no mínimo legal, por ter sido considerado, respectivamente, incurso nas iras dos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006, interpôs o presente recurso, pretendendo a desclassificação do tráfico para o delito de uso de drogas e a absolvição do crime de associação para o tráfico.

Contrarrazões ministeriais, às f. 215/228, pelo não provimento dos apelos.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 351

Quanto aos fatos, narram os autos que, no dia 9 de janeiro de 2008, por volta das 22h, na Rua Anhanguera, 991, bairro Jardim Candidés, Comarca de Divinópolis, policiais militares surpreenderam os réus Gui Madson Lopes, Fabrício Ribeiro Rosa, Agnaldo Pereira Neves e Fabiano dos Santos vendendo e guardando, para fins de mercancia, 15,8 g de *crack*.

Consta dos autos que a Polícia Militar, após receber inúmeras informações anônimas dando conta de que os réus desenvolviam comércio de drogas, diligenciou até o local e abordou Aguinaldo no exato momento em que efetuava a venda da droga ao usuário Cleyton. Ao perceberem a chegada da Polícia, os réus dispensaram a droga pela janela do banheiro, sendo sessenta e três pedras de *crack* aptas ao pronto consumo. Dado o estado de flagrância, os policiais realizaram busca na casa, apreendendo diversos objetos provenientes do comércio da droga e uma munição calibre 38.

A denúncia foi recebida em 19 de fevereiro de 2008, e a sentença foi publicada em mãos do escrivão no dia 7 de maio de 2008.

O feito transcorreu nos termos da sentença, que ora adoto, tendo sido os réus dela pessoalmente intimados (f. 199/200).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento de ambos os recursos.

Conheço dos recursos, porque previstos em lei, cabíveis, adequados, e os recorrentes têm interesse recursal, bem como por verificar que se encontram presentes os requisitos indispensáveis aos seus processamentos.

Preliminar arguida por Gui Madson Lopes (1º) de vício na prova colhida sem mandado de busca e apreensão.

Embora a defesa de Gui Madson Lopes não tenha suscitado expressamente a pretensão de análise da validade da prova colhida por meio da apreensão policial em forma de preliminar, tratarei da questão nesse momento, uma vez que o reconhecimento de um eventual vício nesse meio de prova ocasionaria a declaração de nulidade do procedimento em matéria preliminar.

Conforme exsurge dos autos, os policiais militares receberam informação anônima de que, na rua Anhanguera, 991, bairro Jardim Candidés, Comarca de Divinópolis, estava ocorrendo o comércio ilícito de droga; com a finalidade de apurar a informação, os policiais dirigiram-se ao citado endereço e, lá chegando, depararam com os réus vendendo droga a um usuário e jogando pela janela do banheiro o restante da droga, visto que perceberam a presença dos agentes do Estado.

Diante do estado de flagrância, foi que os policiais ingressaram na residência, ao que parece depois das 18h, sem mandado de busca e apreensão.

Analisando os documentos acostados, vejo que realmente a operação policial se desenvolveu sem mandado de busca e apreensão, contudo o crime pelo qual foram os agentes presos trata, a princípio, de tráfico de drogas, delito este permanente, que prolonga sua consumação no tempo, portanto, enquanto detinham a droga em depósito dentro de sua residência, estavam em estado de flagrância, art. 302, I, do Código de Processo Penal, cometendo a infração penal; logo, se em estado de flagrância, poderiam ser presos, ainda que sem ordem judicial.

Agiram os policiais amparados pela exceção prevista pelo próprio texto constitucional, art. 5º, XI, segundo o qual a casa é asilo inviolável do homem, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo, dentre outros, em caso de flagrante delito.

A prova colhida, derivada dessa operação policial, não é, pois, ilegal.

Ademais, ela não é a única dos autos, as quais serão analisadas no mérito deste recurso.

Preliminar rejeitada.

Quanto ao mérito.

Recurso de Gui Madson Lopes (1º).

Analisei atentamente as razões defensivas, as contrarrazões acusatórias, o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e, atenta às provas dos autos, entendo que sua pretensão não merece ser provida, pelos motivos que passo a expor:

Existência do crime provada pelo auto de apreensão, f. 24, e exame toxicológico definitivo, f. 115.

Pretende a parte a absolvição por ausência de provas da autoria delitiva, todavia os elementos coligidos apontam em sentido inverso.

Embora Gui tenha retificado seu interrogatório na fase judicial, daí não derivando, por óbvio, qualquer presunção de que estivesse mentindo, as demais provas permitem ligá-lo ao comércio clandestino da droga.

Cleyton Carlos, pessoa que se encontrava no momento da apreensão do lado de fora da casa comprando droga, afirmou, f. 112, corroborando a versão por ele apresentada na Polícia, que estava acostumado a adquirir droga na casa de Gui, que, inclusive, Gui havia lhe prometido, no dia em que se efetuou a prisão, que iria dar-lhe um DVD e ganharia também de Gui uma pedra de *crack*.

Cleyton ainda afirmou que todos na vizinhança sabiam que "a casa de Gui era ponto de venda de droga".

O policial militar Jean Carlo Alves da Fonseca, f. 118, também frisou que já abordou Gui em datas anteriores, uma vez que contra ele há cotidianamente várias informações ligando-o ao tráfico de drogas.

Todos os corréus, inclusive os que foram absolvidos, afirmaram que havia droga na casa, que todos

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 352

eram usuários, exceto Gui, e que moravam em sua residência.

As diversas informações anônimas foram ratificadas pela apreensão de considerável quantidade de droga na casa de Gui.

É impossível acreditar que o recorrente não soubesse do comércio clandestino em sua residência se toda a vizinhança sabia que lá, rotineiramente, se vendia droga, assim como nos parece demasiadamente fantasioso pensar que Gui não traficasse droga mesmo diante do depoimento de um usuário afirmando que ele havia lhe prometido uma pedra de *crack*. O usuário ainda se lembrou de salientar que a droga lhe seria dada em "troco de nada não".

Ainda que acreditássemos na falácia, pedras de *crack* sendo distribuídas gratuitamente na vizinhança, de nada adiantaria para ilidir o crime, visto que, como é cediço, a entrega gratuita da droga constitui, tal qual a venda, o crime apenado pelo art. 33 da Lei 11.343/2006.

Embora os comparsas se tenham apressado em chamar para si a responsabilidade pela droga, os demais elementos probatórios, aliados a todos os fortes indícios, permitem a conclusão de ser a casa de Gui Madson Lopes ponto organizado de venda de drogas, tão organizado que, na maior parte das vezes, nem era ele que, pessoalmente, realizava a venda.

Os traficantes encontravam em sua residência ponto seguro para desenvolver o comércio, uns preparavam a droga, outros vendiam, e ele comandava o grupo, permitindo que sua casa fosse o ponto do comércio ilícito.

Não há, pois, que se questionar a existência ampla de provas da autoria do delito.

De igual maneira, resta induvidoso que a moto apreendida na residência, assim como informado pelos populares do local, destinava-se à traficância. Era meio de disseminar com maior rapidez a droga sempre presente na casa, tanto que a vizinhança estava acostumada com a constante movimentação no local.

Quanto ao recurso de Fabiano dos Santos (2º).

Da igual maneira, analisei atentamente as razões recursais do segundo apelo e, comparando-as com as provas dos autos, vejo que as pretensões não merecem prosperar, pelo que passo a expor:

Fabiano afirmou, f. 103, que trabalha em uma fábrica de tijolos e ganha R$ 380,00 por mês e que, mesmo assim, comprou, de uma única vez para seu próprio consumo, sessenta e três pedras de *crack* pela quantia de R$ 400,00 e que mora na rua.

O celular que Gui havia passado para Fabiano tocou na Polícia mais de uma vez, sendo que o interlocutor procurava por droga; Fabiano, segundo os corréus, estava picotando a droga momentos antes de a Polícia aparecer, que foi Fabiano quem jogou a droga pela janela quando a Polícia apareceu.

A quantidade excessiva de droga, aliada às informações de tráfico no local, denota que as sessenta e três pedras de *crack* não se destinavam ao consumo exclusivo pelo apelante, mesmo porque ele não poderia se dar ao luxo de comprar, por si só, quantidade de droga correspondente a valor superior a seu salário e ainda ofertá-la gratuitamente a seus companheiros.

Também o fato de o seu telefone ter tocado na delegacia várias vezes, sendo procurado por usuários para a venda de droga, denota que a droga apreendida se destinava ao comércio, e não ao uso exclusivo.

Não se exclui que o réu pudesse usar algumas pedras da droga apreendida, mas aceitar que toda ela se destinava a seu consumo exclusivo não encontra amparo nos demais elementos coligidos.

De igual maneira, pensamos estar provado o crime do art. 35 da Lei 11.343/2006, isso porque a letra expressa da regra jurídica citada incrimina a associação para a prática reiterada ou não de ilícitos relativos às drogas. A lei não exige que os crimes sejam praticados com reiteração, mas que a associação seja estável e permanente.

A estabilidade pode ser provada pelo fato de todos se terem mudado para a casa de Gui, local em que a mercancia era largamente efetuada; um "picotava" a droga, o outro vendia. Ao serem presos, apressaram-se em retirar, o máximo possível, a culpa do chefe, aparentemente Gui, chamando para eles a responsabilidade da propriedade da droga.

A divisão de tarefas é clara, e o *animus* de uniremse permanentemente para o tráfico também exsurge dos elementos coligidos, pelos fundamentos já expostos.

A pena privativa de liberdade foi adequadamente fixada para os dois apelantes. A pena-base de ambos distanciou-se um pouco do mínimo, devido à análise desfavorável de algumas circunstâncias judiciais; as atenuantes existentes foram aplicadas, salientando-se que até mesmo indevidamente aplicadas em alguns casos, uma vez que conduziram a pena para aquém do mínimo, mas, ante a ausência de recurso do Ministério Público, nada pode ser feito.

O regime foi fixado no inicial fechado devido à quantidade de pena imposta, análise das circunstâncias judiciais e porque o crime foi praticado após a Lei 11.464/2.007.

A substituição da pena por restritiva de direitos também ficou obstada pela quantidade de pena e pela vedação expressa da Lei 11.343/2006.

Ante a condenação dos réus nas iras do crime de associação permanente para o tráfico de drogas, constatamos que a aplicação da causa de diminuição de

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 353

pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 também não tem lugar, visto que o envolvimento constante na atividade criminosa do tráfico pelos apelantes ficou demonstrado nos autos.

Posto isso, rejeito a preliminar e nego provimento aos dois recursos, mantendo-se *in totum* a sentença guerreada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

Súmula - RECURSOS NÃO PROVIDOS.

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 354

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 355

Conflito negativo de competência - Ação civil de improbidade administrativa proposta pelo MP contra servidores militares - Agressões físicas e morais contra menor infrator no exercício da função policial - Emenda 45/05 - Acréscimo de jurisdição cível à Justiça Militar - Ações contra atos disciplinares militares - Interpretação - Desnecessidade de fracionamento da competência - Interpretação do art. 125, § 4º, *in fine*, da CF/88. Precedentes do Supremo - Competência da Justiça Comum do Estado

1. Conflito negativo suscitado para definir a competência - Justiça Estadual Comum ou Militar - para julgamento de agravo de instrumento tirado de ação civil por improbidade administrativa proposta contra policiais militares pela prática de agressões físicas e morais a menor infrator no âmbito de suas funções, na qual o Ministério Público autor requer, dentre outras sanções, a perda da função pública.

2. São três as questões a serem examinadas neste conflito: (a) competência para a causa ou competência para o recurso; (b) limites da competência cível da Justiça Militar; e (c) necessidade (ou não) de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade.

3. *Competência para a causa ou competência para o recurso*:

3.1. O julgamento do conflito de competência é realizado *secundum eventum litis*, ou seja, com base nas partes que efetivamente integram a relação, e não aqueles que deveriam integrar. De igual modo, o conflito deve ser examinado com observância ao estágio processual da demanda, para delimitar-se, com precisão, se no incidente se discute a competência para a causa ou a competência para o recurso.

3.2. Na espécie, o juízo estadual de primeira instância concedeu em parte o requerimento de suspensão cautelar dos réus na ação de improbidade, o que gerou recurso de agravo interposto pelo MP perante a Corte Estadual que, *sem anular a decisão de primeira instância*, determinou a remessa dos autos ao Tribunal Militar.

3.3. Discute-se, portanto, a competência para o recurso, e não a competência para a causa. Nesses termos, como o agravo ataca decisão proferida por juiz estadual, somente o respectivo Tribunal de Justiça poderá examiná-lo, ainda que seja para anular essa decisão, encaminhando os autos para a Justiça competente. Precedentes.

4. Neste caso, excepcionalmente, dada a importância da matéria e o fato de coincidirem a competência para o recurso e a competência para a causa, passa-se ao exame das duas outras questões: especificamente, os limites da jurisdição cível da Justiça Militar e a necessidade (ou não) de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade.

5. *Limites da jurisdição cível da Justiça Militar*:

5.1. O texto original da atual Constituição, mantendo a tradição inaugurada na Carta de 1946, não modificou a *jurisdição exclusivamente penal* da Justiça Militar dos Estados, que teve mantida a competência apenas para "processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos *crimes militares*, definidos em lei".

5.2. A Emenda Constitucional 45/04, intitulada "Reforma do Judiciário", promoveu significativa alteração nesse panorama. A Justiça Militar Estadual, que até então somente detinha jurisdição criminal, passou a ser competente também para julgar ações civis propostas contra atos disciplinares militares.

5.3. Esse acréscimo na jurisdição militar deve ser examinado com extrema cautela por duas razões: (a) trata-se de Justiça Especializada, o que veda a interpretação tendente a elastecer a regra de competência para abarcar situações outras que não as expressamente tratadas no texto constitucional, sob pena de invadir-se a jurisdição comum, de feição residual; e (b) não é da tradição de nossa Justiça Militar estadual o processamento de feitos de natureza civil. Cuidando-se de novidade e exceção, introduzida pela "Reforma do Judiciário", deve ser interpretada restritivamente.

5.4. Partindo dessas premissas de hermenêutica, a nova jurisdição civil da Justiça Militar Estadual abrange, tão-somente, as ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares, vale dizer, ações propostas para examinar a validade de determinado ato disciplinar ou as consequências desses atos.

5.5. Nesse contexto, as ações judiciais a que alude a nova redação do § 4º do art. 125 da CF/88 serão sempre propostas contra a Administração Militar para examinar a validade ou as consequências de atos disciplinares que tenham sido aplicados a militares dos respectivos quadros.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 356

5.6. No caso, a ação civil por ato de improbidade não se dirige contra a Administração Militar, nem discute a validade ou consequência de atos disciplinares militares que tenham sido concretamente aplicados. Pelo contrário, volta-se a demanda contra o próprio militar e discute ato de "indisciplina" e não ato disciplinar.

6. *Desnecessidade de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade*:

6.1. Em face do que dispõe o art. 125, § 4°, *in fine*, da CF/88, que atribui ao Tribunal competente (de Justiça ou Militar, conforme o caso) a tarefa de "decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças", resta saber se há, ou não, necessidade de fracionar-se o julgamento desta ação de improbidade, pois o MP requereu, expressamente, fosse aplicada aos réus a pena de perdimento da função de policial militar.

6.2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que a competência para decidir sobre perda do posto ou da patente dos oficiais ou da graduação dos praças somente será da competência do Tribunal (de Justiça ou Militar, conforme o caso) nos casos de perda da função como pena acessória do crime que à Justiça Militar couber decidir, não se aplicando à hipótese de perda por sanção administrativa, decorrente da prática de ato incompatível com a função de policial ou bombeiro militar. Precedentes do Tribunal Pleno do STF e de suas duas Turmas.

6.3. Nesse sentido, o STF editou a Súmula 673, *verbis*: "O art. 125, § 4°, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo".

6.4. Se a parte final do art. 125, § 4°, da CF/88 não se aplica nem mesmo à perda da função decorrente de processo disciplinar, com muito mais razão, também não deve incidir quando a perda da patente ou graduação resultar de condenação transitada em julgado na Justiça comum em face das garantias inerentes ao processo judicial, inclusive a possibilidade de recurso até as instâncias superiores, se for o caso.

6.5. Não há dúvida, portanto, de que a perda do posto, da patente ou da graduação dos militares pode ser aplicada na Justiça Estadual comum, nos processos sob sua jurisdição, sem afronta ao que dispõe o art. 125, § 4°, da CF/88.

7. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o suscitado.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 100.682-MG - Relator: MINISTRO CASTRO MEIRA

Autor: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Réu: Geraldo Fernandes de Oliveira Filho. Réu: Everson Roberto Rocha. Suscitante: Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sr.ª Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília, 10 de junho de 2009 (data do julgamento). - *Ministro Castro Meira* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator) - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs ação civil por ato de improbidade administrativa em face de Geraldo Fernandes de Oliveira Filho e Everson Roberto Rocha, cabos da Polícia Militar, pela suposta prática de agressões físicas e morais contra adolescente infrator.

Consta da petição inicial que os réus, no dia 05 de outubro de 2007, submeteram o adolescente Werickson Rosa de Andrade a intenso sofrimento físico e mental, com socos, tapas, chutes e golpes de cassetete, em razão de delito - furto de quantia em dinheiro - cometido na zona rural do município de Felício dos Santos/MG.

Segundo o MP, os réus, "além de cometerem o delito elencado no artigo 1°, II, e § 4°, I, da Lei 9.455/97 c/c art. 29 do Código Penal, ofenderam princípios constitucionais que evidenciam o cometimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n.º 8.429/92" (fl. 20).

Nesse contexto, a ação fundou-se na contrariedade a diversos princípios da Administração Pública, elencados no art. 11 da Lei 8.429/92, dentre eles:

(a) princípio da legalidade;
(b) princípio da moralidade;
(c) princípio da dignidade humana; e
(d) princípio da probidade administrativa.

Por fim, o Ministério Público pediu o seguinte:

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 357

> Requer, ao final, seja julgada procedente a presente demanda a fim de condenar os réus nas sanções previstas na Lei n.º 8.429/92, especialmente aquelas estabelecidas no inciso III, do art. 12, diante do cometimento de atos de improbidade administrativa elencados no art. 11 *caput* e inciso I, da referida lei, impondo as sanções de perda do cargo público, suspensão dos direitos políticos por prazo não inferior a cinco anos, pagamento de multa civil de cem vezes o valor de sua remuneração e a proibição em contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios (fl. 35).

Consta dos autos que o Ministério Público, simultaneamente à ação de improbidade, ofereceu denúncia criminal contra os réus (fls. 40-43).

A ação civil foi proposta, inicialmente, perante o Juízo de Direito da 1ª Vara de Diamantina/MG, que deferiu parcialmente o pedido de afastamento cautelar dos réus nos seguintes termos:

> Ante o exposto, defiro parcialmente o requerimento para determinar o afastamento cautelar dos réus Geraldo Fernandes De Oliveira Filho E Everson Roberto Rocha de suas funções policiais no Município de Felício dos Santos/MG, *sem prejuízo do aproveitamento dos mesmos em outra unidade policial fora do referido Município, até que sejam ultimados os atos de instrução da presente ação civil pública* (fl. 116 - original sem grifos).

Contra essa decisão, que deferiu apenas em parte o pedido de afastamento cautelar, permitindo "o aproveitamento dos réus em outra unidade policial" fora do Município de Felício dos Santos, o MP interpôs recurso de agravo de instrumento, dirigido ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (fls. 02-13).

A Corte Mineira, à consideração de que um dos pedidos formulados na ACP foi a perda do posto militar dos então agravados, declinou da competência, "pois a Emenda Constitucional 45/2004, com a nova redação dada ao art. 125, §§ 4º e 5º, da Constituição da República, atribuiu à Justiça Especializada Militar a competência para a apreciação e julgamento de matéria relativa a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças" (fl. 133).

O Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais também declinou da competência e suscitou o conflito com base nos seguintes argumentos:

(a) a jurisdição cível da Justiça Militar, conferida pela EC 45/04, limita-se ao julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares, o que não atrai a competência para processar, indistintamente, qualquer ação civil;

(b) "(...) não se pode confundir o ato disciplinar que constitui pressuposto para a competência da Justiça Militar com ato indisciplinado praticado pelos militares. Vale observar que a Justiça Militar não possui competência para aplicar sanções pela prática de infrações disciplinares, mas sim para analisar a validade jurídica de sanções que são aplicadas pela administração militar" (fl. 155);

(c) não há óbice em desmembrar o julgamento da ação de improbidade, cabendo à Justiça comum de primeiro grau apreciar e julgar a ação de improbidade, aplicando aos réus as sanções que entender cabíveis, e ao Tribunal de Justiça Militar decretar a perda do cargo ou função pública do policial militar, se for o caso, por força do que dispõe o art. 125, § 4º, da CF/88;

(d) transitada em julgado a sentença na ação de improbidade administrativa, nos termos do art. 20 da Lei 8.429/92, caberá ao Tribunal Militar competente decidir sobre a perda do posto e patente dos oficiais e da graduação das praças.

O Ministério Público Federal, na pessoa do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Moacir Guimarães Moraes Filho, em longo e fundamentado parecer, opina pela competência da Justiça Militar Estadual.

O opinativo recebeu a seguinte ementa:

> Processual civil. Conflito negativo de competência. Ação civil de improbidade administrativa contra servidor policial militar (PM). Justiça Militar Estadual. Justiça Militar Federal.
> 2. Precedentes. REsp 914.061/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/12/2007, *DJe* 10/03/2008 e CC 54.518/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, Terceira Seção, julgado em 08/03/2006, *DJ* 02/08/2006, p. 226.
> 3. Parecer do MPF pelo conhecimento do conflito e pela determinação da competência da Justiça Militar Estadual para o julgamento das ações de improbidade administrativa contra policial militar, consoante dispõe o § 4º do art. 125 da Constituição da República (fl. 166).

Vieram-me os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator) - Por tratar-se de conflito instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, conheço da controvérsia, a teor do que preceitua o art. 105, I, "d" da Constituição da República.

Passo ao mérito.

A questão que se coloca no presente conflito é inédita na Corte. Resume-se em definir a competência - Justiça Estadual Comum ou Militar - para julgamento de ação civil por improbidade administrativa proposta contra policiais militares pela prática de agressões físicas e morais a menor infrator no âmbito de suas funções, na qual o Ministério Público autor requer, dentre outras sanções, a perda da função pública.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais declinou da competência em razão do que dispõe o art. 125, § 4º, da Constituição da República, assim redigido:

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 358

> § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, *cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças* (sem grifos no original).

Para a Corte Estadual, como há na ação civil pedido expresso de perda da função pública dos réus, a competência desloca-se para o Tribunal Militar. É o que se observa da seguinte passagem do conflito:

> Verifica-se, contudo, que falece competência a este Tribunal para julgamento deste recurso, pois a Emenda Constitucional 45/2004, com a nova redação dada ao art. 125, §§ 4º e 5º, da Constituição da República, atribuiu à Justiça Especializada Militar a competência para a apreciação e julgamento de matéria relativa a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças (fl. 133).

Já o Tribunal Militar suscitou o conflito por entender que a ação civil de improbidade não se insere no âmbito de sua competência, mesmo após a edição da EC 45/04. Assim, propõe seja desmembrado o julgamento, cabendo à Justiça comum de primeiro grau apreciar e julgar a ação de improbidade, aplicando aos réus as sanções que entender cabíveis, e ao Tribunal de Justiça Militar decretar a perda do cargo ou função pública do policial militar, se for o caso, por força do que determina o dispositivo constitucional citado.

Três são as questões que precisam ser examinadas neste conflito:

(a) competência para a causa ou competência para o recurso;

(b) limites da competência cível da Justiça Militar; e

(c) necessidade (ou não) de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade.

Passo a analisar cada um dos pontos.

(A) Competência para a causa versus competência para o recurso

Não se pode perder de vista que o conflito deve ser examinado segundo as informações concretas que dos autos constam, vale dizer, das partes efetivamente envolvidas, dos verdadeiros fundamentos da ação e da situação do processo no momento em que suscitado esse incidente.

Assim, não cabe ao STJ pronunciar-se, no âmbito restrito do conflito, sobre a legitimidade de partes, sobre causa de pedir estranha ao ajuizamento da ação ou sobre a competência no plano ideal, desvinculada da situação processual em que se encontra a demanda.

Talvez por isso o conflito não produza a eficácia de coisa julgada material, mas apenas formal - no âmbito do próprio incidente -, já que, mudadas as partes, o fundamento do pedido ou a situação processual, outra poderá ser a definição da competência para julgamento da lide, o que não ofende, em absoluto, a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Nesses termos, o julgamento do conflito de competência é realizado secundum eventum litis, ou seja, com base nas partes que efetivamente integram a relação, e não aqueles que deveriam integrar.

De igual modo, o conflito deve ser examinado com observância ao estágio processual da demanda, para delimitar-se, com precisão, se no incidente se discute *a competência para a causa* ou *a competência para o recurso*.

Há inúmeros precedentes da Primeira Seção que consagram a distinção proposta. É o que se observa dos seguintes julgados:

> Conflito de competência. Mandado de segurança. Conselho de Fiscalização Profissional. Competência da Justiça Federal inalterada pela EC 45/2004. Aplicação analógica da Súmula 66/STJ. Sentença de mérito proferida pelo Juízo Laboral. Recurso de apelação. Competência para julgamento. Tribunal Regional do Trabalho. Súmula 225/STJ. Conflito conhecido, para declarar a competência do TRT da 2ª Região, para o julgamento da apelação.
> (...)
> 3. Todavia, no caso em apreço, já foi proferida sentença de mérito pelo Juízo Trabalhista, encontrando-se a demanda em fase de apelação. Essa circunstância impede a alteração da competência para análise da causa, pois, cabe ao Tribunal Regional do Trabalho apreciar os recursos advindos de decisão regularmente proferida por juiz a ele vinculado, ainda que seja para anular a r. sentença, por incompetência absoluta, e remeter os autos ao juízo competente.
> 5. A Primeira Seção deste Tribunal Superior consagra entendimento no sentido de que 'cumpre distinguir a competência para o julgamento da causa da competência para o julgamento do recurso (...). No caso, porém, o que está em questão não é a competência para a causa, mas sim para o julgamento do recurso interposto contra decisão proferida Juiz de Direito a quem a causa foi distribuída. Ora, ainda que incompetente para a causa o prolator da decisão recorrida, é certo que o recurso deve ser julgado pelo Tribunal ao qual se encontra vinculado o juiz que proferiu a decisão. É o sentido da Súmula 55/STJ: 'Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão de juiz estadual não investido de jurisdição federal'. Assim, cabe ao Tribunal de Justiça, e não ao Tribunal Regional do Trabalho, julgar agravo de instrumento de decisão proferida por Juiz de Direito a ele vinculado, ainda que seja para anular a decisão recorrida, por incompetência absoluta, e remeter os autos à Justiça competente' (CC 58.029/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006).
> 6. Desse modo, à hipótese em exame deve ser aplicada a Súmula 225/STJ, segundo a qual 'compete ao Tribunal Regional do Trabalho apreciar recurso contra sentença proferida por órgão de primeiro grau da Justiça trabalhista, ainda que para declarar-lhe a nulidade em virtude de incompetência'.
> 7. Conflito conhecido, para declarar a competência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, o ora suscitante, para o julgamento do recurso de apelação interposto por Sumer Comércio de Piscinas Ltda - microempresa - e Outros (CC 78.108/SP, Rel. Min. Denise Arruda, *DJe* de 04.08.08);

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 359

Conflito de competência. Direito sindical. Registro de sindicato. Ação declaratória de nulidade de registro sindical. Sentença de juiz estadual anterior à Emenda Constitucional nº 45/04. Exame de recurso de apelação pendente. Art. 114, III, da Constituição. Redação dada pela EC 45/2004. Não-aplicação. Análise da competência para julgamento do recurso, e não da causa. Competência da Justiça Estadual.
(...)
4. No entanto, nos casos como da presente hipótese, consoante já decidiu a Eg. Primeira Seção deste STJ, a análise do conflito não deve envolver a aplicabilidade, ou não, da EC 45/2004, mas sim a competência para julgamento do recurso de apelação. Precedentes.
5. *In casu, tendo sido proferida a sentença, pelo Juízo Estadual, antes da referida alteração constitucional, deve, pois, o recurso interposto contra o referido decisum, ser examinado pelo Tribunal ao qual está vinculado o Juiz sentenciante.*
6. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o suscitado (CC 68.845/SP, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias - Juiz convocado do TRF da 1ª Região, DJe de 05.05.08);

Conflito negativo de competência - Julgamento do recurso interposto contra sentença proferida por Juiz do Trabalho - Competência do Tribunal Regional do Trabalho.
(...)
3. Caso em que se discute a competência para conhecer de recurso interposto contra sentença proferida por Juízo da Vara do Trabalho. Incide, pois, o enunciado da Súmula 225/STJ, in verbis: 'Compete ao Tribunal Regional do Trabalho apreciar recurso contra sentença proferida por órgão de primeiro grau da Justiça trabalhista, ainda que para declarar-lhe a nulidade em virtude de incompetência'.
4. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, o suscitante (CC 77.090/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16.04.07);

Conflito negativo de competência. Ação de execução fiscal. Dívida decorrente de penalidade aplicada por órgão fiscalizador das relações de trabalho. Alteração introduzida pela Emenda Constitucional 45/04. Demanda sentenciada. Competência recursal.
(...)
3. Não obstante seja a Justiça do Trabalho atualmente competente para julgar as ações previstas no art. 114, inc. VII, da CF/88, cabe ao Tribunal Regional Federal apreciar os recursos advindos de decisão regularmente proferida por juiz a ele vinculado.
4. 'Cumpre distinguir a competência para o julgamento da causa da competência para o julgamento do recurso. Ainda que a causa seja da competência trabalhista, cabe ao Tribunal de Justiça, e não ao Tribunal Regional do Trabalho, julgar agravo de instrumento de decisão proferida por Juiz de Direito a ele vinculado (ao qual a causa foi equivocadamente distribuída), ainda que seja para anular a decisão e remeter os autos à Justiça competente.' (CC 58.029/MS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 10.04.2006).
5. Conflito de Competência conhecido para declarar a competência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o suscitado (CC 60.313/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 1º.10.07).

No caso, o Juízo estadual de primeira instância concedeu em parte o requerimento de suspensão cautelar dos réus na ação de improbidade, o que gerou recurso de agravo interposto pelo MP perante a Corte Estadual que, *sem anular a decisão de primeira instância*, determinou a remessa dos autos ao Tribunal Militar.

Assim, o que se discute é a competência para o recurso, e não a competência para a causa. Nesses termos, como o agravo ataca decisão proferida por juiz estadual, somente o Tribunal de Justiça poderá examiná-lo, ainda que seja para anular a decisão e remeter os autos para a Justiça competente.

Nesse caso, excepcionalmente, dada a importância da matéria e o fato de coincidirem a competência para o recurso e a competência para a causa - como se verá adiante, passa-se ao exame das duas outras questões anteriormente postas, especificamente, os limites da competência cível da Justiça Militar e a necessidade (ou não) de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade.

Não há empecilho em prosseguir no exame da competência para a causa pelas seguintes razões:

(a) A medida liminar pode ser concedida, inclusive, por juiz *absolutamente incompetente* para prevenir ou obstar a situação de urgência, ad referendum do Juízo ao final declarado competente. Assim, o Tribunal Estadual, ao suscitar o conflito, não estava obrigado a anular previamente a decisão do Juízo estadual concessiva da liminar, que poderá ser referendada ou não pelo Juízo declarado competente por este conflito;
(b) Assim, estando em julgamento um recurso (agravo de instrumento) em que se discute apenas a abrangência de um provimento liminar, nada impede que o Juízo competente, seja a Justiça Estadual comum ou Militar, referende a decisão ou a anule, caso entenda não estarem presentes os requisitos autorizadores da concessão, sem que para isso seja necessário o agravo de instrumento, pois se trata de consequência imanente à própria declaração do Juízo competente para a causa;
(c) Nesses termos, fixar a competência para o recurso (e não para a causa) somente porque não houve a cassação expressa da decisão agravada, é olvidar que a liminar, ainda que concedida por juízo absolutamente incompetente, tem eficácia sob condição resolutiva, até que venha a ser expressamente anulada pelo Juízo competente;
(d) Como a discussão no agravo se limita à abrangência do afastamento cautelar dos réus na ação de improbidade, sem envolver qualquer parcela de mérito da demanda nem mesmo antecipação de tutela, não vejo qualquer problema em prosseguir no julgamento para, desde já, fixar a competência para a causa;
(e) Ademais, há *coincidência* entre a competência para o recurso e a competência para a causa. Em qualquer dos dois casos será competente a Justiça Estadual comum;
(f) Registre-se também a *grande expectativa*, inclusive do próprio Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, pela definição da competência para julgar esse tipo de ação (ação de improbidade administrativa contra militares em que se postula perda da função pública). Houve, inclusive, proposta de um dos Juízes do Tribunal suscitante de se aguardar a solução do CC 90.547/MG, da relatoria do Min.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 360

> Francisco Falcão, em que também se discute a competência – se da Justiça Estadual comum ou Militar - para examinar ação de improbidade proposta pelo Ministério Público de Minas contra policiais militares acusados de ilícito;
> (g) A competência para o recurso somente se impõe, no caso, pelo fato de não ter o Tribunal de Justiça anulado, formalmente, a liminar concedida pelo Juízo estadual de primeira instância. Portanto, se for fixada somente a competência para o recurso, o Tribunal certamente anulará a decisão liminar e remeterá, na sequência, os autos para a Justiça Militar, que retornarão a esta Corte em novo conflito. Pelo *princípio de economia processual*, e considerando o fato de serem coincidentes a competência para o recurso e para a causa, penso que esta última deve ser fixada desde logo, para prevenir novos conflitos relativos a esta e a outras causas.

Com essas breves reflexões, penso ser o caso de prosseguir no exame da competência para a causa. Analiso, portanto, as duas outras questões.

(B) Limites da competência cível da Justiça Militar Estadual

Para que sejam aferidos os limites da jurisdição cível da Justiça Militar Estadual, tal como regulada pela EC 45/04, faz-se necessário um breve escorço histórico sobre a evolução deste segmento do Poder Judiciário brasileiro.

A Constituição do Império (1824), a primeira Constituição Republicana (1891) e as Constituições de 1934 e de 1937 nada dispuseram sobre a Justiça Militar Estadual, somente instituída como órgão do Poder Judiciário na Constituição de 1946 (art. 124, XII), diferentemente da Justiça Militar Federal, alçada a esse posto já na Constituição de 1934 (art. 63, alínea "c").

Desde o surgimento, à Justiça Militar Estadual atribuiu-se *jurisdição exclusivamente criminal*, sempre composta por um órgão colegiado de primeira instância - Conselhos de Justiça, formado por juiz de direito e oficiais militares - e por um órgão de segunda instância - Tribunal Militar ou o próprio Tribunal de Justiça do Estado.

A Constituição de 1967 manteve essa estrutura, *inclusive quanto à jurisdição exclusivamente criminal*.

A Emenda Constitucional n.º 01/69, em seu art. 144, § 1º, limitou a criação de novos Tribunais Militares, além dos três já existentes - São Paulo, Minas e Rio Grande do Sul -, de modo que a segunda instância da Justiça Militar Estadual caberia, nos demais Estados, ao próprio Tribunal de Justiça. Essa Emenda também *não alterou a jurisdição exclusivamente criminal* desse ramo Judiciário.

Foi nesse período que surgiram o Código Penal Militar (DL 1.001/69) e o Código de Processo Penal Militar (DL 1.002/69).

Na mesma trilha, surgiu a Constituição de 1988, dispondo nos arts. 125, §§ 3º e 4º, o seguinte:

> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
> (...)
> § 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes.
> § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares *nos crime militares, definidos em lei*, cabendo decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças (sem grifos no original).

Em sua redação original, a atual Constituição, mantendo a tradição inaugurada na Carta de 1946, não modificou a *jurisdição exclusivamente penal* da Justiça Militar dos Estados, que manteve a competência apenas para "processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos *crimes militares*, definidos em lei".

A Emenda Constitucional 45/04, intitulada "Reforma do Judiciário", promoveu significativa alteração nesse panorama. A Justiça Militar Estadual, que até então somente detinha jurisdição criminal, passou a ser competente também para julgar *ações civis* propostas contra *atos disciplinares militares*. É o que se observa da nova redação conferida ao § 4º e do novo § 5º do art. 125 da CF/88, *verbis*:

> § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e *as ações judiciais contra atos disciplinares militares*, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.
> § 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e *as ações judiciais contra atos disciplinares militares*, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares (original sem grifos).

Esse acréscimo na jurisdição militar deve ser examinado com cautela por duas razões:

(a) trata-se de Justiça Especializada, o que veda a interpretação tendente a elastecer a regra de competência para abarcar situações outras que não as expressamente tratadas no texto constitucional, sob pena de invadir-se a jurisdição comum, de feição residual; e

(b) não é da tradição de nossa Justiça Militar estadual o processamento de feitos de natureza civil. Cuidando-se de novidade e exceção, introduzida pela "Reforma do Judiciário", deve ser interpretada restritivamente.

Partindo dessas premissas de hermenêutica, a nova jurisdição civil da Justiça Militar Estadual abrange, tão-somente, as ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares, vale dizer, ações propostas para exa-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 361

minar a validade de determinado ato disciplinar - a reintegração de militar afastado sem o devido processo legal, excesso de punição, ilegalidade da pena, abuso de autoridade do superior hierárquico - ou as consequências desses atos.

Ato disciplinar é espécie de ato administrativo que, segundo Hely Lopes Meirelles, "é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria"(*Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, São Paulo, 2003, 28 ed., p. 145).

Com base nessa definição, Rogério Ramos Batista e Fábio Teixeira Rezende conceituam ato disciplinar militar como "a manifestação unilateral de vontade da Administração Militar que, agindo nessa qualidade e objetivando manter a ordem que convém ao regular funcionamento de sua organização, impõe obrigações aos seus servidores, modifica, extingue ou declara direitos" (*A Competência da Justiça Militar para as Ações contra Atos Disciplinares*, Revista Jurídica Consulex, Ano IX, n.º 200, 15 de maio de 2005).

Esses mesmos autores lembram que expressão "ato disciplinar", embora comumente associada à idéia de punição (castigo, pena), também pode qualificar um ato positivo da administração em face de seus servidores, como ocorre com a recompensa disciplinar, que é um exemplo de sanção positiva.

Como bem asseverou o Tribunal suscitante deste conflito, "(...) não se pode confundir o *ato disciplinar* que constitui pressuposto para a competência da Justiça Militar com *ato indisciplinado* praticado pelos militares. Vale observar que a Justiça Militar não possui competência para aplicar sanções pela prática de infrações disciplinares, mas sim para analisar a validade jurídica de sanções que são aplicadas pela administração militar" (fl. 155).

Nesse contexto, as ações judiciais a que alude a nova redação do § 4º do art. 125 serão sempre propostas contra a Administração Militar para examinar a validade ou as consequências de atos disciplinares que tenham sido aplicados a militares dos respectivos quadros.

No caso, a ação civil por ato de improbidade não se dirige contra a Administração Militar, nem discute a validade ou consequência de atos disciplinares militares que tenham sido concretamente aplicados. Pelo contrário, volta-se a demanda contra o próprio militar e discute ato de "indisciplina" e não ato disciplinar.

Todavia, não é certo afirmar, genericamente, que a Justiça Militar Estadual não detém competência para processar e julgar ações civis públicas por ato de improbidade, pois a ação de improbidade pode direcionar-se contra o próprio ato disciplinar, buscando a sua anulação e a punição do superior hierárquico ímprobo.

Assim, por exemplo, deverá ser processada na Justiça Militar Estadual a ação civil por ato de improbidade administrativa proposta contra o comandante militar que, por perseguição ou qualquer outro desvio de finalidade, infligiu castigo demasiado, tratamento físico desumano ou punição além dos limites legais a um subalterno.

Essa nova jurisdição civil da Justiça Militar Estadual admite qualquer procedimento, desde que, é claro, a ação se volte contra um específico ato disciplinar militar.

Trata-se, sem dúvida, de competência em razão da matéria e, portanto, absoluta e improrrogável.

Na espécie, a ação civil por ato de improbidade deve ser processada perante a Justiça Estadual comum, já que não se volta contra ato disciplinar, mas contra ato de indisciplina cometido por policiais militares no exercício de suas funções.

Resta examinar o último ponto.

(C) Desnecessidade de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade

Em face do que dispõe o art. 125, § 4º, *in fine*, da CF/88, que atribui ao Tribunal competente a tarefa de "decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças", resta saber se há, ou não, necessidade de se fracionar o julgamento desta ação de improbidade, pois o MP requereu, expressamente, fosse aplicada aos réus a pena de perdimento da função de policial militar.

O dispositivo está assim redigido:

> § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, *cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças* (grifos nossos).

A norma em destaque abre caminho para duas interpretações igualmente razoáveis:

(a) a *primeira*: somente o Tribunal de Justiça poderá condenar o militar à perda do posto, da patente ou da graduação, seja qual for o caso; ou

(b) a *segunda*: a reserva de competência, prevista na parte final do dispositivo, está relacionada apenas à competência material da Justiça Militar indicada no próprio § 4º do art. 125 da CF/88.

A adoção da *primeira tese* levaria à necessidade de fracionar a competência para julgamento da ação de improbidade quando formulado pedido de perda da função militar. Assim, o processo seria julgado pelo Juízo comum e, após o trânsito em julgado, como determina o art. 20 da Lei 8.429/92, seriam os autos remetidos ao Tribunal competente para decidir sobre a perda do posto, da patente ou da graduação.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 362

Esse, aliás, foi o entendimento do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, Juízo ora suscitante, como se observa do seguinte fragmento do conflito:

> Trata-se de agravo de instrumento, oriundo de ação civil pública de improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Publico, com pedido de tutela antecipada.
> Insurge-se o órgão Ministerial contra a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Diamantina que indeferiu, parcialmente, o pedido de afastamento cautelar dos réus de suas funções policiais militares, pelo prazo necessário ao término da instrução processual da referida ação. Na decisão em questão, o douto magistrado de primeira instância determinou o afastamento dos réus apenas nos limites daquela Comarca, podendo os mesmos continuar exercendo as funções militares em outras circunscrições.
> Irresignado com a decisão antecipatória, o Parquet interpôs agravo de instrumento no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja eminente relatora, Desembargadora Maria Elza, declinou da competência a esse egrégio Tribunal de Justiça Militar, por entender pela incompetência absoluta da Justiça Comum para julgar ação cível de improbidade administrativa proposta contra policial militar e, em conseqüência, determinou a remessa dos autos a este Tribunal.
> Entendeu a nobre desembargadora que o foro competente para o processamento e julgamento da ação de improbidade administrativa para perda do cargo publico de policial militar é do Tribunal de Justiça Militar, nos termos do artigo 125, §§ 4° e 5°, da Constituição Federal/88.
> Vindos os autos de agravo de instrumento, tenho para mim que assiste razão, em parte, a douta desembargadora do Tribunal de Justiça.
> Digo em parte, porque, especificamente no que tange à pena de perda do cargo publico ou da função publica de policial militar, tenho que a competência é exclusiva desta Corte Castrense, por força do art. 125, § 4°, parte final, da CF/88.
> Veja que a norma constitucional supra fixa a competência do Tribunal de Justiça Militar para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.
> O douto Ministro Joaquim Barbosa, em recente decisão (Reclamação n.° 2.138), proferida em 13 de junho de 2007 e inserida no Informativo do STF n° 471, entendeu que determinados tipos de agentes públicos, ainda que julgados em ação de improbidade administrativa pela Justiça de primeiro grau, devem ter a perda do cargo ou função publica decretada pelo Tribunal competente, *verbis*:
> '[...] É que, a meu sentir, não cabe a juiz de primeira instância decretar, muito menos em ação de improbidade, a perda do cargo político, do cargo de ministra de Estado, por ser esta uma modalidade de punição que e típica do elenco de mecanismos de controle e aferição da responsabilidade política no sistema presidencial de governo. Trata-se, como já adiantei, de elemento característico de *checks-and-balances* tal como magistralmente concebido na Convenção da Filadélfia, onde pela primeira vez se institucionalizou o sistema de governo sob o qual vivemos ha mais de um século. Explicito o meu voto neste ponto. O juiz de primeiro grau pode, sim, conduzir ação de improbidade contra autoridades detentoras de prerrogativa de foro. Em conseqüência, poderá aplicar todas as sanções previstas na Lei 8.429/1992, salvo uma: não poderá decretar a perda do cargo político, do cargo estruturante à organização do Estado, pois isto configuraria um fator de desestabilização político institucional para a qual a lei de improbidade administrativa não é vocacionada.' (grifei)
> Num primeiro momento, pode-se extrair do julgado em comento o entendimento de que mesmo havendo previsão expressa em leis especiais de sanção de perda do cargo ou da função publica, como efeito da própria condenação, não compete à Justiça Comum a sua aplicação, mas sim ao Tribunal de Justiça Militar, onde este existir, em atendimento à competência expressa, prevista, na parte final do § 4°, do art. 125, da CF/88.
> Como bem disse a culta Desembargadora, a sanção de perda do cargo público ou da função pública do policial militar da ativa implica diretamente na perda do posto e patente dos oficiais e da graduação das praças.
> Com efeito, o exercício das atribuições do cargo de policial militar pressupõe o atendimento dos requisitos de grau hierárquico, ou seja, do posto (se oficial) e da graduação (se praça), razão pela qual seu procedimento encontra guarida no art. 125, § 4°, parte final, da Carta Magna.
> Certo é que não vislumbro no art. 125 da Constituição da Republica, competência da Justiça Militar para julgar a ação civil de improbidade administrativa contra militar, quando a pretensão ministerial envolver a aplicação de outras sanções que não seja a perda do cargo público militar. Isto porque o referido dispositivo constitucional limita a competência da Justiça Militar às seguintes matérias:
> - Justiça Militar de 1° grau: os crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares;
> - Tribunal de Justiça Militar: a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação de praças.
> A EC 45/2004 conferiu competência cível à Justiça Militar, porem, limitada essa competência para o processamento e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares, o que não atrai, por si só, a competência para conhecer todo e qualquer tipo de ação cível, como a prevista na Lei n.° 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), sob pena de se criar competência material onde a Constituição não previu, salvo, é claro, se a ação de improbidade tiver sido intentada exclusivamente contra ato disciplinar, o que, num primeiro momento, seria de competência da Justiça Militar de primeira instância para dela conhecer e, havendo possibilidade de decretação da perda do cargo, remeteria ao Tribunal de Justiça Militar respectivo.
> Dessa forma, com exceção às ações judiciais contra atos disciplinares militares, as demais ações de natureza civil são de competência da Justiça Comum.
> Seguindo a linha traçada pela Excelsa Corte no julgado anteriormente noticiado, não vejo qualquer óbice em se desmembrar o julgamento na ação de improbidade administrativa, cabendo à Justiça Comum de primeiro grau apreciar e julgar a ação de improbidade administrativa, aplicando aos réus as sanções que entender cabíveis, e ao Tribunal de Justiça Militar decretar a perda do cargo ou função pública do policial militar, se for o caso, por força de disposição constitucional expressa - art. 125, § 4°, da Constituição Federal/88.
> Assim, transitada em julgado a sentença na ação de improbidade administrativa, nos termos do art. 20 da Lei n.° 8.429/92, caberá ao Tribunal de Justiça Militar decidir sobre a perda do posto e patente dos oficiais e da graduação dos praças.
> No caso dos autos, considerando que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se deu por absolutamente incompetente para apreciar a presente ação de improbidade, e que não cabe a este Tribunal de Justiça Militar julgá-la em sua totalidade, mas apenas decretar ou não a perda do cargo ou

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 363

função pública dos militares envolvidos, suscito o conflito negativo de competência, devendo os autos ser remetidos ao egrégio Superior Tribunal de Justiça (fls. 156-159).

Com a devida vênia, não parece ser essa a melhor solução.

A segunda tese, além de preservar a unidade da jurisdição, com vantagens indiscutíveis para ambas as partes do processo, é a que melhor se harmoniza com a própria jurisprudência da Corte Suprema que, por diversas vezes, assentou que a competência para decidir sobre perda do posto ou da patente dos oficiais ou da graduação das praças somente será da competência do Tribunal (de Justiça ou Militar conforme o caso) nos casos de perda da função como pena acessória do crime que à Justiça Militar couber decidir, não se aplicando à hipótese de perda por sanção administrativa, decorrente da prática de ato incompatível com a função de policial ou bombeiro militar.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes tanto do Tribunal Peno do STF quanto de suas duas Turmas:

> Ementa: Constitucional. Militar. Praça da Polícia Militar. Expulsão. CF, art. 125, § 4º. I. - A prática de ato incompatível com a função policial militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, assegurando-se à praça o direito de defesa e o contraditório. Neste caso, entretanto, não há invocar julgamento pela Justiça Militar estadual. A esta compete decidir sobre a perda da graduação das praças, como pena acessória do crime que a ela, Justiça Militar estadual, coube decidir, não subsistindo, em conseqüência, relativamente aos graduados, o art. 102 do Cód. Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos. II. - R.E. não conhecido (RE 199.800/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, *DJ* de 04.05.01);
>
> 1. Análise do recurso extraordinário que envolve a apreciação dos fatos e das provas da causa, hipótese inviável nesta sede pelo óbice da Súmula STF nº 279. 2. Processamento do apelo extremo incabível para debater matéria processual, de índole ordinária, relativa ao reexame do julgamento proferido em grau de embargos de declaração, para fins de nulidade, por suposta deficiência de sua fundamentação. 3. *A competência conferida à Justiça Militar pelo art. 125, § 4º, da Constituição refere-se à perda de graduação como pena acessória criminal e não à sanção disciplinar administrativa. Súmula STF nº 673. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no AI 538.543/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 29.11.05 - original sem grifos);*
>
> *Ementa: Constitucional. Administrativo. Policial militar. Punição disciplinar: desligamento. necessidade de ser observado o devido processo legal. C.F., art. 5º, LV. I. - A prática de ato incompatível com a função policial militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, assegurando-se ao policial, entretanto, o direito de defesa e o contraditório (C.F., art. 5º, LV). II. - Agravo não provido (AgRg no AI 388.936/BA, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 14.11.02 - grifos nossos);*
>
> *Ementa: Policiais militares excluídos da corporação pelo Conselho de Disciplina. Alegação de ofensa aos artigos 5º, LV e 125, § 4º da Constituição Federal. A competência conferida à Justiça Militar pelo art. 125, § 4º da CF refere-se à perda de graduação como pena acessória criminal e não à sanção disciplinar administrativa. Precedentes: AGRAG 210.220/DF, rel. Min. Octavio Gallotti e o AGRAG 286.636, rel. Min. Maurício Corrêa. Necessário o reexame de matéria fático-probatória para se concluir pela presença, ou não, da ampla defesa no processo administrativo que concluiu pela aplicação da referida reprimenda. Incidência da Súmula 279/STF. Agravo regimental desprovido (AgRg no RE 258.438/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ de 21.06.02 - original sem grifos);*
>
> *Ementa: Praça da Polícia Militar. Licenciamento por conveniência do serviço. Competência. - Falta de prequestionamento das questões relativas aos incisos LIII, LV e LVII do art. 5º da Constituição. - Por outro lado, o Plenário desta Corte, ao julgar o RE 199.800, apreciando caso análogo ao presente, decidiu, quanto à alegação de ofensa ao artigo 125, § 4º, da Constituição, que a prática de ato incompatível com a função militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, não se havendo de invocar julgamento pela Justiça Militar Estadual, porquanto a esta compete decidir sobre a perda da graduação das praças somente como pena acessória dos crimes que a ela coube decidir. - Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido (RE 283.393/ES, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ de 18.05.01 - grifos nossos).*

Como se vê, o Pretório Excelso consolidou a tese de que a parte final do art. 125, § 4º, da CF/88 - que atribui ao Tribunal competente a tarefa de "decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças" - somente se aplica à perda do cargo como pena acessória dos crimes que a ela couber decidir, sendo possível a perda, por exemplo, sem a intervenção do Tribunal, como sanção aplicada em processo disciplinar.

Nesse sentido, o STF editou a Súmula 673, o que mostra o grau de consolidação, *verbis*:

"O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo".

Ora, se a parte final do art. 125, § 4º, da CF/88 não se aplica nem mesmo à perda da função decorrente de processo disciplinar, com muito mais razão, também não deve ser aplicada quando a perda da patente ou graduação resultar de condenação transitada em julgado na Justiça comum em face das garantias inerentes ao processo judicial, inclusive a possibilidade de recurso até as instâncias superiores, se for o caso.

Não parece haver dúvida, portanto, de que a perda do posto, da patente ou da graduação dos militares pode ser aplicada na Justiça Estadual comum, nos processos sob sua jurisdição, sem afronta ao que dispõe o art. 125, § 4º, da CF/88.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 364

Ante o exposto, *conheço do conflito para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o suscitado*.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília, 10 de junho de 2009. - *Carolina Véras* - Secretária.

(Publicado no *DJ* de 18.06.2009.)

...

Processual civil - Nulidade do acórdão por falta de motivação - Arts. 131, 165 e 458, II, do CPC - Não-ocorrência - Violação do art. 535 do CPC - Deficiência na fundamentação - Súmula 284/STF - Termo *a quo* do prazo para embargos à execução fiscal - Garantia do Juízo mediante penhora - Juntada do mandado - Recurso repetitivo - Art. 543-C do CPC

1. Não há nulidade no julgamento se a fundamentação, embora concisa, for suficiente para a solução da demanda.

2. Não se conhece de Recurso Especial em relação a ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

3. O termo inicial para a oposição dos Embargos à Execução Fiscal é a data da efetiva intimação da penhora, e não a da juntada aos autos do mandado cumprido.

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.416 - MG (2009/0045613-2) - Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Recorrente: Beloaço Indústria e Comércio Ltda. Advogados: Paulo Roberto Coimbra Silva e outros. Recorrida: Fazenda Nacional. Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: "A Seção, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou, oralmente, o Dr. Jardel Meireles Leão, pela recorrente.

Brasília, 27 de maio de 2009(data do julgamento). - *Ministro Herman Benjamin* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

> Processual civil. Execução fiscal. Início da contagem do prazo para oposição de embargos. Art. 16 da Lei n. 6.830/80. Intempestividade.
> 1. É pacífico o entendimento de que o termo *a quo* para a oposição de embargos à execução é a data da efetiva intimação da penhora e não a da juntada aos autos do mandado cumprido. Precedentes do STJ e deste Tribunal.
> 2. Apelação improvida.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados.

A recorrente alega violação dos arts. 131, 165, 241, 458, II, 535 e 748 do CPC.

Sustenta, em síntese (fls. 69-70):

> Nos termos do art. 241 do Código de Processo Civil, o prazo para ajuizamento dos Embargos à Execução Fiscal começa a fluir da data da efetiva juntada aos autos do mandado de penhora cumprido, senão vejamos:
> (...)
> Como se não bastasse, à época da interposição dos Embargos em evidência, vigorava o art. 738 do CPC, com redação dada pela Lei 8.953/94, *verbis*:
> (...)
> Ora, pela análise do dispositivo legal supra colacionado, dúvidas não restam de que o termo a quo para interposição dos Embargos de Devedor se inicia da data da juntada do

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 365

termo de penhora aos autos do processo e não da efetiva intimação conforme quer valer o entendimento equivocado deste Colendo Tribunal.

Contra-razões às fls. 86-89.

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem e encaminhado como representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C, § 1°, do CPC (fl. 92).

Por meio de decisão proferida em 31.3.2009, submeti os autos ao julgamento da Primeira Seção, na forma do art. 543-C do CPC e do art. 2°, § 2°, da Resolução-STJ 8/2008. Determinei, ainda, a abertura de vista ao Ministério Público, a comunicação aos Ministros que compõem a Primeira Seção e aos Presidentes dos Tribunais Estaduais e Regionais (fl. 97).

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento do apelo e, nessa parte, pela sua rejeição (fls. 166-173).

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator) - Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo ao exame do mérito.

A recorrente cita os arts. 131, 165 e 458, II, do CPC, para defender a tese de que a decisão não foi adequadamente fundamentada.

Não procede a irresignação.

A Corte local julgou intempestivos os Embargos à Execução Fiscal, interpretando e aplicando a regra do art. 16, III, da Lei 6.830/1980 (fl. 41):

> Em sede de execução fiscal, a parte executada terá, nos termos do art. 16 da Lei n. 6.830/80, o prazo de trinta dias para oferecer embargos à execução, contados a partir da intimação da penhora.
> Conforme afirmado pelo ilustre magistrado de primeira instância na sentença recorrida, fato este não contestado pela parte embargante, esta foi intimada da penhora em 05 de fevereiro de 2002. Os embargos à execução foram opostos em 1° de abril de 2002 (carimbo de protocolo constante da petição inicial), sendo, portanto, intempestivos.

A decisão, embora concisa, compôs a lide de modo suficiente e satisfatório, razão pela qual não prospera o argumento de deficiência na fundamentação. Nesse sentido:

> Processual civil. Embargos de declaração. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Fundamentação concisa. Nulidade. Inexistência.
> 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
> 2. O Tribunal de origem justificou de modo conciso a não-apreciação das alegações de irregularidades na CDA (excesso de execução, bitributação etc.) sob o argumento de estarem preclusas, porque apresentadas após vencido o prazo para a oposição dos Embargos do Devedor (art. 16, § 2°, da Lei 6.830/1980).
> 3. Inexiste nulidade do julgamento se a fundamentação, embora concisa, for suficiente para a solução da demanda.
> 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 984.367/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/02/2009, *DJe* 19/03/2009)

Em relação ao art. 535 do Código de Processo Civil, a argumentação da recorrente é genérica ("vale ressaltar o máximo rigor desta Corte, diante do deplorável hábito de desprezar os Embargos Declaratórios como precioso instrumento de aperfeiçoamento e até convalidação das decisões judiciais" - fl. 72). Não foi demonstrado, de modo claro e inequívoco, em que medida o acórdão do órgão colegiado foi omisso, ou a questão relevante que deixou de ser apreciada.

A deficiência na fundamentação, quanto a esse ponto, dá ensejo a que seja utilizada, por analogia, a Súmula 284/STF.

Finalmente, quanto ao prazo para a oposição dos Embargos à Execução Fiscal, transcrevo excerto do voto-condutor do acórdão nos aclaratórios (fl. 58):

> O julgado embargado não está obrigado, como quer a recorrente, a se manifestar sobre o art. 738, I, do CPC, tendo em vista que a Lei n. 6.830/80, em seu art. 12, regulou de forma expressa e diversa da prevista naquele Código, o prazo para a oposição de embargos à execução pelo executado, nos casos de execução fiscal, não havendo que se falar, aqui, em aplicação subsidiária do CPC.
> Resta afastada, assim, também, a ofensa ao art. 241 do CPC, pelos mesmos fundamentos.

Em síntese, ficou registrado que, nos processos sujeitos à disciplina da Lei 6.830/1980, conta-se o prazo de trinta dias para oposição dos Embargos à Execução Fiscal, quando a garantia é prestada na modalidade da penhora, a partir da intimação do ato de constrição judicial (art. 16, III). Não se aplicam, em caráter subsidiário, as disposições do Código de Processo Civil, dada a existência de regra própria (art. 1°, *in fine*).

O Tribunal de origem seguiu a orientação pacífica desta Corte, conforme se verifica nos precedentes abaixo:

> Agravo regimental no agravo de instrumento. Embargos à execução rejeitados. Intempestividade.
> 1. O termo inicial do prazo de trinta dias para a oposição dos embargos à execução conta-se a partir da intimação da penhora sobre o percentual da renda bruta diária da executada.
> 2. Contrariedade ao § 1° do art. 16 da LEF. Não-ocorrência. Acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência dominante desta Corte. Incidência da Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 771.476/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 01/03/2007, *DJ* 02/04/2007 p. 239)

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 366

> Processual civil - Embargos à execução fiscal - Contagem do prazo - Art. 184 do CPC.
> 1. Pacificado no âmbito da Primeira Seção que o termo a quo para a oposição de embargos do devedor é a efetiva intimação da penhora e não a juntada aos autos do mandado cumprido.
> 2. Como a contagem dos prazos processuais obedece à regra contida no art. 184 do CPC, exclui-se o dia do começo e computa-se o dia final, prorrogando-se para o primeiro dia útil subseqüente se este recair em dia em que não há expediente forense.
> 3. Embargos à execução intempestivos.
> 4. Recurso especial improvido. (REsp 810.051/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/04/2006, *DJ* 25/05/2006 p. 217)

Assentado, no acórdão atacado, que a intimação da penhora data de 5.2.2002 e que os respectivos Embargos foram ajuizados em 1º de abril de 2002, não merece reforma o entendimento de que estes são intempestivos.

Diante do exposto, conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.

Por se tratar de recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC, determino a adoção das providências relativas à Resolução 8/2008 do STJ, inclusive a comunicação aos Presidentes de todos os TJs e TRFs.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de maio de 2009. - *Carolina Véras* - Secretária.

(Publicado no *DJ* de 09.09.2009.)

...

Tributário - Recurso especial - ICMS - Serviços suplementares ao serviço de comunicação - Atividade-meio - Não incidência - Precedentes jurisprudenciais

1. Os serviços acessórios ou suplementares ao serviço de comunicação, como, *v.g.*, a locação de aparelhos, a manutenção das Estações Rádio-Base, das torres de transmissão, dos *softwares* de gerenciamento e outros serviços similares, têm a função de proporcionar as condições materiais necessárias à implementação do serviço comunicacional, bem como a sua manutenção, não encerrando fatos geradores da incidência do ICMS, porquanto, por si sós, não possibilitam a emissão, transmissão ou recepção de informações, razão pela qual não se enquadram no conceito de serviço comunicacional, mas, antes, ostentam a natureza de atos preparatórios ou posteriores à atividade tributada. (Precedentes: REsp 703695 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 20/09/2005; REsp 622208 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 17/05/2006; REsp 418594 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* 21/03/2005; RMS 11368 - MT, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, *DJ* 09/02/2005).

2. Deveras, apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de habilitação de telefonia móvel celular, ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção firmaram entendimento no sentido da inexigibilidade do tributo, à consideração de que a atividade de habilitação não se incluía na descrição de serviço de telecomunicação constante do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96, por corresponder a "procedimento tipicamente protocolar, (...) cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço", serviços "meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita", "meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação" (RESP 402.047/MG, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2003 e do EDcl no AgRg no RESP 330.130/DF, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 16.11.2004). Adotando-se a linha de orientação traçada nesses julgados, e diante do caráter igualmente acessório ou preparatório à prestação do serviço de telecomunicação propriamente dito, de que se revestem os serviços acessórios ou suplementares ao serviço de comunicação, deve ser reconhecida a inexigibilidade do ICMS sobre esses valores.

3. Nesse mesmo sentido é que a doutrina assenta que:

> a) "o tributo em tela incide sobre a prestação dos serviços de comunicação (atividade-fim); não sobre os atos que a ela conduzem (atividades-meio). A simples disponibilização, para os usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação do serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação";
> b) "a Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não é dado, nem ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam";
> c) "a série de atos que colocam à disposição dos usuários os meios e modos aptos à prestação dos serviços de comunicação é etapa propedêutica, que não deve ser confundida com a própria prestação destes serviços. Não tipificando o

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 367

fato imponível do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência. De outro lado, é importante termos presente que estas atividades-meio são levadas a efeito em benefício da própria pessoa que realiza o serviço. Têm por escopo, apenas, possibilitar as atividades-fim, que, estas sim - aproveitam a terceiros."

4. O Convênio ICMS nº 69/98 dilargou o campo de incidência do ICMS ao incluir em seu âmbito as atividades-meio ao serviço de comunicação, sendo certo que referida inclusão não tem respaldo em Lei Complementar, forma exclusiva de normação do *thema iudicandum*.

5. Destarte, em recente jurisprudência:

> Recurso especial. Tributário. ICMS. Convênio 69/98. Serviço de instalação de linha telefônica fixa. Serviço intermediário ao serviço de telecomunicação. Lei Kandir. Lei das Telecomunicações. Não-incidência de ICMS. Inexistência de lei. Impossibilidade de previsão pelo convênio. Recurso especial interposto apenas pela Fazenda Estadual. Decisão conforme a jurisprudência desta Corte. *Reformatio in pejus* indevida. Recurso especial desprovido.
> 1. Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.
> 2. Os serviços de instalação de linha telefônica fixa não são considerados serviços de comunicação propriamente ditos, nos termos da Lei Kandir e da Lei Geral de Telecomunicações, mas serviços de natureza intermediária. Não deve, portanto, incidir ICMS sobre essa atividade, pois não há previsão legal nesse sentido, existindo apenas o Convênio 69/98 que disciplina a matéria, no entanto, de forma indevida.
> 3. É inviável reformar o acórdão recorrido a favor da parte que não interpôs recurso especial, a fim de que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, seja considerada indevida a incidência de ICMS sobre os serviços de instalação de telefone fixo, pois, na espécie, estar-se-ia promovendo *reformatio in pejus* contra a parte recorrente.
> 4. Se apenas uma das partes interpõe recurso especial, é vedado ao Tribunal agravar sua situação.
> 5. Recurso especial desprovido. (REsp 601.056/BA, Rel. Min. Denise Arruda, *DJ* de 03.04.2006.)

> Processual civil e tributário. Art. 1º da Lei nº 1.533/51. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. ICMS. Telefonia móvel celular. Atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação. Convênio nº 69/98, cláusula primeira. ilegalidade.
> (*omissis*)
> 2. As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como "serviço de telecomunicação" propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS. Não tem amparo, portanto, na Lei Complementar nº 87/96 a cláusula primeira do Convênio nº 69/98, que inclui as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS-comunicação. Precedentes.
> 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido. (REsp 622208 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 17/05/2006)

6. A analogia instituidora de tributo é vedada pelo art. 108, § 1º, do CTN, o que ocorreria *in casu* se admitido o enquadramento das atividades *sub judice* na hipótese de incidência do ICMS.

7. *Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*, por isso que eventual analogia é apenas instrumento de integração da legislação tributária, consoante dispõe o art. 108, § 1º do CTN, razão pela qual só deve ser utilizada para preencher as lacunas da norma jurídica. *In casu*, a analogia restou utilizada para inclusão dos serviços suplementares ao serviço de comunicação no âmbito de incidência do ICMS, invadindo, inexoravelmente, o terreno do princípio da legalidade ou da reserva legal que, em sede de direito tributário, preconiza que o tributo só pode ser criado ou aumentado por lei.

8. É cediço que o aplicador da lei deve aferir o alcance da lei através de todos os métodos aplicáveis à ciência jurídica e, *a fortiori*, ao Direito Tributário, consoante as lições inesquecíveis de Amílcar Falcão, *verbis*:

> Problema diferente é o da analogia, que muitos autores apresentam como processo de interpretação.
> Não parecem estar com a razão os que assim pensam.
> A analogia é meio de integração da ordem jurídica, através do qual, formulando raciocínios indutivos com base num dispositivo legal (analogia *legis*), ou em um conjunto de normas ou dispositivos legais combinados (analogia *juris*), se preenche a lacuna existente em determinada lei. Nesse caso, há criação de direito, ainda que o processo criador esteja vinculado à norma ou às normas preexistentes levadas em consideração.
> Já agora, em homenagem ao princípio da legalidade dos tributos, cabe excluir a aplicação analógica da lei, toda vez que dela resulte a criação de um débito tributário.
> A não ser nesse particular, o processo analógico é tão plausível em direito tributário quanto em qualquer outra disciplina, ressalvado, eventualmente, como em todos os demais ramos jurídicos, algum preceito de direito excepcional. (Amílcar Falcão. *Introdução ao Direito Tributário*. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 64-65)

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 368

9. Consectariamente, a cobrança de ICMS sobre os serviços suplementares ao serviço de comunicação viola o princípio da tipicidade tributária, segundo o qual o tributo só pode ser exigido quando todos os elementos da norma jurídica - hipótese de incidência, sujeito ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas - estão contidos na lei.

10. Precedentes jurisprudenciais: EDRESP 389403/RS, desta relatoria, *DJ* de 17.02.2003; RESP 401698 / ES, Relator p/ Acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 09.06.2003; AG 428.339/GO, desta relatoria, *DJ* de 19.04.2002; REsp 601.056/BA, Rel. Min. Denise Arruda, *DJ* de 03.04.2006).

11. Acrescente-se que, em relação ao ICMS, sob a égide da CF/88, antes da LC 87/96, entendeu o STF que o Convênio do ICMS 66/88 era instrumento normativo provisório, sucedâneo da lei complementar exigida pela Constituição em seu art. 146, III, "a", nos termos do art. 34, § 8º, do ADCT/98. Conseqüentemente, após esse período, o campo do convênio não se confunde com o da Lei Complementar mas, antes, a ela deve subsumir-se, reservando-se a esses atos normativos secundários, as estratégias que evitem o confronto fiscal entre os Estados, como revela a vontade constitucional, fator influente na exegese, no dizer de Peter Häberle, segundo o qual a Constituição tem uma vontade, que é a vontade constitucional, e qualquer interpretação de norma jurídica tem que partir, necessariamente, desse escape constitucional e de seus princípios.

12. Assenta-se, por fim, escapar à competência do E. STJ averiguar os serviços propriamente ditos que se encaixam no conceito pressuposto de comunicação, por que a isso equivaleria a análise fática, vedada pela Súmula 07 do STJ.

13. Recurso especial da empresa provido. Recurso especial da Fazenda Estadual conhecido, porém, prejudicado.

RECURSO ESPECIAL Nº 760.230-MG - Relator: MINISTRO LUIZ FUX

Recorrente: Unicall Telecomunicações Ltda. Advogada: Sacha Calmon Navarro Coelho e outros. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Procurador: Célio Lopes Kalume e outros. Recorridos: Os mesmos.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido parcialmente o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, dar provimento ao recurso especial da empresa Unicall Telecomunicações Ltda. e julgar prejudicado o recurso especial da Fazenda Pública Estadual, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, José Delgado e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves (RISTJ, art. 162, § 2º).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 27 de maio de 2009 (data do julgamento). *Ministro Luiz Fux* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator) - Tratam-se de Recursos Especiais interpostos por Unicall Telecomunicações Ltda. e pelo Estado de Minas Gerais, o primeiro, com fulcro nas alíneas "a" e "b", e o segundo, nas alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que restou assim ementado:

> Execução fiscal - Embargos - ICMS - fato gerador - serviços de comunicação - prestação onerosa - artigo 155, da cf/88 - lei complementar n.º 87/96 - Incidência - Valor da causa - Débito fiscal - Honorários advocatícios - Artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC . O ICMS tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias, à prestação do serviço de transporte interestadual e intermunicipal, e à prestação de serviços de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (LC 87/96, art. 2º).
> Incide o ICMS nos serviços suplementares de comunicação, vez que a simples colocação à disposição do usuário de meios aptos à transmissão e recepção de mensagens já caracteriza o serviço de comunicação tributável.
> O valor dado à causa nos embargos de devedor onde se pretende desconstituir o débito fiscal em sua totalidade, deve ser o mesmo da execução. O Juiz que julga improcedentes os embargos de devedor pode arbitrar os honorários advocatícios pautado no parágrafo 4º, do artigo 20, do CPC, não estando limitado aos percentuais máximo e mínimo previstos no parágrafo 3º do mesmo artigo, desde que o valor fixado não seja irrisório.

Noticiam os autos que a empresa Unicall Telecomunicações, prestadora de Serviço Móvel Especializado - Trunking, ajuizou ação de embargos à execução fiscal, objetivando a desconstituição de débito tributário advindo do não-recolhimento de ICMS sobre os serviços suplementares de comunicação (locação de aparelhos, manutenção das Estações Rádio-Base, das torres de transmissão, dos softwares de gerenciamento e outros serviços similares), porquanto não estariam estes incluídos nos serviços de comunicação, configurando, ao revés, atividade-meio, que não comporia a base de cálculo da exação.

O Juiz Singular julgou improcedentes os embargos e acolheu a impugnação do valor da causa.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 369

A Sexta Câmara Cível do TJ/MG, por maioria, vencido o revisor, rejeitou a preliminar e negou provimento aos recursos de apelação, nos termos da ementa retro-transcrita.

Irresignadas, ambas as partes intentaram recurso especial.

A empresa sustentou, em síntese, que o acórdão hostilizado contrariou os arts. 61, caput e § 1º da Lei nº 9.472/97; 2º, da LC 87/96; e 110, do CTN, bem como, no tocante à alínea "b", do permissivo constitucional, declarou válido o art. 44, § 4º, do RICMS/96 de Minas Gerais - que determina a incidência do ICMS sobre as atividades-meio. Requereu o provimento dos embargos à execução fiscal, com a conseqüente extinção do crédito tributário proveniente da tributação dos serviços suplementares prestados pelo ICMS. O recurso recebeu crivo positivo de admissibilidade na instância de origem.

A Fazenda Estadual alegou violação do art. 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil, bem assim a existência de dissídio jurisprudencial. Sustentou que a fixação da verba honorária em 1% da totalidade econômica envolvida na discussão trazida a juízo (valor do débito) seria desproporcional em relação ao benefício patrimonial pretendido com a ação (expresso pelo valor da causa), devendo ser este o parâmetro para determinação da verba sucumbencial. Requereu a fixação da referida verba em, no mínimo, 5% sobre o valor da causa. O apelo recebeu crivo negativo de admissibilidade no Tribunal a quo, tendo subido a este Sodalício em virtude de decisão desta relatoria, que deu provimento ao agravo de instrumento interposto.

Foram apresentadas contra-razões a ambos os recursos.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso especial da empresa Unicall Telecomunicações Ltda, uma vez que a matéria federal restou devidamente prequestionada.

Cinge-se a questão controvertida no referido apelo à impossibilidade de incidência do ICMS sobre serviços suplementares de comunicação, tais como locação de aparelhos, manutenção das Estações Rádio-Base, das torres de transmissão, dos softwares de gerenciamento e outros serviços similares.

Verifica-se que a empresa recorrente é prestadora de Serviço Móvel Especializado, conhecido como Trunking, que consubstancia serviço de comunicação por aparelhos de rádio em faixas de freqüência concedidas pela Anatel e com conexão permitida aos sistemas públicos de telefonia. Além dessa atividade-fim, em virtude da qual é contribuinte do ICMS, presta também outros serviços, de natureza suplementar, cuja finalidade é proporcionar as condições materiais necessárias à implementação do serviço comunicacional, bem assim a sua manutenção.

A Carta Magna, em seu art. 155, inciso II, prevê o ICMS sobre prestação de serviços de comunicação.

A Lei Complementar 87/96, ao explicitar o comando constitucional, definindo os critérios material e temporal do ICMS sobre serviços de comunicação, estabelece que, *verbis*:

> Art. 2º. O imposto incide sobre:
> (...)
> III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;
> (...)
> Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:
> (...)
> VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Nesse diapasão, dessume-se, dos supra-transcritos dispositivos legais, que o serviço de comunicação relevante juridicamente para fins de tributação pelo ICMS é aquele decorrente de um contrato oneroso de prestação de serviço, do qual resulte efetivamente uma relação comunicativa entre emissor e receptor da mensagem.

Destarte, não se inserem no âmbito de incidência do ICMS serviços acessórios ou suplementares, cuja função é a de proporcionar as condições materiais necessárias à implementação do serviço comunicacional, bem assim a sua manutenção. Os atos de locação de aparelhos, manutenção das Estações Rádio-Base, das torres de transmissão, dos softwares de gerenciamento e outros serviços similares, por si só, não representam efetiva comunicação, ostentando a natureza de meros atos preparatórios ou posteriores à atividade tributada.

Na mesma esteira, segue o entendimento do professor ROQUE ANTONIO CARRAZZA, que, analisando os atos de fornecimento e manutenção dos meios necessários à execução do serviço de comunicação, não os identifica como hipótese de incidência da exação *sub examine*:

> Estamos percebendo que só quando o destinatário assume papel ativo, contratando a prestação do serviço de comunicação e dele fruindo, por meio do recebimento e do envio de mensagens a terceiro (que não o próprio prestador), é que o ICMS pode incidir. O que se tributa é a execução do serviço, e não, simplesmente, sua estipulação.
> Esta oração uma vez mais exterioriza nosso juízo no sentido de que o ICMS só pode incidir quando efetivamente ocorre

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 370

a prestação onerosa do serviço de comunicação. E esta só se dá quando, estabelecida a relação comunicativa, há, entre pelo menos duas pessoas (diversas do prestador do serviço), efetiva transmissão de idéias, pensamentos ou intenções.

Portanto, se não há comunicação (ou se esta se dá fora do alcance das leis brasileiras, como no caso da telecomunicação internacional) não há incidência possível de ICMS.

O que estamos querendo remarcar é que o tributo em tela incide sobre a prestação dos serviços de comunicação (atividade-fim); não sobre os atos que a ela conduzem (atividades-meio). A simples disponibilização, para os usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação do serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação.

Deveras, na medida em que a Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não é dado, nem ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam.

Expliquemo-nos melhor.

Consoante já adiantamos, a série de atos que colocam à disposição dos usuários os meios e modos aptos à prestação dos serviços de comunicação é etapa propedêutica, que não deve ser confundida com a própria prestação destes serviços. Não tipificando o fato imponível do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência.

De outro lado, é importante termos presente que estas atividades-meio são levadas a efeito em benefício da própria pessoa que realiza o serviço. Têm por escopo, apenas, possibilitar as atividades-fim, que, estas sim - aproveitam a terceiros.

Em sede pátria, a doutrina especializada e a jurisprudência convergem ao afirmar a não incidência do ICMS sobre a atividade-meio, consoante depreende-se dos seguintes precedentes:

> Tributário. Incidência de ICMS sobre habilitação de aparelho de telefonia celular. Inocorrência. Precedentes desta Corte. Processual civil. Ação cautelar. Caução para suspensão da exigibilidade de crédito fiscal. Possibilidade. Violação ao art. 535, II, do CPC. Expressa manifestação do Tribunal *a quo* sobre o *thema iudicandum*.
>
> 1. Inocorrência de violação ao art. 535, II, do CPC, porquanto o Tribunal *a quo*, ainda que de forma sucinta, tratou da questão da incidência de ICMS sobre a habilitação de telefones móveis, ao afirmar que a cobrança do ICMS sobre serviço de habilitação de telefonia móvel celular, tem apoio legal, nos termos do artigo 155, I , "b", da Constituição Federal, Lei Estadual 8.933/89 e no convênio ICMS nº 69/98 - Confaz .
>
> 2. É cediço que o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos expostos pelas partes, desde de que a decisão por ele proferida esteja devidamente fundamentada (precedentes: AgRg no Resp 593939 - SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, publicado no DJ em 31 de maio de 2004, AgRg no Resp. 676448 - SP, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, publicado no *DJ* em 16 de maio de 2005, Resp 703658 - MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, publicado no *DJ* em 09 de maio de 2005.
>
> 3. A Corte assentou o entendimento de que não incide ICMS sobre a habilitação de telefone móvel celular, posto ato pelo qual se possibilita a efetiva prestação do serviço. Destarte, depreende-se da leitura do III, art. 2º, da Lei Complementar 87/96 que o ICMS possui campo de incidência somente sobre os serviços de comunicação, propriamente ditos.
>
> 4. O Convênio ICMS nº 69/98, dilargou o campo de incidência do ICMS quando incluiu em sua cláusula primeira o serviço de habilitação, sendo certo que só poderia tê-lo feito por meio de Lei Complementar. Na verdade, como exposto pela Recorrente às fls. 62, não há Lei que determine a incidência do ICMS sobre a habilitação telefônica (precedentes: Resp 525788 - DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, publicado no *DJ* em 23 de maio de 2005, Resp 596.812 - PR, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, publicado no *DJ* em 14 de fevereiro de 2005, RMS 11368 - MT, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, publicado no *DJ* em 09 de fevereiro de 2005.
>
> 5. A incidência de ICMS nas habilitações de telefone móvel já foi pacificada por esta Corte de forma favorável à pretensão da recorrente, revelando o *fumus boni iuris*, de forma a inexistir óbice para concessão da ordem liminar pleiteada, no sentido da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.
>
> 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 703695 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 20/09/2005)

> Processual civil e tributário. Art. 1º da Lei n.º 1.533/51. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. ICMS. Telefonia móvel celular. Atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação. Convênio n.º 69/98, cláusula primeira. Ilegalidade.
>
> 1. A alegação de ofensa ao artigo 1º da Lei n.º 1.533/51, ante a inexistência de direito líquido e certo da impetrante demandaria o reexame de matéria probatória, o que é vedado na via especial, ante o disposto na Súmula 7/STJ.
>
> 2. As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como "serviço de telecomunicação" propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS. Não tem amparo, portanto, na Lei Complementar n.º 87/96 a cláusula primeira do Convênio n.º 69/98, que inclui as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS-comunicação. Precedentes.
>
> 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido. (REsp 622208 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 17/05/2006)

> Tributário. ICMS. Televisão a cabo. Lei Complementar 87/96, art. 2º, II. Lei 8.977/95, arts. 2º e 5º. Incidência. Taxa de adesão. Não-incidência.
>
> 1. O art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96 dispõe que o ICMS incide sobre "(...) III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza".
>
> 2. O serviço de TV a cabo consiste, por expressa disposição normativa (Lei 8.977/95, artigos 2º e 5º), em serviço de comunicação (da espécie de "telecomunicação"), prestado por operadora, que, utilizando um conjunto de equipamentos, instalações e redes, de sua propriedade ou não, viabiliza a recepção, o processamento, a geração e a distribuição aos assinantes de programação e de sinais próprios ou de terceiros. A prestação onerosa desse serviço caracteriza hipótese de incidência do ICMS.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 371

3. Apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de habilitação de telefonia móvel celular, ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção firmaram entendimento no sentido da inexigibilidade do tributo, à consideração de que a atividade de habilitação não se incluía na descrição de serviço de telecomunicação constante do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96, por corresponder a "procedimento tipicamente protocolar, (...) cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço", serviços "meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita", "meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação" (REsp 402.047/MG, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 09.12.2003 e do EDcl no AgRg no REsp 330.130/DF, 2ª Turma, Min. Castro Meira, *DJ* de 16.11.2004).

4. Adotando-se a linha de orientação traçada nesses julgados, e diante do caráter igualmente acessório ou preparatório à prestação do serviço de telecomunicação propriamente dito de que se revestem as atividades remuneradas pela taxa de adesão da televisão a cabo, deve ser reconhecida a inexigibilidade do ICMS sobre esses valores.

5. Recursos especiais a que se nega provimento. (REsp 418594 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* 21/03/2005)

Tributário. ICMS. Incidência sobre a habilitação de telefones celulares. Impossibilidade. Atividade que não se constitui em serviço de telecomunicações. Analogia extensiva. Exigência de tributo sobre fato gerador não previsto em lei. Proibição. Art. 108, § 1°, do CTN.

I - No ato de habilitação de aparelho móvel celular inocorre qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações.

II - O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

III - O Convênio ICMS n° 69/98, ao determinar a incidência do ICMS sobre a habilitação de aparelho móvel celular, empreendeu verdadeira analogia extensiva do âmbito material de incidência do tributo, em flagrante violação ao art. 108, § 1° do CTN.

IV - Recurso Ordinário provido (RMS 11368 - MT, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, publicado no *DJ* em 09 de fevereiro de 2005).

Apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de instalação de linha telefônica fixa, a 1ª Turma, no julgamento do RESP 601056, de relatoria da e. Ministra Denise Arruda, firmou entendimento no sentido da inexigibilidade do tributo. Extrai-se do voto condutor a seguinte fundamentação, *verbis*:

(...)

Este Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de analisar o conteúdo desse convênio, concluindo, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1°, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.

Cabe mencionar os precedentes que deram base à orientação de que o ICMS não deve incidir sobre os serviços meramente preparatórios da atividade de comunicação, *in verbis*:

'Tributário - ICMS - 'Serviços de comunicação' - Conceito - Incidência - Ampliação da base de cálculo - Cláusula primeira do Convênio 69/98.

1. Há 'serviço de comunicação' quando um terceiro, mediante prestação negocial-onerosa, mantém interlocutores (emissor/receptor) em contato 'por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza'. Os meios necessários à consecução deste fim não estão ao alcance da incidência do ICMS-comunicação.

2. A hipótese de incidência do ICMS-comunicação (LC 87/96; art. 2º, III) não permite a exigência do tributo com relação a atividades meramente preparatórias ao 'serviço de comunicação' propriamente dito, como são aquelas constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

3. No Direito Tributário, em homenagem ao Princípio da Tipicidade Fechada, a interpretação sempre deve ser estrita, tanto para a concessão de benefícios fiscais, quanto para exigência de tributos. À míngua de Lei não é lícita a dilatação da base de cálculo do ICMS-comunicação implementada pelo Convênio ICMS 69/98 (art. 97, § 1°, do CTN).

4. Recurso provido.' (REsp 402.047/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 9.12.2003)

'Tributário. ICMS. Incidência sobre a habilitação de telefones celulares. Impossibilidade. Atividade que não se constitui em serviço de telecomunicações. Analogia extensiva. Exigência de tributo sobre fato gerador não previsto em lei. Proibição. art. 108, § 1°, do CTN.

I - No ato de habilitação de aparelho móvel celular inocorre qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações.

II - O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

III - O Convênio ICMS n° 69/98, ao determinar a incidência do ICMS sobre a habilitação de aparelho móvel celular, empreendeu verdadeira analogia extensiva do âmbito material de incidência do tributo, em flagrante violação ao art. 108, § 1° do CTN.

IV - Recurso Ordinário provido.' (RMS 11.368/MT, 1ª Seção, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* de 9.2.2005)

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 372

'Tributário. ICMS. Telefonia móvel celular. Serviço de habilitação. Não-incidência.
1. A atividade de habilitação de telefone móvel celular não se enquadra no conceito de serviço de telecomunicação do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96 para fins de incidência de ICMS, sendo ilegítima a inserção dos valores pagos a esse título na base de cálculo do tributo, como o fez o Convênio ICMS 69/98. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção.
2. Recurso especial provido.' (REsp 596.812/RR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 14.2.2005)

Saliente-se, outrossim, que a Segunda Turma, no julgamento dos EDcl no AgRg no REsp 330.130/DF, de relatoria do Ministro Castro Meira (DJ de 16.11.2004), analisando a controvérsia, decidiu no sentido da não-incidência de ICMS sobre os serviços de habilitação de telefonia móvel celular, seguindo o entendimento constante do voto-vista do Ministro João Otávio de Noronha. Senão vejamos:

'Com base nessas constatações, conheço do recurso, passando desde já ao exame da questão de fundo, que consiste em se averiguar a legitimidade da cobrança da exação sobre o procedimento de 'habilitação', nos moldes em que instituída pelo Convênio ICMS n. 69/98, firmado no âmbito do Confaz.

Para tanto, faz-se necessário indagar em que medida o procedimento de 'habilitação' há de ser visto ou entendido como 'serviço de telecomunicação'.

Dispõe o art. 2º da Lei Complementar n. 87/96 (Lei Kandir):

'Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;'

Por seu turno, o art. 60 da Lei n. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações) assim prescreve:

'Art. 60 - Serviço de Telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º - Telecomunicação é transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º - *omissis*.'

Da análise conjugada dos citados preceptivos legais afere-se que o procedimento de 'habilitação' do usuário aos serviços de telefonia móvel somente representaria fato passível de ensejar a tributação do ICMS nos termos previstos no art. 2º, inciso III, da LC n. 87/96 – e, desse modo, capaz de legitimar a regra estampada no Convênio do Confaz –, se inserido no conceito de 'serviço de telecomunicação' ditado pelo art. 60, § 1º, da LGT.

Não vejo, sinceramente, como acolher a tese de que um procedimento tipicamente protocolar como é o de 'habilitação' do usuário, cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço, possa ser considerado atividade-fim, sem a qual restariam inviabilizados os serviços de telecomunicações.

A propósito do tema, o Ministro Humberto Gomes de Barros, ao relatar o Recurso Especial n. 402.047/MG (DJ de 9/12/2003), bem esclarece que 'há 'serviço de comunicação' quando um terceiro, mediante prestação negocial-onerosa, mantém interlocutores (emissor/receptor) em contato 'por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza'. Os meios necessários à consecução deste fim não estão ao alcance da incidência do ICMS-comunicação'. Mais adiante, complementa: 'A hipótese de incidência do ICMS-comunicação (LC 87/96; art. 2º, III) não permite a exigência do tributo com relação a atividades meramente preparatórias ao 'serviço de comunicação' propriamente dito, como são aquelas constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98. Tais serviços configuram, apenas, meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação. Assim, estão fora da incidência tributária do ICMS.'

Também é digna de registro a premissa que norteou o voto da Ministra Eliana Calmon no Recurso Especial n. 456.650/PR (em que se questionava a incidência do ICMS sobre serviços de provedores de internet), do seguinte teor: 'serviços de comunicação, para fins de ICMS, são serviços de transmissão de mensagens entre pessoas, por determinado veículo, a título oneroso'.

Note-se, por fim, que partiu do próprio ente estatal encarregado da fiscalização e regulamentação do setor de telecomunicações – a Agência Nacional de Telecomunicações – a iniciativa de, ciente dos naturais equívocos do Fisco quanto à interpretação da norma do art. 60 da Lei n. 9.472/97, balizar o conceito ali inserido, o que se deu por meio da edição da Resolução ANATEL n. 73, de 25/11/98, que, ao aprovar o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, excluiu expressamente a 'habilitação' do rol de procedimentos passíveis de configurar 'serviço de telecomunicação'. Confira-se o disposto no art. 3º do indigitado diploma regulamentador:

'Art. 3º - Não constituem serviços de telecomunicações:

I - *omissis*;

II - a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações;

III - *omissis*.'

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração para, conferindo-lhes o almejado efeito modificativo, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento de modo a excluir do campo de incidência do ICMS o procedimento de 'habilitação' nos serviços de telefonia móvel.'

(...)

É certo que a jurisprudência desta Corte tem perfilhado a questão da não-incidência de ICMS sobre os serviços intermediários de comunicação mais em relação à habilitação de aparelho de telefonia celular. No entanto, o mesmo entendimento consagrado nos julgados mencionados pode ser estendido ao caso dos autos, que se refere a serviço de instalação de linha telefônica fixa, na medida em que, também nessa hipótese, trata-se de atividade-meio do serviço de comunicação, que é a atividade-fim. Desse modo, somente em relação a este deve incidir ICMS, e não sobre aquele, porquanto não há previsão legal que possibilite a exigência da referida exação em relação à atividade de instalação de telefone.

Sob esse prisma, é importante mencionar os seguintes entendimentos doutrinários:

'(...)

Evidente que apenas as efetivas prestações de serviços (comunicações realizadas) é que constituem fatos geradores do ICMS, sendo remuneradas por tarifas, (...)

Os atos de habilitação, cadastro de usuários e equipamentos, ativação, instalação de terminais, desligamento do aparelho; locação; fornecimento de listas telefônicas e transferência de titularidade, que - embora importantes para regular execução dos serviços - por si só, não representam efetiva comunicação, uma vez que concernem a meros atos preparatórios ou posteriores à atividade tributada.' (MELO,

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 373

> José Eduardo Soares de. *ICMS - Teoria e Prática*. 8ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 143)
> 'De fato, como já adiantamos, a habilitação do aparelho telefônico (tanto quanto a transferência de titularidade da assinatura) é simplesmente uma medida preparatória para que o serviço de comunicação possa - agora, sim - ser prestado. Nela não há qualquer transmissão de mensagem. Tampouco recebimento. Em linguagem leiga, a habilitação simplesmente liga o aparelho, para que, por intermédio dele, venha prestado o serviço específico. Ou, se quisermos, viabiliza o acesso do usuário potencial ao denominado 'sistema móvel celular'. Nesta medida, não pode ser alvo de ICMS.
> (...)
> Segue-se, portanto, que não pode integrar a base de cálculo do ICMS em tela, que é, como vimos, o preço do serviço de comunicação efetivamente prestado.
> (...)
> Remarcamos, por oportuno, que, no caso, está-se simplesmente colocando à disposição dos usuários o aparato para que ocorra a prestação do serviço de comunicação por meio de telefonia celular móvel.
> Hugo de Brito Machado, com a extraordinária didática que o caracteriza, estabeleceu uma oportuna analogia entre a habilitação de celular e a aquisição de ingresso para espetáculo esportivo. Numa de suas conferências, a que assistimos, observou o mestre que em ambos os casos está-se diante de condições de acesso a determinado serviço (respectivamente, ao serviço de comunicação e ao serviço de diversões públicas), mas não diante do próprio serviço. Não há como, pois, tributá-los, seja isoladamente, seja como parte do próprio serviço: isoladamente, porque não tipificam serviço algum; em conjunto com o serviço que viabilizam, porque dele não fazem parte.' (CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 177/178)
> Assim, conclui-se que os serviços de instalação de linha telefônica fixa não são considerados serviços de comunicação propriamente ditos, nos termos da Lei Kandir e da LGT, mas serviços de natureza intermediária. Não deve, portanto, incidir ICMS sobre essa atividade, pois não há previsão legal nesse sentido, existindo apenas o Convênio 69/98 a disciplinar a matéria, no entanto, de forma indevida.

Consectariamente, verifica-se que o Fisco exigiu da empresa recorrente créditos de ICMS sobre receitas oriundas de atividades alheias à hipótese de incidência do ICMS-Comunicação, fundando sua pretensão em normas espelhadas no Convênio ICMS nº 69/98, o qual dilargou o campo de incidência do ICMS, para incluir atividades-meio ao serviço de comunicação, sendo certo que referida inclusão não tem respaldo em Lei Complementar, forma exclusiva de normação do *thema iudicandum*. .

O enquadramento dessas atividades na hipótese de incidência do ICMS implicaria analogia instituidora de tributo, vedado pelo art. 108, § 1°, do CTN.

Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio, por isso que eventual analogia é apenas instrumento de integração da legislação tributária, consoante dispõe o art. 108, § 1° do CTN. Por isso que só deve ser utilizada para preencher as lacunas da norma jurídica. *In casu*, a analogia restou utilizada para a inclusão dos serviços suplementares ao serviço de comunicação no âmbito de incidência do ICMS, invadindo, inexoravelmente, o terreno do princípio da legalidade ou da reserva legal que, em sede de direito tributário, preconiza que o tributo só pode ser criado ou aumentado por lei.

Lavrando lições inesquecíveis, Amílcar Falcão sugeria ao aplicador buscar o alcance da lei através de todos os métodos aplicáveis à ciência jurídica e, *a fortiori*, ao Direito Tributário, com as seguintes passagens:

> Problema diferente é o da analogia, que muitos autores apresentam como processo de interpretação.
> Não parecem estar com a razão os que assim pensam.
> A analogia é meio de integração da ordem jurídica, através do qual, formulando raciocínios indutivos com base num dispositivo legal (analogia *legis*), ou em um conjunto de normas ou dispositivos legais combinados (analogia *juris*), se preenche a lacuna existente em determinada lei. Nesse caso, há criação de direito, ainda que o processo criador esteja vinculado à norma ou às normas preexistentes levadas em consideração.
> Já agora, em homenagem ao princípio da legalidade dos tributos, cabe excluir a aplicação analógica da lei, toda vez que dela resulte a criação de um débito tributário.
> A não ser nesse particular, o processo analógico é tão plausível em direito tributário quanto em qualquer outra disciplina, ressalvado, eventualmente, como em todos os demais ramos jurídicos, algum preceito de direito excepcional. (Amílcar Falcão. *Introdução ao Direito Tributário*. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 64-65)

A cobrança de ICMS sobre serviços suplementares ao de comunicação viola o princípio da tipicidade tributária, segundo o qual o tributo só pode ser exigido quando todos os elementos da norma jurídica - hipótese de incidência, sujeito ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas - estão contidos na lei.

De outra parte, é assente no Direito Tributário o princípio da reserva legal ou da tipicidade fechada que impede a analogia que inaugura tributo. Nesse sentido confiram-se, à guisa de exemplo, julgados desta Corte, *verbis*:

> Processo civil. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Imposto de renda retido na fonte. Correção monetária. Analogia. Impossibilidade. Reserva legal.
> 1. Revela-se inviável a pretendida interpretação analógica do art. 5° do Decreto-lei 2.354/87, no sentido de corrigir monetariamente o valor retido do imposto de renda decorrente de aplicações financeiras, uma vez que na esteira da construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, exige-se lei que determine tal correção, vedando-se o uso de analogia. Ausência de omissão no julgado embargado.
> 2. Embargos de declaração rejeitados. (EDRESP 389403/RS, desta relatoria, *DJ* de 17.02.2003)

> Tributário. ISS. Serviços de manobra e de remoção. Nulidade da CDA. Ocorrência.
> 1. A lista de serviços é números *clausus* inadmitindo interpretação por analogia, como fez o Município para cobrar o

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 374

ISS da recorrente, em flagrante violação ao princípio da legalidade tributária.
2. Recurso especial conhecido e provido por maioria. (REsp 401698 / ES ; Relator Min. Paulo Medina, Relator p/ Acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 09.06.2003)

Tributário. Incidência. ISS. Lista de serviços bancários anexa ao Decreto-lei 406/68. Impossiblidade. Analogia.
1. A lista de serviços bancários que acompanha o Decreto-lei nº 406/68, com as alterações do Decreto-lei nº 834/69 é exaustiva e não exemplificativa, não admitindo a analogia, objetivando alcançar hipóteses de incidência diversas das ali consignadas.
2. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (AG 428.339/GO, desta relatoria, *DJ* de 19.04.2002)

Recurso especial. Tributário. ICMS. Convênio 69/98. Serviço de instalação de linha telefônica fixa. Serviço intermediário ao serviço de telecomunicação. Lei Kandir. Lei das Telecomunicações. Não-incidência de ICMS. Inexistência de lei. Impossibilidade de previsão pelo convênio. Recurso especial interposto apenas pela Fazenda Estadual. Decisão conforme a jurisprudência desta Corte. *Reformatio in pejus* indevida. Recurso especial desprovido.
1. Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.
2. Os serviços de instalação de linha telefônica fixa não são considerados serviços de comunicação propriamente ditos, nos termos da Lei Kandir e da Lei Geral de Telecomunicações, mas serviços de natureza intermediária. Não deve, portanto, incidir ICMS sobre essa atividade, pois não há previsão legal nesse sentido, existindo apenas o Convênio 69/98 que disciplina a matéria, no entanto, de forma indevida.
3. É inviável reformar o acórdão recorrido a favor da parte que não interpôs recurso especial, a fim de que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, seja considerada indevida a incidência de ICMS sobre os serviços de instalação de telefone fixo, pois, na espécie, estar-se-ia promovendo *reformatio in pejus* contra a parte recorrente.
4. Se apenas uma das partes interpõe recurso especial, é vedado ao Tribunal agravar sua situação.
5. Recurso especial desprovido. (REsp 601.056/BA, Rel. Min. Denise Arruda, *DJ* de 03.04.2006)

Acrescente-se que, em relação ao ICMS, sob a égide da CF/88, antes da LC 87/96, entendeu o STF que o Convênio do ICMS 66/88 era instrumento normativo provisório, sucedâneo da lei complementar exigida pela Constituição em seu art. 146, III, "a", nos termos do art. 34, § 8º, do ADCT/98. Conseqüentemente, após esse período, o campo do convênio não se confunde com o da Lei Complementar, mas, antes, a ela deve subsumir-se, reservando-se a esses atos normativos secundários, as estratégias que evitem o confronto fiscal entre os Estados, como revela a vontade constitucional, fator influente na exegese, no dizer de Peter Häberle, segundo o qual a Constituição tem uma vontade, que é a vontade constitucional, e qualquer interpretação de norma jurídica tem que partir, necessariamente, desse escape constitucional e de seus princípios.

Assenta-se, por fim, escapar à competência do E. STJ averiguar os serviços propriamente ditos que se encaixam no conceito pressuposto de comunicação, por que a isso equivaleria a análise fática, vedada pela Súmula 07 do STJ.

No tocante ao recurso especial da Fazenda, versando tão-somente acerca da majoração da verba sucumbencial para, no mínimo 5% do valor da causa, tendo em vista a procedência integral do pedido da empresa recorrente/recorrida, implicando a inversão dos ônus de sucumbência, verifica-se a superveniente perda do seu objeto, razão pela qual não merece conhecimento.

Ex positis, dou provimento ao recurso especial da empresa, invertendo-se o ônus da sucumbência, e conheço do recurso especial da Fazenda Estadual, julgando-o, porém, prejudicado.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso especial da empresa e julgando prejudicado o recurso especial do Estado de Minas Gerais (Fazenda Pública Estadual), no que foi acompanhado pelo voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, pediu vista o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki."

Aguardam os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, José Delgado e Eliana Calmon.

Brasília, 28 de fevereiro de 2007. - *Carolina Véras* - Secretária.

Voto-vista

TRIBUTÁRIO. ICMS-COMUNICAÇÃO. SERVIÇOS DE RADIOCOMUNICAÇÃO. HABILITAÇÃO E LOCAÇÃO

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 375

DOS APARELHOS DE RÁDIO. FATO GERADOR. INEXISTÊNCIA. TARIFA RELATIVA À MANUTENÇÃO DAS ESTAÇÕES DE RÁDIO-BASE, DAS TORRES DE TRANSMISSÃO, DOS *SOFTWARES* DE GERENCIAMENTO DO SISTEMA. CONTRAPRESTAÇÃO POR SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

1. Nos termos da Lei Complementar 87/96 o ICMS incide sobre "(...) prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza" (art. 2º, III), considerando-se ocorrido o fato gerador "no momento (...) das prestações onerosas" (art. 12, VII) e sendo "o preço do serviço" a base de cálculo do tributo (art. 13, III).

2. A atividade de habilitação de aparelhos de radiocomunicação não se enquadra no conceito de serviço de comunicação do art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96 para fins de incidência de ICMS, já que se trata de serviço preparatório/acessório à prestação do serviço de telecomunicação. Aplicação, por analogia, da orientação assentada nos precedentes que reconheceram a inexigibilidade do tributo em relação à habilitação de telefone móvel celular.

3. Não incide o ICMS sobre as receitas decorrentes da locação de aparelhos de rádio, seja porque não é serviço (STF, RE 116.121/SP), seja porque caracterizaria, em tese, atividade preparatória/acessória à prestação de serviço de telecomunicação (STJ, REsp 402.047/MG).

4. Todavia, incide ICMS sobre os valores pagos mensalmente a título de "Taxa de Manutenção e Administração - TMA", denominação dada ao preço pago pelo usuário pelos serviços de manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão e dos softwares de gerenciamento do sistema, tipicamente componentes do serviço de comunicação e, por isso mesmo, integrantes da base de cálculo do tributo. Não se trata de retribuição eventual por serviço preparatório ou acessório (geralmente caracterizado como um pagamento inicial, fixo e esporádico), mas sim um pagamento mensal e continuado correspondente à própria prestação do serviço principal de comunicação.

5. Recurso especial da Unicall Telecomunicações Ltda parcialmente provido. Recurso especial da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais prejudicado.

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI - 1.Trazem os autos dois recursos especiais interpostos contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, em embargos à execução, negou provimento às apelações interpostas, mantendo a sentença que julgara improcedente o pedido. O acórdão foi assim ementado:

> Execução fiscal - Embargos - ICMS - Fato Gerador - Serviços de Comunicação - Prestação onerosa - Artigo 155, da CF/88 - Lei Complementar n.º 87/96 - Incidência - Valor da causa - Débito fiscal - Honorários advocatícios - Artigo 20, §§ 3º e 4º do CPC. O ICMS tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias, à prestação do serviço de transporte interestadual e intermunicipal, e à prestação de serviços de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (LC 87/96, art. 2º). Incide o ICMS nos serviços suplementares de comunicação, vez que a simples colocação à disposição do usuário de meios aptos à transmissão e recepção de mensagens já caracteriza o serviço de comunicação tributável. O valor dado à causa nos embargos de devedor onde se pretende desconstituir o débito fiscal em sua totalidade, deve ser o mesmo da execução. O juiz que julga improcedentes os embargos de devedor pode arbitrar os honorários advocatícios pautado no parágrafo 4º, do artigo 20, do CPC, não estando limitado aos percentuais máximo e mínimo previstos no parágrafo 3º do mesmo artigo, desde que o valor fixado não seja irrisório (fl. 126).

Nas razões do primeiro recurso especial (fls. 149-166), interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, aponta-se, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, pois (a) "o benefício patrimonial pretendido com a ação (expresso pelo valor da causa) deve ser considerado para o fim de se estabelecer a verba sucumbencial" (fl. 150); (b) "deve haver proporcionalidade entre a fixação dos honorários e o valor econômico da ação" (fl. 151); (c) "mesmo que desnecessário o registro, na decisão, de qualquer valor percentual, para avaliação da correta aplicação da equidade deve ser feito o cotejamento entre o proveito econômico pretendido e o ônus da sucumbência" (fl. 151); (d) "nas oportunidades em que o valor da causa é ínfimo, a verba sucumbencial pode dela se separar, a fim de que adquira valor absoluto razoável, pois a proporcionalidade não permitiria tal fim" (fl. 151). Requer, ao final, o provimento do recurso especial, "estabelecendo-se a verba honorária no percentual mínimo de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa" (fl. 166).

No segundo recurso especial (fls. 269-276), apresentado pela Unicall Telecomunicações Ltda com fundamento nas alíneas a e b do permissivo constitucional, indica-se violação aos seguintes dispositivos: (a) arts. 2º, III, e 12, VII, da LC 87/96, ao argumento de que (I) " os serviços de locação de equipamentos, visita técnica, manutenção, etc., prestados (...) não são serviços de comunicação, mas apenas serviços acessórios ou suplementares que permitem ao usuário o acesso àquele" (fl. 275); (II) "as condições materiais necessárias à prestação do serviço, mesmo quando remuneradas pelo usuário (habilitação, aluguel de equipamento, visita técnica, manutenção, etc), não se confundem com o próprio serviço", pois "são atividades-meios distintas da atividade-fim, e é apenas sobre a remuneração desta (não daquelas) que incide o ICMS" (fl. 275); (b) art. 110 do CTN, porquanto (I) o acórdão recorrido ampliou "o

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 376

conceito de serviços de comunicação utilizado no art. 155, II, da Constituição Federal, para nele incluir o que manifestamente não é comunicação, mas serviços de valor adicionado" (fl. 272); (II) o art. 61, § 1°, da Lei n.° 9.472/97 "deixa claro que as utilidades relacionadas ao acesso às informações (casos do aluguel de equipamentos, da habilitação, da manutenção, etc) não constituem serviços de comunicação, não podendo, em conclusão, ser tributados como tais" (fl. 273). Afirma, ainda, que "a admissão pela alínea b justifica-se por ter o acórdão recorrido declarado válido o art. 44, § 4°, do RICMS/96 de Minas Gerais (que determina a incidência do ICMS sobre as atividades-meios), contestado (...) em face da Lei Complementar n° 87/96 (arts. 2°, III, e 12, VII)" (fl. 272). Pleiteia, por fim, o provimento do recurso especial "para reformar-se o v. acórdão e julgarem-se procedentes os embargos que opôs contra a execução em apenso, extinguindo-se o crédito tributário por meio dela exigido e invertendo-se os ônus da sucumbência" (fl. 276). Contra-razões às fls. 294-302 e 304-314.

O relator, Min. Luiz Fux, deu provimento ao recurso especial da Unicall Telecomunicações Ltda e julgou prejudicado o da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, em voto assim ementado:

> Tributário. Recurso especial. ICMS. Serviços suplementares ao serviço de comunicação. Atividade-meio. Não incidência. Precedentes jurisprudenciais.
>
> 1. Os serviços acessórios ou suplementares ao serviço de comunicação, como, v.g., a locação de aparelhos, a manutenção das Estações Rádio-Base, das torres de transmissão, dos softwares de gerenciamento e outros serviços similares, têm a função de proporcionar as condições materiais necessárias à implementação do serviço comunicacional, bem como a sua manutenção, não encerrando fatos geradores da incidência do ICMS, porquanto, por si sós, não possibilitam a emissão, transmissão ou recepção de informações, razão pela qual não se enquadram no conceito de serviço comunicacional, mas, antes, ostentam a natureza de atos preparatórios ou posteriores à atividade tributada. (Precedentes: REsp 703695 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 20/09/2005; REsp 622208 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 17/05/2006; REsp 418594 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* 21/03/2005; RMS 11368 - MT, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, *DJ* 09/02/2005).
>
> 2. Deveras, apreciando a questão relativa à legitimidade da cobrança do ICMS sobre o procedimento de habilitação de telefonia móvel celular, ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção firmaram entendimento no sentido da inexigibilidade do tributo, à consideração de que a atividade de habilitação não se incluía na descrição de serviço de telecomunicação constante do art. 2°, III, da Lei Complementar 87/96, por corresponder a "procedimento tipicamente protocolar, (...) cuja finalidade prende-se ao aspecto preparatório e estrutural da prestação do serviço", serviços "meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita", "meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação" (RESP 402.047/MG, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 09.12.2003 e do EDcl no AgRg no RESP 330.130/DF, 2ª Turma, Min. Castro Meira, *DJ* de 16.11.2004). Adotando-se a linha de orientação traçada nesses julgados, e diante do caráter igualmente acessório ou preparatório à prestação do serviço de telecomunicação propriamente dito, de que se revestem os serviços acessórios ou suplementares ao serviço de comunicação, deve ser reconhecida a inexigibilidade do ICMS sobre esses valores.
>
> 3. Nesse mesmo sentido é que a doutrina assenta que:
>
> a) "o tributo em tela incide sobre a prestação dos serviços de comunicação (atividade-fim); não sobre os atos que a ela conduzem (atividades-meio). A simples disponibilização, para os usuários, dos meios materiais necessários à comunicação entre eles ainda não tipifica a prestação do serviço em exame, mas simples etapa necessária à sua implementação";
>
> b) "a Constituição autoriza sejam tributadas as prestações de serviços de comunicação, não é dado, nem ao legislador, nem muito menos ao intérprete e ao aplicador, estender a incidência do ICMS às atividades que as antecedem e viabilizam";
>
> c) "a série de atos que colocam à disposição dos usuários os meios e modos aptos à prestação dos serviços de comunicação é etapa propedêutica, que não deve ser confundida com a própria prestação destes serviços. Não tipificando o fato imponível do ICMS-Comunicação, está, pois, fora de seu campo de incidência. De outro lado, é importante termos presente que estas atividades-meio são levadas a efeito em benefício da própria pessoa que realiza o serviço. Têm por escopo, apenas, possibilitar as atividades-fim, que, estas sim - aproveitam a terceiros."
>
> 4. O Convênio ICMS n° 69/98 dilargou o campo de incidência do ICMS ao incluir em seu âmbito as atividades-meio ao serviço de comunicação, sendo certo que referida inclusão não tem respaldo em Lei Complementar, forma exclusiva de normação do *thema iudicandum*.
>
> 5. Destarte, em recente jurisprudência:
>
> "Recurso especial. Tributário. ICMS. Convênio 69/98. Serviço de instalação de linha telefônica fixa. Serviço intermediário ao serviço de telecomunicação. Lei Kandir. Lei das Telecomunicações. Não-incidência de ICMS. Inexistência de lei. Impossibilidade de previsão pelo convênio. Recurso especial interposto apenas pela Fazenda Estadual. Decisão conforme a jurisprudência desta Corte. *Reformatio in pejus* indevida. Recurso especial desprovido.
>
> 1. Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2°, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1°, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 377

2. Os serviços de instalação de linha telefônica fixa não são considerados serviços de comunicação propriamente ditos, nos termos da Lei Kandir e da Lei Geral de Telecomunicações, mas serviços de natureza intermediária. Não deve, portanto, incidir ICMS sobre essa atividade, pois não há previsão legal nesse sentido, existindo apenas o Convênio 69/98 que disciplina a matéria, no entanto, de forma indevida.
3. É inviável reformar o acórdão recorrido a favor da parte que não interpôs recurso especial, a fim de que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, seja considerada indevida a incidência de ICMS sobre os serviços de instalação de telefone fixo, pois, na espécie, estar-se-ia promovendo reformatio in pejus contra a parte recorrente.
4. Se apenas uma das partes interpõe recurso especial, é vedado ao Tribunal agravar sua situação.
5. Recurso especial desprovido."(REsp 601.056/BA, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 03.04.2006)
"Processual civil e tributário. Art. 1° da Lei n.° 1.533/51. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. ICMS. Telefonia móvel celular. Atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação. Convênio n.° 69/98, cláusula primeira. Ilegalidade.
(*omissis*)
2. As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como "serviço de telecomunicação" propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS. Não tem amparo, portanto, na Lei Complementar n.° 87/96 a cláusula primeira do Convênio n.° 69/98, que inclui as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS-comunicação. Precedentes.
3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido". (REsp 622208 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 17/05/2006)
6. A analogia instituidora de tributo é vedada pelo art. 108, § 1°, do CTN, o que ocorreria *in casu* se admitido o enquadramento das atividades *sub judice* na hipótese de incidência do ICMS.
7. *Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*, por isso que eventual analogia é apenas instrumento de integração da legislação tributária, consoante dispõe o art. 108, § 1° do CTN, razão pela qual só deve ser utilizada para preencher as lacunas da norma jurídica. *In casu*, a analogia restou utilizada para inclusão dos serviços suplementares ao serviço de comunicação no âmbito de incidência do ICMS, invadindo, inexoravelmente, o terreno do princípio da legalidade ou da reserva legal que, em sede de direito tributário, preconiza que o tributo só pode ser criado ou aumentado por lei.
8. É cediço que o aplicador da lei deve aferir o alcance da lei através de todos os métodos aplicáveis à ciência jurídica e, *a fortiori*, ao Direito Tributário, consoante as lições inesquecíveis de Amílcar Falcão, *verbis*:
"Problema diferente é o da analogia, que muitos autores apresentam como processo de interpretação.
Não parecem estar com a razão os que assim pensam.
A analogia é meio de integração da ordem jurídica, através do qual, formulando raciocínios indutivos com base num dispositivo legal (analogia *legis*), ou em um conjunto de normas ou dispositivos legais combinados (analogia *juris*), se preenche a lacuna existente em determinada lei. Nesse caso, há criação de direito, ainda que o processo criador esteja vinculado à norma ou às normas preexistentes levadas em consideração.
Já agora, em homenagem ao princípio da legalidade dos tributos, cabe excluir a aplicação analógica da lei, toda vez que dela resulte a criação de um débito tributário.
A não ser nesse particular, o processo analógico é tão plausível em direito tributário quanto em qualquer outra disciplina, ressalvado, eventualmente, como em todos os demais ramos jurídicos, algum preceito de direito excepcional." (Amílcar Falcão. *Introdução ao Direito Tributário*. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 64-65)
9. Consectariamente, a cobrança de ICMS sobre os serviços suplementares ao serviço de comunicação viola o princípio da tipicidade tributária, segundo o qual o tributo só pode ser exigido quando todos os elementos da norma jurídica - hipótese de incidência, sujeito ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas - estão contidos na lei.
10. Precedentes jurisprudenciais: EDRESP 389403/RS, desta relatoria, *DJ* de 17.02.2003; RESP 401698/ES, Relator p/ Acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 09.06.2003; AG 428.339/GO, desta relatoria, *DJ* de 19.04.2002; REsp 601.056/BA, Rel. Min. Denise Arruda, *DJ* de 03.04.2006).
11. Acrescente-se que, em relação ao ICMS, sob a égide da CF/88, antes da LC 87/96, entendeu o STF que o Convênio do ICMS 66/88 era instrumento normativo provisório, sucedâneo da lei complementar exigida pela Constituição em seu art. 146, III, "a", nos termos do art. 34, § 8°, do ADCT/98. Conseqüentemente, após esse período, o campo do convênio não se confunde com o da Lei Complementar mas, antes, a ela deve subsumir-se, reservando-se a esses atos normativos secundários, as estratégias que evitem o confronto fiscal entre os Estados, como revela a vontade constitucional, fator influente na exegese, no dizer de Peter Häberle, segundo o qual a Constituição tem uma vontade, que é a vontade constitucional, e qualquer interpretação de norma jurídica tem que partir, necessariamente, desse escape constitucional e de seus princípios.
12. Assenta-se, por fim, escapar à competência do E. STJ averiguar os serviços propriamente ditos que se encaixam no conceito pressuposto de comunicação, por que a isso equivaleria a análise fática, vedada pela Súmula 07 do STJ.
13. Recurso especial da empresa provido. Recurso especial da Fazenda Estadual conhecido, porém, prejudicado.

Foi acompanhado pelo Min. João Otávio de Noronha. Pedi vista.

2.Quanto ao recurso especial interposto pela Unicall Telecomunicações Ltda, a questão central diz respeito à incidência do ICMS sobre as receitas decorrentes da cobrança de serviços relativos à (a) habilitação dos aparelhos de radiocomunicação; (b) locação dos aparelhos; (c) manutenção e administração das estações de rádio-base, das torres de transmissão e dos *softwares* de gerenciamento do sistema.

3.Tratando do ICMS, o inciso II do art. 155 da Constituição Federal dispõe que:

> Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> (...)
> II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Nos termos da Lei Complementar 87/96 o ICMS-comunicação incide sobre "(...) prestações onerosas de

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 378

serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza" (art. 2º, III), considerando-se ocorrido o fato gerador "no momento (...) das prestações onerosas" (art. 12, VII) e sendo "o preço do serviço" a base de cálculo do tributo (art. 13, III). Tributável, desse modo, é a prestação de serviços de comunicação, ou "a atividade de alguém, em caráter negocial, fornecer a terceiros condições materiais para que a comunicação entre eles ocorra" (CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS, 11ª ed., 2006, Malheiros, p. 169). Em outras palavras: presta esse serviço aquele que fornece a terceiros, mediante pagamento, os meios indispensáveis à transmissão de mensagens. Meios, aqui, tem o sentido de aparato físico e lógico necessário ao resultado comunicação. Tal atividade se relaciona "ao fornecimento dos meios para a transmissão ou recebimento de mensagens e não ao seu próprio conteúdo", de modo que "presta de serviço de comunicação quem fornece o 'ambiente de comunicação'"(GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*, 2ª ed., São Paulo, Dialética, 2000, p. 122).

4. Na interpretação das normas de regência, ambas as Turmas da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do REsp nº 402.047/MG, 1ª T., Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 09.12.2003, têm estabelecido a distinção entre (a) os serviços de comunicação propriamente ditos, enquadráveis no art. 2º, III, da LC n.º 87/96 e, por essa razão, sujeitos ao referido tributo, e (b) as atividades preparatórias e/ou acessórias a tais serviços e, nessa condição, insuscetíveis da incidência do ICMS. O julgado ficou assim ementado:

> Tributário - ICMS - "Serviços de comunicação" - Conceito - Incidência - Ampliação da base de cálculo - Cláusula primeira do Convênio 69/98.
> 1. Há "serviço de comunicação" quando um terceiro, mediante prestação negocial-onerosa, mantém interlocutores (emissor/receptor) em contato "por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza". Os meios necessários à consecução deste fim não estão ao alcance da incidência do ICMS-comunicação.
> 2. A hipótese de incidência do ICMS-comunicação (LC 87/96; art. 2º, III) não permite a exigência do tributo com relação a atividades meramente preparatórias ao "serviço de comunicação" propriamente dito, como são aquelas constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.
> 3. No Direito Tributário, em homenagem ao Princípio da Tipicidade Fechada, a interpretação sempre deve ser estrita, tanto para a concessão de benefícios fiscais, quanto para exigência de tributos.
> À míngua de Lei não é lícita a dilatação da base de cálculo do ICMS-comunicação implementada pelo Convênio ICMS 69/98 (art. 97, § 1º, do CTN).
> 4. Recurso provido.

Com base nesse entendimento, a jurisprudência do Tribunal tem considerado indevida a incidência do ICMS sobre certos serviços previstos no Convênio ICMS 69/98, na sua Cláusula Primeira, que assim dispõe:

> Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Assim, por serem considerados serviços de natureza meramente preparatória ou de acesso ao de comunicação propriamente dito, há precedentes no sentido de que não incide ICMS sobre: (a) habilitação de telefone móvel celular (RMS n.º 11.368/MT, 1ª Seção, Min. Francisco Falcão, *DJ* de 09.02.2005; REsp n.º 769.569/MS, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 19.03.2007; REsp n.º 694.429/SP, 2ª T., Min. Castro Meira, *DJ* de 25.08.2006); (b) instalação de linha telefônica (REsp n.º 601.056/BA, 1ª T., Min. Denise Arruda, *DJ* de 03.04.2006); (c) adesão ao serviço de televisão por assinatura (REsp n.º 418.594/PR, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 19.03.2007); (d) habilitação, instalação de ponto extra, mudança de seleção de canais, instalação de equipamento e de assistência técnica em relação à TV a cabo (REsp n.º 710.774/MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, *DJ* de 06.03.2006).

5.Discute-se, como já referido, a incidência do ICMS sobre as receitas decorrentes da cobrança de serviços relativos à (a) habilitação dos aparelhos de rádio; (b) locação dos aparelhos; (c) manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão e dos *softwares* de gerenciamento do sistema.

5.1.Quanto à habilitação dos aparelhos de radiocomunicação, segundo afirma a própria recorrente/embargante na inicial dos embargos, a cobrança é realizada uma única vez e se refere à "codificação dos dados relativos a cada grupo de usuários" (fl. 4). Considerando que se trata de procedimento tipicamente protocolar cuja finalidade restringe-se ao aspecto preparatório da prestação do serviço, inexigível o ICMS sobre a receita da cobrança de tal serviço. Aqui, aplica-se, por analogia, a orientação assentada nos precedentes que reconheceram a inexigibilidade do tributo em relação à habilitação de telefone móvel celular (*v.g.*, RMS n.º 11.368/MT, 1ª Seção, Min. Francisco Falcão, *DJ* de 09.02.2005).

5.2.No que se refere à locação dos aparelhos de rádio, a embargante consigna que a cobrança é realizada mensalmente (fl. 4). O objeto de contratação, em casos tais, é apenas a cessão do direito de uso do equipamento utilizado na prestação do serviço de telecomunicação, mediante remuneração. Nessas circuns-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 379

tâncias, não há dúvida que a locação de equipamentos não é serviço de comunicação. Aliás, segundo orientação assentada pelo Plenário do STF no julgamento do RE 116.121/SP (Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJ de 25.05.2001), que declarou a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis", constante do item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-lei 406/68, não se pode confundir a prestação de serviços com a cessão de uso de um determinado bem ou produto. Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

> Cabe advertir, neste ponto, que a locação de bens móveis não se identifica e nem se qualifica, para efeitos constitucionais, como serviço, pois esse negócio jurídico - considerados os elementos essenciais que lhe compõem a estrutura material - não envolve a prática de atos que consubstanciam um *praestare* ou um *facere*.

Esse entendimento tem sido seguido por ambas as Turmas do STF: AgRg no AG 594.395/MG, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, *DJE* de 29.02.2008; AgRg no RE 455.613/MG, 1ª T., Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 19.12.2007; AgRg no RE 553.223/RJ, 2ª T., Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 14.12.2007; AgRg no RE 450.120/MG, 1ª T., Min. Carlos Britto, *DJ* de 20.04.2007.

Ademais, ainda que se considere a locação dos aparelhos de rádio como prestação de serviço, não subsistiria a sua tributação pelo ICMS, já que configuraria atividade meramente preparatória ou acessória ao serviço de telecomunicação. Basta imaginar, por exemplo, que a locação do equipamento é totalmente dispensável, notadamente quando o usuário já possuir os aparelhos ou mesmo optar pela sua compra. A doutrina também abona esse entendimento: MATTOS, Aroldo Gomes de. *ICMS: comentários à legislação nacional*. São Paulo: Dialética, 2006. p. 83; MOREIRA, André Mendes. *A tributação dos serviços de comunicação*. São Paulo: Dialética, 2006. pp. 182-184; CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS-Comunicação - não incidência sobre a prestação onerosa de serviços acessórios e aluguel de equipamentos, que empresas do setor de telecomunicações realizam em favor de seus clientes - questões conexas. In: *Direito das Telecomunicações e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 369-370.

Dessa forma, não incide o ICMS sobre as receitas decorrentes da locação de aparelhos de rádio, seja porque não é serviço (STF, RE 116.121/SP), seja porque caracterizaria, em tese, atividade preparatória/acessória à prestação de serviço de telecomunicação (STJ, REsp 402.047/MG).

5.3.Relativamente à denominada "Taxa de Manutenção e Administração - TMA", consoante assevera a recorrente nos embargos, a receita derivada dessa cobrança, que é paga mensalmente pelo usuário (fl. 4), refere-se ao "valor correspondente aos serviços de manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão, dos *softwares* de gerenciamento do sistema e dos rádios" (fl. 5), por isso tem a função de "cobrir os custos de manutenção dos equipamentos utilizados na comunicação entre os rádios e dos próprios rádios (...)" (fl. 4).

Tal "taxa", como se percebe, não constitui um serviço em si, mas sim o preço pago mensalmente pelo usuário em contraprestação aos serviços indicados pela embargante. Ora, não há dúvida de que a atividade principal das empresas de comunicações, incluídas as autorizadas para o Serviço Móvel Especializado - SME, é a prestação do serviço oneroso de fornecimento, em caráter continuado, das condições materiais para que ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro (nas palavras de GRECO, "fornecendo o 'ambiente de comunicação'"). Portanto, esse é o serviço de comunicação tributável pelo ICMS. Pois bem: a referida "taxa", paga mensalmente pelo usuário, retribui justamente esse serviço. Ela remunera, conforme afirmação da própria recorrente/embargante, a manutenção da infra-estrutura necessária à disponibilização do SME (= manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão, dos *softwares* de gerenciamento do sistema). Não se trata, nesse sentido, de retribuição eventual por serviço preparatório ou acessório (geralmente caracterizado como um pagamento inicial, fixo e esporádico), mas sim um pagamento continuado correspondente à própria prestação do serviço principal de comunicação.

Em razão dessa sua natureza - de preço pela contraprestação do serviço de comunicação -, o valor da referida "taxa de manutenção e administração - TMA" integra, sem dúvida, a base de cálculo do ICMS.

6.No que tange ao recurso especial da Fazenda Estadual, acompanho o relator para julgá-lo prejudicado em face do redimensionamento da sucumbência das partes.

7.Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para reconhecer a não incidência do ICMS apenas quanto às receitas decorrentes da cobrança de serviços relativos à habilitação e locação dos aparelhos de radiocomunicação. Recurso especial da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais prejudicado. É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, dando parcial provimento ao recurso especial da empresa, e julgando

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 380

prejudicado o recurso especial da Fazenda Pública Estadual, e dos votos antecipados da Sra. Ministra Eliana Calmon e do Sr. Ministro José Delgado acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, pediu vista o Sr. Ministro Castro Meira." Aguardam a Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), (RISTJ, art. 162, § 2º).

Brasília, 23 de abril de 2008. - *Carolina Véras* - Secretária.

Voto-vista

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA - Cuida-se de recurso especial interposto por empresa concessionária de serviço de comunicação por rádio-frequência (*Trunking*), no qual se discute a incidência do ICMS sobre:

(a) a habilitação dos aparelhos de rádio;

(b) a locação desses aparelhos; e

(c) a manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão e dos *softwares* de gerenciamento do sistema.

Houve recurso especial interposto por ambas as partes.

A Fazenda Estadual, vitoriosa no julgamento realizado em segunda instância, recorreu apenas para majorar os honorários advocatícios.

O Sr. Ministro Luiz Fux deu provimento ao recurso especial da parte autora e declarou prejudicado o do Estado, por entender que o ICMS não incide sobre atos preparatórios ou posteriores à própria comunicação, asseverando o seguinte:

> Os serviços acessórios ou suplementares ao serviço de comunicação, como, v.g., a locação de aparelhos, a manutenção das Estações de Rádio-Base, das torres de transmissão, dos softwares de gerenciamento e de outros serviços similares, têm a função de proporcionar as condições materiais necessárias á implementação do serviço comunicacional, bem como a sua manutenção, não gerando fatos geradores da incidência do ICMS, porquanto, por si sós, não possibilitam a emissão, transmissão ou recepção de informações, razão pela qual não se enquadram no conceito de serviço comunicacional, mas, antes, ostentam a natureza de atos preparatórios ou posteriores à atividade tributada.

Em suma, afastou a incidência do ICMS sobre a habilitação e a locação de aparelhos de rádio, bem como sobre a taxa de manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão e dos softwares de gerenciamento do sistema. Esse entendimento foi acompanhado pelos Ministros João Otávio de Noronha, Eliana Calmon e José Delgado.

O Sr. Ministro Teori Zavascki deu provimento em parte ao recurso especial da empresa e julgou prejudicado o da Fazenda estadual, inaugurando a divergência tão-somente quanto à incidência do ICMS sobre a taxa de manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão e dos softwares de gerenciamento do sistema.

Na oportunidade, Sua Excelência assim argumentou:

> Tal 'taxa', como se percebe, não constitui um serviço em si, mas sim o preço pago mensalmente pelo usuário em contraprestação aos serviços indicados pela embargante. Ora, não há dúvida de que a atividade principal das empresas de comunicações, incluídas as autorizadas para o Serviço Móvel Especializado - SME, é a prestação de serviço oneroso de fornecimento, em caráter continuado, das condições materiais para que ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro. (...) Portanto, esse é o serviço de comunicação tributável pelo ICMS. Pois bem: a referida 'taxa', paga mensalmente pelo usuário, retribui justamente esse serviço. Ela remunera, conforme afirmação da própria recorrente/embargante, a manutenção da infra-estrutura necessária á disponibilização do SME (= manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão, dos *softwares* de gerenciamento do sistema). Não se trata, nesse sentido, de retribuição eventual por serviço preparatório ou acessório (geralmente caracterizado como um pagamento inicial, fixo e esporádico), mas sim um pagamento continuado correspondente à própria prestação do serviço principal de comunicação.
>
> Em razão dessa sua natureza - de preço pela contraprestação do serviço de comunicação-, o valor da referida 'taxa de manutenção e administração' integra, sem dúvida, a base de cálculo do ICMS.

Pedi vista para melhor examinar a matéria e convenci-me do acerto da tese defendida pelo Relator, nada obstante as respeitáveis ponderações do voto divergente.

A "Taxa de Manutenção e Administração - TMA" é cobrada pela empresa concessionária do serviço a seus usuários pela manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão e do software de gerenciamento do sistema.

Ao examinar os Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.022.257/RS, a Segunda Turma, por voto de minha lavra, concluiu que o ICMS não incide sobre os valores cobrados pela concessionária de telefonia aos seus usuários para manutenção da estrutura e do sistema de telecomunicações (torres, linhas de transmissão, cabeamento, aparelhos de telefonia etc.).

Na ocasião, reconheceu-se a não incidência do imposto sobre a assinatura, quando não disponibilizada franquia de minutos, que também é um valor pago mensalmente e que remunera os custos de manutenção do sistema de telefonia.

Rememoro o que ficou decidido naquele julgado:

> O acórdão embargado reconheceu a incidência do ICMS sobre os valores cobrados a título de assinatura básica, pois abrangem uma franquia de pulsos mínimos por mês e, portanto, remuneram, pelo menos em parte, o próprio serviço

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 381

de comunicação. Esse fundamento ficou claro no seguinte fragmento do voto condutor:

'Cabe analisar a hipótese de incidência sobre assinatura.

O vocábulo assinatura comporta duas acepções diversas. Uma que se assemelha à habilitação, adesão, ou seja, quando alguém contrata um serviço e passa a ser dele um novo usuário, nesse caso não há de se entender a possibilidade de incidência do ICMS-comunicação.

Entretanto, há outra definição, a chamada assinatura básica mensal, cobrada pelas empresas prestadoras de serviço de telefonia com base na Resolução nº 85, de 30.12.1998, da Anatel, que a define como 'valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço'.

A assinatura básica confere ao consumidor a franquia mínima de utilização e serve de contrapartida de garantia da viabilidade do próprio negócio. Seu amparo está no artigo 93, VII, da Lei nº 9.472, de 16.07.1997.

Temos assim que a legislação pátria contempla valor pago por todos os consumidores de telefonia que remuneram o serviço de comunicação dentro da franquia básica – valor mínimo para manutenção do sistema. O preço final do serviço é definido pelo valor desta, mais a utilização do serviço que ultrapassar a franquia e eventuais outros serviços adicionais que o consumidor utilizar.

Desse modo, não deve afastar-se a incidência do ICMS sobre essa parcela, já que se correria o risco de afastar por completo a receita gerada aos Estados pelo serviço, na eventualidade de que todos os consumidores utilizassem apenas a franquia estabelecida. Essa natureza bifásica do preço dos serviços telefônicos deve ser reconhecida e tem, inclusive, natureza contratual, pois a legislação permite que o contrato de serviço de telefonia preveja obrigação de remunerar a empresa com tal verba, enquanto ao consumidor é assegurado um crédito de pulsos ou minutos a ser utilizado por mês'.

Assim, o fato de a assinatura básica remunerar franquia mínima de pulsos foi determinante para que o aresto embargado concluísse que o ICMS incide sobre os valores cobrados pelas concessionárias de telefonia a esse título.

No presente caso, entretanto, não se trata de assinatura básica, com inclusão de franquia mínima de pulsos, mas de simples assinatura, que apenas remunera os custos de manutenção do sistema de telecomunicações colocado à disposição do usuário dos serviços de telefonia.

A embargante deixou claro na petição inicial do mandado de segurança que a assinatura cobrada de seus clientes não abrange o fornecimento de pulsos mínimos, como se observa da seguinte passagem do *mandamus*:

'Assim, se a assinatura é atividade-meio do serviço de telecomunicação (como assim o declara o próprio Fisco estadual, vide supra), e o STJ rechaça veementemente a tributação pelo ICMS de atividades-meio do serviço de telecomunicação, o resultado é que a assinatura e demais atividades preparatórias do serviço de telecomunicação não são tributáveis pelo ICMS.

Note-se que não se trata aqui de assinatura com inclusão de minutos falados, mas sim - e tão somente - de pagamento pela disponibilidade do serviço, sem inclusão de minutos. Trata-se de típica atividade-meio, que repele a incidência do imposto estadual' (fl. 10).

Da leitura atenta de todo o processo, verifica-se que a Fazenda Estadual não impugnou - seja nas informações prestadas pela autoridade coatora, seja nas razões de apelação ou nas contra-razões ao recurso especial - a alegação de que a assinatura cobrada pela GVT de seus clientes não abrange franquia mínima de pulsos.

Na falta de impugnação, tornou-se fato incontroverso, que não pode ser desconsiderado pelas instâncias julgadoras.

De outro vértice, nem a sentença, nem o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul firmaram a premissa de que se tratava de assinatura básica, de modo que o acórdão embargado, ao levar em consideração premissa fática não firmada na origem, introduziu de ofício dado novo ao processo, que não condiz com os próprios termos em que postulada a segurança.

Assim, deve ser reconhecido o erro material no acórdão embargado.

Tratando-se de simples assinatura - que não abrange franquia de pulsos -, tal como prevista na cláusula 1º do Convênio ICMS 69/98, deve ser reconhecida a ilegalidade da incidência do ICMS sobre valores cobrados a esse título, por tratar-se de serviço preparatório e atividade-meio, que não se confunde com o próprio serviço de comunicação, este sim tributado pelo imposto. É o que se depreende dos seguintes precedentes de ambas as Turmas de Direito Público, *verbis*:

'Processual civil e tributário. Art. 1º da Lei n.º 1.533/51. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. ICMS. Telefonia móvel celular. Atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação. Convênio n.º 69/98, cláusula primeira. Ilegalidade.

1. A alegação de ofensa ao artigo 1º da Lei n.º 1.533/51, ante a inexistência de direito líquido e certo da impetrante demandaria o reexame de matéria probatória, o que é vedado na via especial, ante o disposto na Súmula 7/STJ.

2. As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como "serviço de telecomunicação" propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS. Não tem amparo, portanto, na Lei Complementar n.º 87/96 a cláusula primeira do Convênio n.º 69/98, que inclui as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS-comunicação. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido' (REsp 622.208/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, *DJ* de 17.05.06).

'Recurso especial. Tributário. ICMS. Convênio 69/98. Serviço de instalação de linha telefônica fixa. Serviço intermediário ao serviço de telecomunicação. Lei Kandir. Lei das Telecomunicações. Não-incidência de ICMS. Inexistência de lei. Impossibilidade de previsão pelo convênio. Recurso especial interposto apenas pela Fazenda Estadual. Decisão conforme a jurisprudência desta Corte. *Reformatio in pejus* indevida. Recurso especial desprovido.

1. Este Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Convênio 69, de 19.6.1998, concluiu, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 382

aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1°, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.

2. Os serviços de instalação de linha telefônica fixa não são considerados serviços de comunicação propriamente ditos, nos termos da Lei Kandir e da Lei Geral de Telecomunicações, mas serviços de natureza intermediária. Não deve, portanto, incidir ICMS sobre essa atividade, pois não há previsão legal nesse sentido, existindo apenas o Convênio 69/98 que disciplina a matéria, no entanto, de forma indevida.

3. É inviável reformar o acórdão recorrido a favor da parte que não interpôs recurso especial, a fim de que, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, seja considerada indevida a incidência de ICMS sobre os serviços de instalação de telefone fixo, pois, na espécie, estar-se-ia promovendo *reformatio in pejus* contra a parte recorrente.

4. Se apenas uma das partes interpõe recurso especial, é vedado ao Tribunal agravar sua situação.

5. Recurso especial desprovido' (REsp 601.056/BA, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, *DJ* de 03.04.06);

'Processual civil e tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. Natureza declaratória do *mandamus*. Via eleita adequada. Aplicação do direito à espécie. Art. 515, § 3°, do CPC. Inexistência de supressão de instância. Efetividade. ICMS. Habilitação de telefones celulares. Atividade que não constitui serviço. Não-incidência. Precedentes.

1. O acórdão a quo acolheu preliminar de inadequação da via eleita, por entender que o *mandamus* não se presta para declaração de inexistência de relação jurídico-tributária.

2. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da possibilidade da natureza declaratória do mandado de segurança (Súmula n° 213/STJ).

3. A necessidade de dar rápido deslinde à demanda justifica perfeitamente o julgamento da ação pelo mérito. O art. 515, § 3°, do CPC permite, desde já, que se examine a matéria de fundo, visto que a questão debatida é exclusivamente de direito, não havendo nenhum óbice formal ou pendência instrumental para que se proceda à análise do pedido meritual. Não há razão lógica ou jurídica para negar à esta Corte Superior a faculdade prevista pelo aludido dispositivo legal. Impõe-se, para tanto, sua aplicação. Inexistência de supressão de instância.

4. 'Uma vez conhecido o recurso, passa-se à aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257, RISTJ e também em observância à regra do § 3° do art. 515, CPC, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atentar para o devido processo legal' (REsp n° 469921/PR, 4ª Turma, *DJ* de 26/05/2003, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

5. Uniformizou-se no seio do STJ o entendimento de que não incide ICMS sobre habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura, cadastro de usuário e de equipamento, dentre outros serviços de telefonia móvel celular, as chamadas 'atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação'. A incidência da exação somente se dá sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, *id est*, apenas sobre a atividade-fim, que é o próprio serviço de comunicação.

6. Recurso provido' (RMS 21.208/MS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, *DJ* de 17.08.06).

O tema referente à cláusula primeira do Convênio 69/98 já foi analisado nesta Corte por diversas vezes e encontra-se pacificado no âmbito da Primeira Seção. A norma convenial tem a seguinte redação:

'Cláusula primeira. Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.'

O entendimento adotado neste Superior Tribunal de Justiça, diametralmente oposto ao do tribunal estadual, é no sentido de que os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, não podem ser incluídos na base de cálculo do ICMS por não se confundirem com o serviço de comunicação.

Ainda que o preço destes serviços esteja incluído no valor do serviço de comunicação prestado, não podem integrar a base de cálculo do ICMS, uma vez que, salvo as exceções previstas na LC 87/96 (ex.: seguro e frete), antes de fazer parte do aspecto quantitativo da obrigação tributária, o fato tem de atender o aspecto material desta (seu fato gerador).

As atividades acessórias possuem natureza distinta do serviço de comunicação e, por isso, não configuram o fato imponível do ICMS. Entender de forma diversa seria violar o art. 108, § 1°, do CTN que veda a aplicação da analogia com vistas a exigir tributo não previsto em lei.

Nesse ponto, portanto, os embargos devem ser acolhidos com efeitos infringentes, para se excluir da incidência do ICMS os valores cobrados pela embargante de seus clientes a título de assinatura, quando não abrangentes da franquia mínima de pulsos.

No precedente, reconheceu a Segunda Turma a não incidência do ICMS sobre a "taxa" paga mensalmente (denominada assinatura e que não abrange franquia de pulsos) para custear as despesas da concessionária com a manutenção de toda estrutura necessária à prestação do serviço de telefonia.

Para guardar coerência, também não deve incidir o ICMS sobre a "TMA - Taxa de Manutenção e Administração", que é cobrada pela empresa concessionária do serviço a seus usuários pela manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão e do software de gerenciamento do sistema, por se tratar de serviço preparatório, que não se confunde com o serviço de comunicação propriamente dito, o qual só ocorre quando este sistema custeado pela TMA serve de base à comunicação.

Ora, o que se tributa não é manutenção do sistema, mas seu próprio funcionamento, pois do contrário estar-se-ia tributando o que não é serviço de comunicação propriamente dito.

Nos termos do que decidiu a Primeira Turma ao julgar o REsp 601.056/BA, relatora a Ministra Denise Arruda, "este Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de analisar o conteúdo desse convênio [refere-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 383

se ao Convênio ICMS 69/98], concluindo, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.

A Taxa de Manutenção e Administração (TMA), discutida no presente caso, equivale à assinatura do serviço de telefonia (sem franquia de pulsos mínimos), não podendo ser atingida pela incidência do ICMS.

Ante o exposto, renovando as vênias à divergência, também acompanho o Relator para dar provimento ao recurso especial da autora e julgar prejudicado o da Fazenda Estadual.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator para dar provimento ao recurso especial da recorrente e julgar prejudicado o recurso especial da Fazenda Pública Estadual, pediu vista regimentalmente o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki."

Aguardam a Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves (RISTJ, art. 162, § 2º)

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 22 de abril de 2009. - *Carolina Véras* - Secretária.

Aditamento ao voto

TRIBUTÁRIO. ICMS-COMUNICAÇÃO. SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DAS ESTAÇÕES DE RÁDIO-BASE, DAS TORRES DE TRANSMISSÃO, DOS *SOFTWARES* DE GERENCIAMENTO DO SISTEMA. CONTRAPRESTAÇÃO POR SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

1. Conforme assegurado pelas concessionárias e reconhecido pelo STJ no julgamento a respeito da legitimidade da cobrança de tarifa de assinatura básica (REsp n.º 911.802/RS, 1ª Seção,*DJ* de 01/09/08), o principal e mais típico serviço prestado pelas concessionárias de telefonia é o do fornecimento das condições materiais para que ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro (nas palavras de GRECO, "fornecendo o 'ambiente de comunicação'"), nele incluída, portanto, a manutenção das estações, das torres de transmissão e de softwares de gerenciamento do sistema.

2. A se considerar que, além dos preparatórios e acessórios, também esse principal e mais característico serviço não é "serviço de comunicação", a conclusão a que se chegaria é que as concessionárias de telefonia não prestam serviço algum dessa natureza. Todos os seus serviços, consequentemente, estariam na esfera de incidência de ISSQN, não de ICMS-comunicação.

3. Reafirma-se os fundamentos e as conclusões do voto-vista: provimento em parte do recurso da concessionária, prejudicado o da Fazenda Estadual.

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI - Em voto-vista que proferi no presente caso, manifestei minha concordância com o entendimento segundo o qual não incide ICMS sobre o preço decorrente da habilitação e da locação de aparelhos, num caso porque se trata de serviço preparatório, noutro porque sequer de serviço se trata. Todavia, manifestei minha discordância em relação à chamada "Taxa de Manutenção e Administração - TMS". E o fiz pelos seguintes fundamentos:

> 5.3.Relativamente à denominada "Taxa de Manutenção e Administração - TMA", consoante assevera a recorrente nos embargos, a receita derivada dessa cobrança, que é paga mensalmente pelo usuário (fl. 4), refere-se ao "valor correspondente aos serviços de manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão, dos *softwares* de gerenciamento do sistema e dos rádios" (fl. 5), por isso tem a função de "cobrir os custos de manutenção dos equipamentos utilizados na comunicação entre os rádios e dos próprios rádios (...)" (fl. 4).
>
> Tal "taxa", como se percebe, não constitui um serviço em si, mas sim o preço pago mensalmente pelo usuário em contraprestação aos serviços indicados pela embargante. Ora, não há dúvida de que a atividade principal das empresas de comunicações, incluídas as autorizadas para o Serviço Móvel Especializado - SME, é a prestação do serviço oneroso de fornecimento, em caráter continuado, das

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 384

> condições materiais para que ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro (nas palavras de GRECO, "fornecendo o 'ambiente de comunicação'"). Portanto, esse é o serviço de comunicação tributável pelo ICMS. Pois bem: a referida "taxa", paga mensalmente pelo usuário, retribui justamente esse serviço. Ela remunera, conforme afirmação da própria recorrente/embargante, a manutenção da infra-estrutura necessária à disponibilização do SME (= manutenção das estações de rádio-base, das torres de transmissão, dos *softwares* de gerenciamento do sistema). Não se trata, nesse sentido, de retribuição eventual por serviço preparatório ou acessório (geralmente caracterizado como um pagamento inicial, fixo e esporádico), mas sim um pagamento continuado correspondente à própria prestação do serviço principal de comunicação.
>
> Em razão dessa sua natureza - de preço pela contraprestação do serviço de comunicação -, o valor da referida "taxa de manutenção e administração - TMA" integra, sem dúvida, a base de cálculo do ICMS.

Para ratificar o entendimento de que o serviço remunerado pela referida taxa constitui, não atividade preparatória, mas o próprio cerne da atividade da concessionária do serviço de telefonia, trago à consideração o que ficou decidido pela Seção quando do julgamento da controvérsia a respeito da legitimidade da cobrança da taxa de assinatura básica. Considerou-se, naquela oportunidade, que a legitimidade da cobrança residiu justamente em representar, a referida tarifa, a contraprestação pela manutenção dos sistema que disponibiliza a comunicação telefônica (REsp n.º 911.802/RS, 1ª Seção, Min. José Delgado, julgado em 24.10.2007, *DJ* de 01/09/08). Aliás, isso resulta da própria expressão normativa da Resolução n.º 426/2005, que regulamenta o Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC:

> Art. 3º - Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:
>
> (...)
>
> XXIV - Tarifa ou preço de assinatura: valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada para fruição contínua do serviço.

Fica evidente, assim, que a atividade principal das concessionárias de telefonia é a prestação do serviço oneroso de fornecimento, em caráter continuado, das condições materiais para que ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro (nas palavras de GRECO, "fornecendo o 'ambiente de comunicação'"). Aliás, nos inúmeros recursos apresentados ao STJ, em que se questionou a legitimidade da cobrança da tarifa de assinatura básica, as próprias empresas operadoras defenderam isso enfaticamente. A título exemplificativo e pela autoridade e representatividade dos seus signatários, vale referir alguns excertos de pareceres por elas apresentados nos referidos processos:

> (a) Parecer do Prof. Carlos Ari Sunfeld em consulta feita pela Telecomunicações de São Paulo S.A. (Telesp-Telefônica):
>
> 'Existe um complexo sistema de redes e equipamentos para conferir ao usuário do serviço de telefonia fixa a possibilidade de originar e receber chamadas. É justamente o custo da manutenção desse complexo sistema que a cobrança de assinatura mensal visa remunerar. Aliás, tal finalidade está explicitamente referida no próprio contrato de concessão que, ao autorizar a cobrança da citada tarifa, indica a razão de fazê-lo: 'para a manutenção do direito de uso' daquele serviço (anexo 03, item 2.2 do contrato de concessão).
>
> Ademais, é de se ressaltar que a manutenção do serviço ao usuário constitui, por si só, prestação efetiva deste serviço, ao contrário do que faz supor a alegação de abusividade.
>
> Não é correta a suposição de que o serviço de telefonia só é prestado quando o usuário realiza uma chamada telefônica. O fato de estar conectado a uma imensa rede de comunicações constitui, indiscutivelmente, uma prestação de serviço. Deverás, o serviço de telefonia local propicia que seu usuário seja acessado por diversas pessoas, inclusive de fora da rede de telefonia local. Assim ocorre quando se recebe uma chamada de telefone móvel, de usuários de outros estados da federação e até mesmo de países diferentes. O serviço de telefonia local, portanto, além de ser um meio de comunicação local, constitui uma forma de se tornar acessível ao grande sistema de telefonia existente em todo o mundo.
>
> Ou seja, a prestação do serviço de telefonia fixa proporciona ao usuário não somente a facilidade de acessar os demais usuários deste e de outros serviços (como os de telefonia móvel ou os situados noutras localidades), mas também lhe proporciona a possibilidade de ser acessado (possibilidade de receber chamadas).
>
> É inegável que tudo isto produz um custo às prestadoras. Custo que não é suportado apenas quando o usuário origina chamadas locais (cobradas na conta de telefone local, por intermédio do sistema de pulsos). Necessário se faz, também, cobrir os consideráveis custos de manutenção da rede. Rede esta que lhe proporciona a facilidade de estar acessível; de receber chamadas telefônicas de qualquer parte. Este é o benefício que se extrai de ser usuário de serviço de telefonia local, mesmo que não se tenha originado uma chamada local sequer.
>
> Ao fixar preço mínimo a ser cobrado mensalmente (assinatura do serviço), o regulador está, na verdade, buscando estabelecer uma quantia que seja suficiente par remunerar os custos envolvidos na manutenção dessa complexa estrutura, bem como de outros custos fixos, que permitem a existência de uma rede de telefonia local.
>
> Entre esses custos encontram-se, no caso das concessionárias de telefonia fixa (como a consulente), os relativos à universalização dos serviços, isto é, ao seu oferecimento a usuários não-rentáveis e em localidades remotas, bem como os referentes à instalação de telefones de uso público por toda malha urbana da área de concessão. São obrigações assumidas pelas prestadoras nos respectivos contratos de concessão e que são de extrema relevância social. Tais comodidades, por óbvio, não são auto-sustentáveis. Os recursos para sua manutenção provêm da integralidade da estrutura tarifária prevista nos próprios contratos de concessão, especialmente da tarifa de assinatura. Não há, para este tipo de obrigação, subsídio pago diretamente pelo Poder Público, como o oriundo do fundo denominado FUST (art. 80 da Lei n.º 9.472/97).
>
> (...) Ademais, a assinatura é cobrada em função de efetiva prestação do serviço de telefonia fixa, que ocorre independentemente da originação de chamadas locais. Faz parte do serviço - sendo causa, inclusive, de altos custos para a con-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 385

cessionária - a manutenção de toda a rede física de telefonia local, que proporciona ao usuário a facilidade de estar conectado a toda complexa rede de comunicações telefônicas'.

(b) Parecer do Prof. Paulo de Barros Carvalho em consulta feita pela Associação Brasileira de Prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado - ABRAFIX:

'O valor pago pela assinatura mensal da telefonia fixa é, sem dúvida, tarifa, tendo por objetivo custear a manutenção, aperfeiçoamento e expansão do sistema telefônico.

(...)

Todos os pontos examinados levam a uma só conclusão: o valor pago pela assinatura mensal da telefonia fixa é tarifa, decorrendo de serviço prestado em caráter contratual, não compulsório. Além disso, é elemento essencial à conservação e modernização dos equipamentos que servem de canal comunicativo, viabilizando a comunicação do assinante com terceiros'.

(c)Parecer do Prof. Kazuo Watanabe em consulta feita pela Telecomunicações de São Paulo S.A. (Telesp-Telefônica) tendo em vista ação civil pública ajuizada pelo Centro de Defesa do Consumidor e Cidadania (CDCON), objetivando a suspensão da cobrança da tarifa de assinatura mensal:

'Em conclusão, a cobrança da tarifa de assinatura mensal não padece de qualquer vício de ilegalidade ou de abusividade, constituindo um componente da remuneração assegurada pela lei e pelo contrato à *consulente*, pela efetiva prestação de serviços de telecomunicações, consistente em assegurar aos usuários a fruição contínua de serviços'.

O que se quer afirmar, com isso, é que a TMA, aqui discutida (a exemplo da tarifa de assinatura básica), representa o preço pago mensalmente pelo usuário como contraprestação de serviços de manutenção da infra-estrutura necessária à disponibilização da comunicação e, portanto, é pagamento por serviços de caráter continuado e de duração permanente na vigência do contrato. Não se trata, portanto, de retribuição eventual por serviço preparatório ou acessório (geralmente caracterizado como um pagamento inicial, fixo e esporádico), mas sim um pagamento continuado correspondente à própria prestação do serviço principal de telefonia. Em razão dessa sua natureza - de preço pela contraprestação do serviço público de telefonia prestado pela concessionária -, o valor integra, sem dúvida, a base de cálculo do ICMS-comunicação.

Finalmente, não se pode confundir o serviço de comunicação com o modo de pagar o serviço. O fato gerador é o serviço prestado. O preço é apenas a base de cálculo do tributo. Ora, a natureza do serviço prestado não sofre qualquer alteração pela circunstância de haver uma retribuição mensal fixa ou proporcional ao volume de utilização. Qualquer que seja a forma de ajustar ou calcular o preço, o serviço prestado será invariavelmente o mesmo, e é ele que determina a ocorrência do fato gerador.

Ante o exposto, considerando que o serviço de manutenção do ambiente de comunicação (que inclui a manutenção das estações, das torres de transmissão e de softwers de gerenciamento do sistema) é o principal e mais característico serviço prestado pela concessionária do serviço de telefonia, sobre o respectivo preço incide o ICMS-comunicação. Se nem esse serviço for considerado como de comunicação, a conclusão a que se chega é que as concessionárias de telefonia não prestam qualquer serviço dessa natureza, já que os preparatórios e os acessórios e eventuais já não são assim considerados. Todos os seus serviços, consequentemente, estariam sujeitos na esfera de incidência de ISSQN, não de ICMS-comunicação.

Reafirmo as conclusões do voto-vista: provimento em parte do recurso da concessionária, prejudicado o da Fazenda Estadual.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencido parcialmente o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, deu provimento ao recurso especial da empresa Unicall Telecomunicações Ltda. e julgou prejudicado o recurso especial da Fazenda Pública Estadual, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, José Delgado e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves (RISTJ, art. 162, § 2º).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 27 de maio de 2009. - *Carolina Véras* - Secretária.

(Publicado no *DJ* de 1º.07.2009.)

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 386

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 387

Processo penal - Sentença condenatória confirmada em segunda instância - Expedição de mandado de prisão - Execução provisória da pena - Ordem concedida

1. A questão tratada no presente *habeas corpus* diz respeito à possibilidade de expedição de mandado de prisão em desfavor do réu que teve sua condenação confirmada em segunda instância, quando pendente de julgamento recurso sem efeito suspensivo (recurso especial ou extraordinário) interposto pela defesa.

2. Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que "ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP" (*HC* 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, 05.02.2009, *Informativo STF* nº 534).

3. Por ocasião do julgamento, me posicionei contrariamente à tese vencedora.

4. Entretanto, não tendo prevalecido meu posicionamento, curvo-me ao entendimento da maioria, que, ao julgar o *HC* 84.078, assentou ser inviável a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, quando inexistentes os pressupostos que autorizam a decretação da prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

5. Ordem concedida.

HABEAS CORPUS Nº 98.166-6 - MG - RELATORA: MINISTRA ELLEN GRACIE

Paciente: Jorge Lázaro de Figueiredo. Impetrante: Carolina Emmanuele Silva Mesquita. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 2 de junho de 2009. - *Ministra Ellen Gracie* - Presidente e Relatora.

Relatório

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem em *writ* anteriormente aforado perante aquela Corte. A decisão do STJ recebeu a seguinte ementa (*HC* 119.291/MG, fl. 132):

> *Habeas corpus*. Processo penal. Concessão do direito de recorrer em liberdade. Apelação julgada. Exaurimento das instâncias ordinárias. Execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Possibilidade. Agravo de instrumento contra decisão denegatória de recurso especial. Ausência de efeito suspensivo. Precedentes.
> 1. Exauridas as instâncias ordinárias, a custódia do Paciente é mero efeito da condenação. Interposto Agravo de instrumento contra decisão denegatória de recurso especial, mesmo em se admitindo seu processamento, não tem efeito suspensivo, razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação.
> 2. *Habeas corpus* denegado.

Narra a inicial que o paciente foi condenado à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, como incurso no art. 213 do Código Penal.

A defesa interpôs recurso de apelação, que foi improvido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Interposto recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, o mesmo não foi admitido pela Corte de origem. Ato contínuo, interposto o respectivo agravo de instrumento, ainda pendente de julgamento pelo STJ.

Noticia que, posteriormente, os autos principais foram encaminhados ao Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ouro Preto/MG, que determinou a expedição do mandado de prisão, cumprido em 14.07.2008 (fls. 90 e 92). Contra esse ato, foi impetrado *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem sob o fundamento da possibilidade de execução provisória da pena. Observa, ainda, a impetração do *HC* 119.291/MG perante o Superior Tribunal de Justiça, que negou a ordem pleiteada.

Sustenta a impetrante, em síntese, a "impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva" (fls. 05/16).

Registra que o "crime fora cometido em 23 de setembro de 2001, conforme disposto na denúncia (cópia anexa), durante todo o processo (é dizer, mais de 7 anos), o paciente não foi preso nenhuma vez, em nenhuma modalidade de prisão, porque não havia qualquer motivo que autorizasse a prisão cautelar" (fl. 11).

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 388

Requer a concessão de provimento liminar, para o fim de suspender a execução provisória da pena, determinando a revogação do mandado de prisão e, por conseguinte, a expedição de alvará de soltura (fl. 17). No mérito, pretende a ratificação dessa medida (fl. 18).

2. Parecer da Procuradoria-Geral da República opinando pela concessão da ordem (fl. 147).

É o relatório.

Voto

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (Relatora) - 1. A questão tratada no presente *habeas corpus* diz respeito à possibilidade de expedição de mandado de prisão em desfavor do réu que teve sua condenação confirmada em segunda instância, quando pendente de julgamento recurso sem efeito suspensivo (recurso especial ou extraordinário) interposto pela defesa.

2. Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que "ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP" (*HC* 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, 05.02.2009, *Informativo STF* nº 534).

Por ocasião do julgamento, me posicionei contrariamente à tese vencedora, pelos seguintes fundamentos que ora transcrevo:

> 1. A questão central debatida neste *habeas corpus* diz respeito à possibilidade (ou não) de expedição do mandado de prisão contra pessoa que teve sua condenação mantida ou imposta na segunda instância dos órgãos jurisdicionais locais. Tal hipótese envolve a temática do esgotamento das instâncias ordinárias e, consequentemente, de imposição da prisão em decorrência da condenação ainda não transitada em julgado.
> Princípio Constitucional da Presunção de Não-Culpabilidade (art. 5º, LVII).
> 2. Dou à presunção de inocência ou, mais corretamente, à presunção de não-culpabilidade uma extensão diversa daquela sustentada pelo impetrante. Com efeito, entendo que a presunção posta no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal - e que não corresponde à inovação trazida ou inaugurada pelo texto constitucional de 88, pois já figurava nas redações dos textos constitucionais anteriores - é garantia, apenas, de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova.
> De fato, esse princípio de direito processual penal traduziu-se na regra, há muito observada, de caber à parte acusadora a prova da responsabilidade penal do acusado. Todavia, a sentença condenatória que seja mantida pelo tribunal após o devido contraditório e a ampla defesa não deixa a salvo tal presunção. Porque presunção é a mera predeterminação do sujeito a aceitar uma hipótese, enquanto ela não seja invalidada por provas. Por isso mesmo, mera presunção não se sobrepõe a juízo, porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar uma conclusão condenatória. Logo, a presunção de inocência é substituída, a partir da sentença confirmada, por um juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão.
> 3. Segundo entendo, a prática da doutrina da presunção de inocência há de corresponder a um compromisso entre (1) o direito de defesa da sociedade contra os comportamentos desviantes criminalmente sancionados e (2) a salvaguarda dos cidadãos contra o todo-poderoso Estado (acusador e juiz). Longe estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Naquele tempo, nem tão distante, mas felizmente superado, o recolhimento à prisão era a regra. A simples suspeita levantada contra alguém podia levá-lo à prisão por tempo indefinido. Foi este o uso, por exemplo, na França pré-revolucionária, onde o encarceramento, mais que uma política de controle da criminalidade, servia como hábil método de coerção sobre a vontade de devedores relapsos e até mesmo de filhos rebeldes. A rica literatura da época nos oferece excelentes relatos a esse respeito.
> Mais recentemente, o direito soviético também optou por esse 'privilégio da acusação', e a crônica literária, ainda aqui, nos dá conta das violações de direitos decorrentes. No campo mais ameno da sátira, é conhecida a história da lebre que, ao cruzar a fronteira da ex-URSS, encontrou-se com uma doninha. Esta lhe perguntou: 'Por que você está fugindo?' Diz a lebre: 'Mandaram prender todos os camelos'. E a outra, atônita: 'Mas você não é um camelo!' 'Claro', remata a lebre, 'mas como é que eu faço para provar isso?' O Ministro Celso de Mello, no brilhante voto proferido no *HC* 73.338, relembrou que entre nós o Estado Novo, 'com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, criou para o réu a obrigação de provar a sua própria inocência'. Ora, se aos simples acusados o direito de então não os resguardava do encarceramento, menos ainda aos condenados em processos conduzidos muitas vezes sem oportunidade para o contraditório e o exercício efetivo do direito de defesa.
> Pois bem, é dessa situação historicamente documentada, cuja memória deve permanecer como advertência constante, que, em movimento pendular, alguns propõem que se vá até o extremo oposto. Em suma, para sustentar a inviabilidade do recolhimento à prisão, após sentença condenatória confirmada pelo tribunal. Ora, se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, resulte a total inanidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem, ante a prática criminosa e a corrosiva sensação de impunidade de que nossa sociedade tanto se ressente.
> 4. Entendo que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova (CF, art. 5º, LIV). O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal - mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmaras de TV e presenciado por todo o país. Por isso mesmo, o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação. Não se exige do suspeito que colabore minimamente para a comprovação da veracidade das acusações que lhe são imputadas. Pode calar para ocultar fatos que lhe sejam desfavoráveis. Pode utilizar-se de todos os meios postos à sua disposição pela legislação para contrastar os elementos de prova produzidos pela promotoria e mesmo para impedir o seu aproveitamento quando não sejam obtidos por

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 389

meios absolutamente ortodoxos. O Ministério Público é que deverá se encarregar de fazer a prova mais completa de materialidade, autoria e imputabilidade. Nessa circunstância, o país pode orgulhar-se de contar com uma legislação das mais garantidoras da liberdade e de uma prática jurisdicional que lhe está à altura.

É, num quadro de grande rigor formal, que, uma vez sopesada a prova e considerada ela como suficiente pelo juiz de primeiro grau, tal demonstração embasará a sentença condenatória que nela deverá fundar suas conclusões, em relação necessária de causa e consequência lógica. A sentença é silogismo pelo qual se demonstra que um delito (tipo penal) foi cometido e que o foi pelo acusado, pois nesse sentido convergem as provas constantes dos autos. E sua confirmação pelo tribunal culmina por impedir qualquer rediscussão sobre questões de fato relacionadas ao caso concreto.

É equivocado afirmar que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal exige o esgotamento de toda a extensa para que, só então, se dê consequência à sentença condenatória. Essa extensa gama recursal já foi designada em outra oportunidade pelo Ministro Francisco Rezek como extravagâncias barrocas do processo penal brasileiro. O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal deve ser lido em harmonia com o que dispõem os incisos LIV e LXVI do mesmo dispositivo, os quais autorizam a privação de liberdade, desde que obedecido o devido processo legal e quando a legislação não admita a liberdade provisória, com ou sem fiança. Esta é, aliás, a prática internacional. Mesmo em países em que a legislação não é tão generosa em permitir a recorribilidade procrastinatória como acontece no Brasil, mas cuja tradição democrática é reconhecida (como é o caso do Reino Unido), a regra é a de que o réu se recolha à prisão, a partir da sentença condenatória de primeira instância. Aguardar, como se pretende, que a prisão só ocorra depois do trânsito em julgado é algo inconcebível. A prevalecer essa tese, nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação pelo juiz ser confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, único competente para reexaminar a autoria, a materialidade e a prova dos fatos. Essa análise não podem fazê-la nem o Superior Tribunal de Justiça e nem o Supremo Tribunal Federal. Tanto que os recursos especial e extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo (Lei 8.038/90, art. 27, § 2º). Não creio que extrema violência que impera no Brasil e a sensação de impunidade que a morosidade da Justiça provoca na sociedade brasileira estejam a recomendar interpretação diversa da que esta Corte firmou no julgamento do *HC* 72.366.

Nesta linha, vale lembrar, mais uma vez, as palavras do Ministro Francisco Resek, na apreciação do *HC* 71.026:

'Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva'.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

5. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, 'não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade' (*HC* 73.151, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 19.04.1996). Vejamos o seu teor:

'Ninguém pode ser privado se de liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos estados-partes ou pelas leis, de acordo com elas promulgadas'. (art. 7º, nº 2)

Vale dizer, o que a Convenção está a reafirmar é a antiga regra segundo a qual a prisão só se pode efetuar nas hipóteses autorizadas pelas constituições e na forma e nas condições estabelecidas pela legislação editada em sua conformidade. Sua redação não significa indenidade contra efeitos de sentença condenatórias regularmente proferidas e mantidas pelo tribunal, após instrução processual regular em que assegurado o direito de defesa, nos termos da legislação interna de cada país.

Além do mais, o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional. Di-lo o Professor José Frederico Marques, citado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do *HC* 72.366:

'Vigora no Direito brasileiro o princípio do duplo grau de jurisdição. Trata-se, porém, de postulado não consagrado constitucionalmente, pelo que o legislador ordinário poderá derrogá-lo em hipóteses especiais'.

E mais. O Pacto de San José da Costa Rica não assegura o direito de recorrer em liberdade, mas, sim, o direito de recorrer *tout court*. E seus redatores certamente não tinham em mente a 'superbundância tipicamente brasileira de recursos supérfluos' (Min. Francisco Rezek, no *HC* 72.366). Seria demasia, segundo penso, tentar interpretar o Pacto de San José à luz daquilo que o tratado não previu e que consiste extravagância exclusiva desde país. Leia-se o art. 25, § 1º, da Convenção:

'Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes que a proteja contra atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais'.

Portanto, quando a Convenção, nesse artigo, fala em recurso simples e rápido, não está a significar apelação ou acesso ao segundo, terceiro ou quarto grau de jurisdição. O termo recurso, aí empregado, remete à possibilidade, meio ou modo de obter-se remédio pronto contra prisão ilegal. Por isso mesmo, faz destinatários das súplicas os juízes e os tribunais competentes, atento às diferentes formas de organização judiciária. Em resumo, a garantia posta em tal artigo encontra-se incluída no conteúdo do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal:

'A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente [...]'.

É mais ampla a proteção pela Constituição Federal. Ela obriga a própria autoridade a submeter a prisão ao crivo do juiz competente. A não ser que se pretenda tomar literalmente uma versão deficiente como a letra definitiva da Convenção, é forçoso reconhecer que também ali não foi consagrado como garantia inarredável o duplo grau de jurisdição. Recurso, na redação do art. 25, § 1º, da Convenção, não significa manifestação de inconformidade contra uma decisão judicial.

O Princípio da Proporcionalidade.

6. O princípio da proporcionalidade é uma via de mão dupla. Ao mesmo tempo em que proíbe o excesso, proíbe, também, a insuficiência. De fato, a noção de proporcionalidade, na seara penal, não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vincula igualmente a um dever de proteção, por parte do Estado, em relação às agressões a bens jurídicos praticados por terceiros. Ou seja, de um lado, a proibição do excesso, de outro, a proibição da insuficiência.

Não identifico excesso nenhum quando o legislador torna eficaz, enquanto não modificada, uma sentença conde-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 390

natória mantida pelo tribunal. Ele parte da presunção de que a condenação foi acertada. Não seria razoável partir da presunção de que ela é sempre desacertada. Qualquer magistrado de segundo, terceiro ou quarto graus de jurisdição sabe que é mínimo o percentual de reformas em decisões condenatórias. Afetado estaria o referido princípio se aceitássemos que alguém pudesse ser privado da liberdade no curso do processo quando não há certeza formada sobre materialidade e autoria (CPP, art. 312), mas não pudesse sê-lo após a sentença condenatória mantida pelo tribunal, quando, ao invés de presunção, já existe juízo de certeza.

Ademais, frágil me parece, com a vênia devida, a tese de que as formas diferentes de execução de uma sentença civil proferida contra devedor inadimplente e de uma sentença penal proferida contra sujeito ativo de crime possam comprometer o princípio da proporcionalidade na esfera penal, apenas porque constituem tratamento normativo desigual. Os bens jurídicos tutelados são diversos; diversas, portanto, as formas de execução.

7. Ressalto, ainda, que, enquanto a condenação não for mantida pelo terceiro grau de jurisdição, o condenado não ingressa no regime prisional. Aguarda, em presídio próprio, a definitividade da condenação. Só depois da carta de guia é que inicia o cumprimento da pena no regime prisional que foi estabelecido pela sentença condenatória. Não se cuida, portanto, de antecipação da pena, mas de prisão provisória, decorrente de uma condenação mantida pelo segundo grau de jurisdição, dado que os recursos especiais ou extraordinários não se prestam ao reexame da prova, nem dos fatos.

8. Diante do exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

3. No caso em tela, a sentença que condenou o paciente pelo crime de estupro foi confirmada, à unanimidade, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Contra esta decisão colegiada foi interposto recurso especial perante a Corte estadual, que inadmitiu o apelo. Irresignada, a defesa interpôs o respectivo agravo de instrumento, que, ainda, se encontra pendente de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça.

Considerando que o recurso especial não possui efeito suspensivo, bem como todas as razões acima expostas, entendo correta a decisão da Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ouro Preto/MG que, diante do trânsito em julgado da condenação, determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente (fl. 90).

4. Entretanto, não tendo prevalecido meu posicionamento, curvo-me ao entendimento da maioria, que, ao julgar o *HC* 84.078, assentou ser inviável a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, quando inexistentes os pressupostos que autorizam a decretação da prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Registro, ademais, que a decisão que determinou a prisão do ora paciente não se encontra fundamentada nos pressupostos que autorizam a segregação cautelar prevista no art. 312 do Código de Processo Penal (fl. 90).

5. Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus*, para o fim de assegurar o direito de o paciente Jorge Lázaro de Figueiredo recorrer em liberdade, somente podendo ser preso após o trânsito em julgado da condenação.

Extrato de ata

Decisão: A Turma, à unanimidade, deferiu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 02.06.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede - Coordenador.

(Publicado no *DJe* de 19.06.2009.)

...

Servidor público - Relação jurídica - Parâmetros - Vencimentos - Carga horária - Decreto municipal - Aplicação no tempo

- Parâmetros de relação jurídica formalizada pela Administração Pública e servidor não são alcançados por decreto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 255.792-7 - MG - RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO

Recorrente: Sindicato dos Servidores Públicos Municipais do Município de Janaúba - MG. Advogado: Cícero Ernesto dos Santos Júnior. Recorrido: Município de Janaúba. Advogados: Sérgio Monteiro de Andrade e outros.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 28 de abril de 2009. - *Marco Aurélio* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais acolheu pedido formulado em apelação para reconhecer a lega-

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 391

lidade do Decreto Municipal nº 729/97, que implicou o aumento da jornada de trabalho dos servidores, de trinta para quarenta horas semanais. Consignou que o procedimento não importa em redução de vencimento.

No extraordinário de folha 172 a 179, o Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Janaúba-MG insiste na configuração de ofensa ao art. 7º, inciso VI, da Constituição Federal, porquanto o aumento da jornada de trabalho, sem a devida contraprestação, acarreta redução salarial.

O Município de Janaúba-MG apresentou as contrarrazões de folha 191 a 200, discorrendo sobre o acerto de conclusão adotada pela Corte de origem.

O recurso foi admitido por meio da decisão de folhas 213 e 214.

A Procuradoria Geral da República, no parecer de folha 221 a 223, preconiza o não-conhecimento do recurso. Eis o resumo da peça:

> Recurso extraordinário. Aumento de jornada de trabalho. Inexistência de redução de salário.
> - Não implica redução de salário ato do Chefe do Executivo que majora de seis para oito horas diárias a jornada de trabalho dos servidores da municipalidade;
> - Parecer pelo não-conhecimento.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Relator) - Na interposição deste recurso, foram observados os pressupostos gerais de recorribilidade. Os documentos de folhas 5, 180 e 181 evidenciam a regularidade da representação processual e do preparo. Quanto à oportunidade, respeitou-se o prazo de quinze dias assinado em lei.

As premissas constantes do acórdão impugnado revelam que edital de concurso veiculou carga de trinta horas semanais. Mediante lei posterior teria ocorrido a majoração da jornada semanal para quarenta horas sem a indispensável contraprestação. O Juízo julgou procedente o pedido formulado na ação, vindo a sentença a ser reformada por maioria de votos, vencido o relator.

Está configurada, na espécie, a violação do princípio da irredutibilidade dos vencimentos. Ao aumento da carga de trabalho não se seguiu a indispensável contraprestação, alcançando o Poder Público vantagem indevida. Daí o acerto da concessão da segurança para anular o decreto municipal. Conheço e provejo este extraordinário, restabelecendo o entendimento sufragado em sentença do Juízo.

Extrato de ata

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 28.04.2009.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Ricardo Dias Duarte - pelo Coordenador.

(Publicado no *DJe* de 26.06.2009.)

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 392

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 393

Índice Numérico

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Corte Superior

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.08.472399-8/000	M. de Seg.	Belo Horizonte	Kildare Carvalho	55

Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.08.479367-8/000	M. de Seg.	João Monlevade	Maria Elza	176
1.0000.08.485450-4/000	HC Cív.	Belo Horizonte	Irmar Ferreira Campos	254
1.0000.08.488207-5/000	HC Cív.	Araxá	Teresa Cristina da Cunha Peixoto	119
1.0016.08.081511-7/001	Ap. Cível	Alfenas	Luiz Carlos Gomes da Mata	83
1.0016.98.003992-5/001	Agr. de Instr.	Alfenas	Moreira Diniz	59
1.0024.02.838225-7/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	José Flávio de Almeida	287
1.0024.04.518170-8/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Marcos Lincoln	194
1.0024.05.737561-0/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Bitencourt Marcondes	125
1.0024.06.077611-9/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Alberto Aluízio Pacheco de Andrade	205
1.0024.06.089409-4/002	Ap. Cível	Belo Horizonte	Tiago Pinto	91
1.0024.06.121691-7/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Nepomuceno Silva	207
1.0024.06.207799-5/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Cabral da Silva	216
1.0024.06.223767-2/001	Reex. Nec. Cív.	Belo Horizonte	Belizário de Lacerda	104
1.0024.07.476037-2/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Pedro Bernardes	229
1.0024.07.480341-2/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Mota e Silva	118
1.0024.07.491815-2/001	Ap. Cív.	Belo Horizonte	Lucas Pereira	257
1.0024.07.540977-1/001	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	Senra Delgado	259
1.0024.07.788830-3/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	José Francisco Bueno	128
1.0024.07.795467-5/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Antônio Sérvulo	130
1.0024.08.008693-7/002	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	Audebert Delage	64
1.0024.08.135814-5/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Luciano Pinto	278
1.0024.08.185434-1/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Antônio de Pádua	152
1.0024.08.233442-6/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Ernane Fidélis	110
1.0024.08.238584-0/001	Agr. de Instr	Belo Horizonte	Hilda Teixeira da Costa	112
1.0024.08.987285-7/001	Ap. Cív./Reex.Nec.	Belo Horizonte	Wander Marotta	231
1.0024.09.508285-5/001	Agr. de Instr	Belo Horizonte	Barros Levenhagen	124
1.0024.87.463335-7/001	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	Gutemberg da Mota e Silva	117
1.0024.96.070133-2/001	Agr. de Instr.	Belo Horizonte	Sebastião Pereira de Souza	247
1.0027.02.010453-8/001	Ap. Cív.	Betim	Caetano Levi Lopes	191
1.0027.07.134463-7/001	Ap. Cível	Betim	Armando Freire	95
1.0027.08.162479-6/001	Ap. Cível	Betim	Heloísa Combat	149
1.0035.04.038389-1/001	Ap. Cível	Araguari	Carreira Machado	75
1.0035.07.092744-3/002	Ap. Cível	Araguari	Mauro Soares de Freitas	142
1.0035.07.103261-5/001	Ap. Cível	Araguari	Guilherme Luciano Baeta Nunes	144
1.0079.05.239304-2/001	Ap. Cível	Contagem	Elpídio Donizetti	157
1.0079.08.460266-7/001	Agr. Instr.	Contagem	Albergaria Costa	114

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 394

1.0091.07.008851-2/001	Ap. Cível	Bueno Brandão	Nicolau Masselli 65
1.0106.07.026566-0/002	Ap. Cível	Cambuí	Selma Marques 72
1.0145.06.293784-5/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Wagner Wilson 170
1.0145.07.411073-8/001	Ap. Cív.	Juiz de Fora	Osmando Almeida 282
1.0145.07.414086-7/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Batista de Abreu 253
1.0145.08.436027-3/001	Ap. Cív.	Juiz de Fora	Valdez Leite Machado 285
1.0145.08.468993-7/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Domingos Coelho 223
1.0145.08.470265-6/001	Ap. Cível	Juiz de Fora	Fábio Maia Viani 172
1.0145.08.486789-7/001	Agr. de Instr.	Juiz de Fora	Maurício Barros 94
1.0188.08.075221-8/001	Agr. de Instr.	Nova Lima	Alvimar de Ávila 181
1.0183.08.148383-0/001	Ap. Cível	Cons.Lafaiete	Dídimo Inocêncio de Paula 250
1.0183.09.160406-0/001	Agr. de Instr.	Cons. Lafaiete	Alberto Henrique 213
1.0209.08.087112-9/001	Ap. Cível	Curvelo	Eduardo Andrade 88
1.0223.05.180426-6/002	Ap. Cível	Divinópolis	Kildare Carvalho 97
1.0223.07.217289-1/001	Agr. de Instr.	Divinópolis	Fernando Botelho 101
1.0261.08.057794-1/001	Agr. Instr.	Formiga	Elias Camilo 273
1.0313.07.228386-1/001	Ap. Cível	Ipatinga	Alvimar de Ávila 154
1.0342.06.072296-0/001	Ap. Cível	Ituiutaba	Almeida Melo 136
1.0348.08.003537-4/001	Ap. Cível	Jacuí	Electra Benevides 236
1.0382.07.071416-9/001	Ap. Cível	Lavras	Nilo Lacerda 249
1.0394.06.059392-5/001	Agr. de Instr.	Manhuaçu	Vanessa Verdolim Hudson Andrade . . .80
1.0396.05.020288-8/002	Ap. Cível	Mantena	Dárcio Lopardi Mendes 131
1.0428.09.012795-5/001	Agr. de Instr.	M. Alegre de Minas	Márcia De Paoli Balbino 238
1.0443.06.029375-2/001	Ap. Cível	Nanuque	Generoso Filho 246
1.0460.01.005424-1/001	Ap. Cível	Ouro Fino	Eduardo Mariné da Cunha 184
1.0460.06.021854-8/006	Ap. Cív.	Ouro Fino	Edivaldo George dos Santos 271
1.0479.03.050644-4/002	Ap. Cível	Passos	Brandão Teixeira 134
1.0479.06.114053-5/001	Ap. Cível	Passos	Tarcísio Martins Costa 145
1.0480.08.110124-2/001	Ap. Cível	Patos de Minas	Alberto Vilas Boas 93
1.0481.07.076815-7/001	Ap. Cível	Patrocínio	Evangelina Castilho Duarte 81
1.0512.05.028691-7/001	Reex.Nec.Cív.	Pirapora	Silas Vieira 295
1.0508.07.003019-4/001	Ap. Cível	Piranga	Francisco Kupidlowski 182
1.0514.06.021551-4/001	Ap. Cível	Pitangui	Tibúrcio Marques 69
1.0521.05.042829-6/001	Ap.Cív./Reex.Nec.	Ponte Nova	Edilson Fernandes 203
1.0525.01.004107-3/001	Ap. Cível	Pouso Alegre	Marcelo Rodrigues 260
1.0549.05.001623-3/001	Ap. Cível	Rio Casca	Pereira da Silva 57
1.0570.08.020241-1/001	Agr. de Instr.	Salinas	José Antônio Bragas 242
1.0596.07.043764-2/001	Ap. Cível	S. Rita do Sapucaí	Antônio Bispo 78
1.0604.07.004859-9/001	Ap. Cível	S. Antônio do Monte	José Marcos Vieira 60
1.0625.08.083529-5/001	Agr. de Instr.	São João del-Rei	José Affonso da Costa Côrtes 87
1.0672.07.263725-5/001	Ap. Cível	Sete Lagoas	Manuel Saramago 161
1.0672.07.263864-2/001	Ap. Cível	Sete Lagoas	Fernando Caldeira Brant 165
1.0672.07.264488-9/002	Agr. de Instr.	Sete Lagoas	Saldanha da Fonseca 167
1.0672.07.274396-2/001	Ap. Cível	Sete Lagoas	José Domingues Ferreira Esteves 220
1.0686.06.181261-2/001	Ap. Cível	Teófilo Otoni	Edgard Penna Amorim 151
1.0686.06.187046-1/001	Ap. Cível	Teófilo Otoni	Geraldo Augusto 98
1.0686.08.226612-9/001	Agr. de Instr	Teófilo Otoni	Rogério Medeiros 106
1.0701.02.011044-4/001	Ap. Cível	Uberaba	Cláudia Maia 67
1.0701.07.192745-6/001	Ap. Cível	Uberaba	Afrânio Vilela 99
1.0701.08.228397-2/001	Reex. Nec.Cív.	Uberaba	Roney Oliveira 109
1.0702.06.324541-0/001	Ap. Cível	Uberlândia	Maurílio Gabriel 221
1.0702.08.472415-3/001	Ap. Cível	Uberlândia	Otávio Portes 174
1.0713.07.074609-2/002	Ap. Cível	Viçosa	Alvim Soares 138
1.0713.08.077854-9/001	Ap. Cível	Viçosa	Duarte de Paula 275

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 395

Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.08.488274-5/001	Agr.Exec.Penal	Uberaba	Ediwal José de Morais	333
1.0000.09.491010-6/000	Habeas Corpus	Formiga	Adilson Lamounier	334
1.0000.09.494493-1/000	Habeas Corpus	Divinópolis	Beatriz Pinheiro Caires	337
1.0003.04.012031-7/001	Reex.Nec.Criminal	Abre Campo	Márcia Milanezs	307
1.0023.06.003199-6/001	Ap. Criminal	Alvinópolis	Júlio Cezar Guttierrez	303
1.0024.02.684850-7/001	Ap. Criminal	Belo Horizonte	Alexandre Victor de Carvalho	338
1.0024.05.755097-2/001	Ap. Criminal	Belo Horizonte	Fernando Starling	341
1.0024.06.088821-1/001	Ap. Criminal	Belo Horizonte	Renato Martins Jacob	320
1.0024.08.074145-7/001	Ap. Criminal	Belo Horizonte	Paulo Cézar Dias	348
1.0040.05.040168-2/001	Ap. Criminal	Araxá	Doorgal Andrada	312
1.0090.08.019545-7/001	Ap. Criminal	Brumadinho	Judimar Biber	308
1.0145.06.318439-7/001	Ap. Criminal	Juiz de Fora	Herbert Carneiro	327
1.0223.08.243500-7/001	Ap. Criminal	Divinópolis	Jane Silva	350
1.0223.08.253635-8/001	Ap. Criminal	Divinópolis	Maria Celeste Porto	223
1.0239.04.000036-0/001	Rec.Sent.Estrito	Entre-Rios de Minas	Pedro Vergara	299
1.0261.07.048038-7/001	Rec.Sent.Estrito	Formiga	Antônio Carlos Cruvinel	346
1.0290.08.052422-3/001	Ap. Criminal	Vespasiano	Herculano Rodrigues	314
1.0351.08.086435-5/001	Ap. Criminal	Janaúba	José Antonino Baía Borges	319
1.0372.08.032018-0/001	Ap. Criminal	Lagoa da Prata	Vieira de Brito	344
1.0388.06.011096-1/001	Ap. Criminal	Luz	Antônio Armando dos Anjos	304
1.0643.07.001544-8/001	Ap. Criminal	São Roque de Minas	Eduardo Brum	301
1.0647.06.062343-4/001	Ap. Criminal	S.Sebastião do Paraíso	Fortuna Grion	316
1.0702.06.308430-6/001	Ap. Criminal	Uberlândia	Delmival de Almeida Campos	324
1.0702.07.392525-8/001	Ap. Criminal	Uberlândia	Hélcio Valentim	329

Superior Tribunal de Justiça

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
100.682-MG	Conflito de Competência	Castro Meira	355
760.230-MG	Recurso Especial	Luiz Fux	366
1.112.416-MG	Recurso Especial	Herman Benjamin	364

Supremo Tribunal Federal

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
255.792-7-MG	Recurso Extr.	Marco Aurélio	390
98.166-6-MG	Habeas Corpus	Ellen Gracie	387

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 396

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 397

Índice Alfabético e Remissivo

A

AÇÃO ANULATÓRIA

Casamento - Erro sobre a pessoa - Vício do cônjuge - Preexistência ao casamento - Dilação probatória - Necessidade - Testemunha - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Sentença nula - Instrução probatória - Reabertura 95

Indenização - Dano material - Dano moral - Cumulação de ações - Ilegitimidade passiva ad causam - Impossibilidade jurídica do pedido - Carência de ação - Nulidade da sentença - Não ocorrência - Responsabilidade objetiva - Nexo causal - Ônus da prova 207

Título de crédito - Endosso-mandato - Protesto - Ação declaratória de inexistência de débito - Cumulação com indenização por dano moral - Banco - Ilegitimidade passiva - Conexão - Ausência 172

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Improbidade administrativa - Fôlder - Utilização para promoção pessoal - Princípios da legalidade e da moralidade - Inobservância - Lesão ao erário 131

Licitação - Convite - Critérios - Número mínimo de convidados - Preenchimento - Regularidade do procedimento administrativo 271

Poluição sonora e atmosférica - Meio ambiente - Dano comprovado - Indenização devida - Cerceamento de defesa - Não ocorrência 191

AÇÃO COMINATÓRIA

Obrigação de fazer - Estabelecimento de ensino privado - Justiça Estadual - Competência - Expedição e registro de diploma - Multa cominatória - Obrigação - Cumprimento parcial - Redução - Possibilidade 213

Obrigação de fazer - Indenização - Dano moral - Pedido de antecipação de tutela - Cumulação de ações - Instituição particular de ensino superior - Registro de diploma no conselho regional de classe - Indeferimento - Ato arbitrário do conselho - Fiscalização e reconhecimento de instituição de ensino superior - Autonomia dos Estados-membros - Instituição vinculada ao sistema estadual de ensino - Reconhecimento do MEC - Desnecessidade - Regularidade dos cursos 83

Perdas e danos - Cumulação de ações - Direito autoral - ECAD - Radiodifusão musical - Direitos do autor - Ausência de autorização e pagamento - Requisitos - Verificação - Antecipação de tutela 238

AÇÃO DE ATENTADO

Liminar - Concessão - Presença dos requisitos - Viabilidade 242

AÇÃO DE COBRANÇA

Condomínio de fato - Administração - Associação de moradores - Legitimidade ativa - Taxa de manutenção devida 282

Previdência privada - Aposentadoria complementar - Competência - Legitimidade *ad causam* - Auxílio cesta-alimentação - Caráter salarial - Voto vencido 223

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO

Cancelamento de duplicata - Dano moral - Cumulação de ações - Emissão irregular - Protesto feito por instituição financeira - Endosso-mandato - Ilegitimidade passiva - Configuração 91

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 398

AÇÃO DEMOLITÓRIA
Indenização - Cumulação de ações - Pavimentação e calçamento de via pública - Obras - Área pertencente a particulares - Tutela demolitória - Inviabilidade - Indenização por desapropriação indireta - Via própria - Cabimento 151

AÇÃO MONITÓRIA
Nota promissória - Endosso póstumo - Notificação do devedor - Ausência - Cessão de crédito - Ilegitimidade ativa 81

AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE TÍTULO
Duplicata sem aceite - Simulação - Título causal - Credor - Ônus da prova da validade dos títulos - Não comprovação 78

AÇÃO REIVINDICATÓRIA
Inépcia da inicial - Ilegitimidade passiva - Extinção do processo sem julgamento de mérito - Construção de edifício - Área contígua - Invasão parcial - Perdimento da construção em favor do proprietário do terreno - Desproporcionalidade - Princípios gerais de direito 287

AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL
Relação jurídica - Locador - Locatário - Legitimidade - Preço de mercado - Adequação - Fundo de comércio - Desconsideração 170

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO
Cláusulas abusivas - Revisão pelo Judiciário - Possibilidade - Boa-fé - Função social do contrato 174

ACIDENTE DE TRÂNSITO
Indenização - Dano moral - Dano material - Gravidade do fato - Presunção - Advogado - Ressarcimento de despesa com sua contratação - Obrigação que vincula as partes do contrato - Descabimento 278

Responsabilidade objetiva - Danos morais - Configuração - Danos estéticos e lucros cessantes - Não caracterização - Denunciação da lide - Seguradora - Cobertura não ajustada na apólice - Sucessão processual - Indenização - Sentença - Voto vencido 194

ADOÇÃO PÓSTUMA
Adotante - Ajuizamento da ação - Inexistência - Vontade inequívoca de adotar - Ausência de prova - Art. 42, § 5º, do ECA - Interpretação extensiva - Indeferimento 93

ALIMENTOS
Regulamentação de visitas - Guarda de menor - Cumulação de ações - Pais biológicos - Impossibilidade de criação do menor - Hábitos incompatíveis - Guarda de fato - Casal estranho à lide - Citação - Necessidade - Litisconsórcio passivo necessário 142

ALUGUEL
Imóvel em condomínio - Co-proprietário - Ocupação - Conservação e pagamento de taxas do imóvel - Compensação de dívidas - Possibilidade 275

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
Direito autoral - ECAD - Radiodifusão musical - Direitos do autor - Ausência de autorização e pagamento - Requisitos - Verificação 238

APARELHO CELULAR
Defeito - Indenização - Código de Defesa do Consumidor - Estabelecimento comercial - Fabricante - Responsabilidade solidária - Dever de indenizar - Devolução do valor pago - Dano moral - Configuração - Fixação do valor 154

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 399

APOSENTADORIA
Renúncia - Impossibilidade - Ato jurídico - Princípios da legalidade e da segurança 128

APOSENTADORIA COMPLEMENTAR
Ação de cobrança - Previdência privada - Competência - Legitimidade *ad causam* - Auxílio cesta-alimentação - Caráter salarial - Voto vencido 223

APROPRIAÇÃO INDÉBITA
Autoria - Materialidade - Álibi - Ônus da prova - Crime consumado - Denúncia - Princípio da correlação - Sentença - Nulidade - Não ocorrência - Prestação de serviços à comunidade - Pena de multa - Alteração das penas - Questão afeta ao Juízo da Execução Penal - Condenação mantida 324

ARMA DE FOGO
Porte ilegal - Numeração raspada - *Abolitio criminis* temporária - Inaplicabilidade - Absolvição - Descabimento - Fixação da pena 312

ARRENDAMENTO RURAL
Rescisão contratual - Cobrança de aluguéis - Perdas e danos - Cumulação de ações - Locadores condôminos - Ajuizamento do feito - Legitimidade individual - Revelia - Documentos - Desentranhamento 144

ARROLAMENTO
Herança - Aceitação tácita - Irrevogabilidade - Usufruto - Renúncia - Impossibilidade - Meação - Doação aos herdeiros - Totalidade do bem - Constituição de usufruto em favor da meeira - Ato *inter vivos* - Apreciação nos autos de inventário - Inadmissibilidade - Cessão de direitos hereditários - Escritura pública - Exigência 101

ARTIGO JURÍDICO
13ª remuneração dos agentes políticos municipais - José Rubens Costa 22

A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica em virtude do inadimplemento do usuário - Taíse Fernandes Martins 45

A nova Reforma do Código de Processo Penal: absolvição sumária e recurso de ofício na Lei nº 11.689, de 2008 - Eduardo Ferreira Costa 52

Breves comentários aos institutos da *emendatio* e *mutatio libelli*, à luz da Lei nº 11.719/08 - Daniela Bertolini Rosa Coelho 19

Ensaios sobre a natureza jurídica do processo - a visão do processo como instituição constitucionalizada - Evandro Sérgio Lopes da Silva 32

Repetição de indébito tributário - Legitimidade ativa - José Benedito Miranda 27

AVALIAÇÃO ANTECIPADA DE BENS
Medida cautelar - Desapropriação - Litisconsórcio passivo - DER - Concessionária - Formação autorizada pelo Juízo - Litisconsorte - Supressão do direito de defesa - Impossibilidade - Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - Autarquia estadual - Advocacia do Estado - Órgão próprio para a sua defesa - Patronos da concessionária - Impossibilidade de representação 273

B

BEM DE FAMÍLIA
Alegação de impenhorabilidade - Destinação do imóvel - Moradia - Comprovação necessária - Sítio - Divisão do imóvel - Possibilidade - Perícia - Embargos à execução 65

Residência da entidade familiar - Penhora - Impossibilidade - Parte comercial do imóvel - Possibilidade de constrição - Execução fiscal 59

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 400

BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO
Interdição provisória - Banco - Negativa de repasse à curadora - Ausência de ato ilícito - Exercício regular de direito - Dever de indenizar - Inexistência 285

BUSCA E APREENSÃO
Mora - Comprovação - Princípio da fungibilidade - Recurso - Efeito devolutivo - Cognição vertical 167

C

CADEIA PÚBLICA
Interdição - Possibilidade - Instalações inadequadas e superlotação - Princípio da dignidade humana - Ofensa - Desrespeito ao princípio da separação dos Poderes - Não ocorrência 60

CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO
Processo de habilitação - Exame de aptidão física e mental - Prazo de validade - Resolução nº 169/2005 do Contran - Lei 9.503/97 (CTB) - Superioridade dessa 104

CASAMENTO
Ação anulatória - Erro sobre a pessoa - Vício do cônjuge - Preexistência ao casamento - Dilação probatória - Necessidade - Testemunha - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Sentença nula - Instrução probatória - Reabertura 95

Alteração do regime de bens - Possibilidade - Art. 1.639, § 2º, do Código Civil - Partilha de bens - Impossibilidade - Sociedade conjugal - Continuidade - Manutenção da sentença 97

CASAMENTO REALIZADO NO EXTERIOR
Registro público - Trasladação do documento - Alteração de dados - Supressão e inclusão do patronímico - Impossibilidade 130

CAUSA DE AUMENTO DE PENA
Crime de trânsito - Homicídio culposo na direção de veículo automotor - Imprudência - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação - Embriaguez ao volante - Exclusão - Lei nova - Aplicação da lei mais benéfica - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos 344

CESSÃO DE CRÉDITO
Embargos à execução - Notificação do devedor - Previsão no art. 294 do Código Civil - Comprovação - Ausência - Inadimplemento contratual - Oponibilidade das exceções pessoais - Legitimidade 257

CESSÃO DE CRÉDITO
Embargos à execução - Notificação do devedor - Previsão no art. 294 do Código Civil - Comprovação - Ausência - Inadimplemento contratual - Oponibilidade das exceções pessoais - Legitimidade 257

Nota promissória - Endosso póstumo - Notificação do devedor - Ausência - Ilegitimidade ativa - Ação monitória 81

CITAÇÃO
Necessidade - Guarda de menor - Regulamentação de visitas - Alimentos - Cumulação de ações - Pais biológicos - Impossibilidade de criação do menor - Hábitos incompatíveis - Guarda de fato - Casal estranho à lide - Litisconsórcio passivo necessário 142

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
Aparelho celular - Defeito - Estabelecimento comercial - Fabricante - Responsabilidade solidária - Dever de indenizar -Devolução do valor pago - Dano moral - Configuração - Fixação do valor 154

Indenização - Aparelho celular - Defeito - Estabelecimento comercial - Fabricante - Responsabilidade solidária - Dever de indenizar - Devolução do valor pago - Dano moral - Configuração - Fixação do valor 154

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 401

COMPENSAÇÃO DE DÍVIDAS
Possibilidade - Imóvel em condomínio - Aluguel - Coproprietário - Ocupação - Conservação e pagamento de taxas do imóvel 275

COMPETÊNCIA
Ação cominatória - Obrigação de fazer - Estabelecimento de ensino privado - Justiça Estadual - Competência - Expedição e registro de diploma - Multa cominatória - Obrigação - Cumprimento parcial - Redução - Possibilidade 213

COMPETÊNCIA JURISDICIONAL
Receptação - Competência pelo lugar da infração - Nulidade relativa - Preclusão - Denúncia - Inépcia - Não ocorrência - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Crime tentado - Não ocorrência - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Redução - Substituição por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - *Sursis* - Não cabimento - Custas - Isenção - Hipossuficiência 338

COMPRA E VENDA
Imóvel - Rescisão contratual - Pedido contraposto - Revisão - Impossibilidade - Sentença *ultra petita* - Parte excedente - Decote de ofício 67

CONDOMÍNIO DE FATO
Ação de cobrança - Administração - Associação de moradores - Legitimidade ativa - Taxa de manutenção devida . 282

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA
Ação civil de improbidade administrativa proposta pelo MP contra servidores militares - Agressões físicas e morais contra menor infrator no exercício da função policial - Emenda 45/05 - Acréscimo de jurisdição cível à Justiça Militar - Ações contra atos disciplinares militares - Interpretação - Desnecessidade de fracionamento da competência - Interpretação do art. 125, § 4°, *in fine*, da CF/88 - Precedentes do Supremo - Competência da Justiça Comum do Estado (STJ) 355

CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO
Área contígua - Invasão parcial - Perdimento da construção em favor do proprietário do terreno - Desproporcionalidade - Princípios gerais de direito 287

CONTAS DO MUNICÍPIO
Cópias de documentos - Solicitação junto ao prefeito - Ato isolado de vereador - Fiscalização do Poder Executivo - Violação do princípio da separação dos Poderes - Mandado de segurança - Denegação da ordem 88

CONTRATO
Representação comercial - Foro de eleição - Desconsideração - Foro de domicílio do representante - Prevalência - Art. 39 da Lei 4.886/65 112

CONTRATO DE FINANCIAMENTO
Repetição do indébito - Quitação antecipada - Juros - Redução proporcional - Tarifa de liquidação antecipada - Cobrança pelo banco - Decote - Ausência de pedido 253

CRIME CONTINUADO
Não caracterização - Ausência de requisito - Roubo - Agravo de execução penal - Habitualidade criminosa . . .333

CRIME CONTRA A HONRA
Calúnia - Difamação - Matéria jornalística - Ofensa à honra - Não ocorrência - Conduta atípica - Queixa-crime - Audiência de conciliação - Ausência - Nulidade - Interesse da parte contrária - Preliminar - Rejeição 308

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA
Denúncia - Inépcia - Não ocorrência - Autoria - Materialidade - Prova - Arrependimento eficaz - Não configuração - Crime impossível - Não caracterização - Condenação mantida 316

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 402

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE
Crime contra a flora - Destruição ou danificação de floresta considerada de preservação permanente - Autoria - Materialidade - Tipicidade - Prova - Laudo pericial - Subscrição por um só perito - Validade - Condenação . . .303

Inépcia da denúncia - Não-ocorrência - Prova - Materialidade do delito - Não descrição no laudo pericial - Absolvição 301

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL
Execução provisória - Juízo Cível - Competência - Extrapolação 87

CRIME DE TRÂNSITO
Embriaguez ao volante - Nível de teor alcoólico - Elemento do tipo - Exame de alcoolemia - Não realização - Lei nova - Lei mais benéfica - Materialidade - Prova - Ausência - Absolvição 327

Homicídio culposo na direção de veículo automotor - Imprudência - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação - Embriaguez ao volante - Causa de aumento de pena - Exclusão - Lei nova - Aplicação da lei mais benéfica - Pena privativa de liberdade - Substituição - Pena restritiva de direitos 344

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA
Embargos à execução - Alimentos provisórios eximidos em grau de apelação - Efeitos *ex tunc* - Art. 512 do Código de Processo Civil 138

CURADOR ESPECIAL
Honorários - Remuneração devida pelo Estado - Valor - Estatuto da OAB 241

D

DENTISTA
Responsabilidade civil - Tratamento odontológico imperfeito - Dano moral - Dano material - Indenização devida - Responsabilidade civil 57

DEPOSITÁRIO INFIEL
Habeas Corpus - Depósito judicial - Dívida de caráter não alimentar - Prisão civil - Impossibilidade - Nova orientação do STF e STJ 254

DEPOSITÁRIO INFIEL
Prisão civil - Art. 5º da CF/88 - Execução fiscal - Penhora - Bem perecível - Irrelevância - *Habeas Corpus* cível - Denegação da ordem - Voto vencido 119

DEPÓSITO JUDICIAL
Habeas corpus - Depositário infiel - Dívida de caráter não alimentar - Prisão civil - Impossibilidade - Nova orientação do STF e STJ 254

DESAPROPRIAÇÃO
Medida cautelar - Avaliação antecipada de bens - Litisconsórcio passivo - DER - Concessionária - Formação autorizada pelo Juízo - Litisconsorte - Supressão do direito de defesa - Impossibilidade - Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - Autarquia estadual - Advocacia do Estado - Órgão próprio para a sua defesa - Patronos da concessionária - Impossibilidade de representação 273

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME
Roubo - Violência contra a pessoa - Insuficiência de provas - Furto por arrebatamento - Caracterização - Desclassificação mantida 319

DESEMBARGADOR MÁRCIO ANTÔNIO CORRÊA DE MARINS
Nota biográfica - Memória do Judiciário Mineiro 15

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 403

DIREITO AUTORAL
ECAD - Radiodifusão musical - Direitos do autor - Ausência de autorização e pagamento - Requisitos - Verificação - Antecipação de tutela 238

DIREITO DAS SUCESSÕES
Partilha - Arrolamento - Herança - Aceitação tácita - Irrevogabilidade - Usufruto - Renúncia - Impossibilidade - Meação - Doação aos herdeiros - Totalidade do bem - Constituição de usufruto em favor da meeira - Ato inter vivos - Apreciação nos autos de inventário - Inadmissibilidade - Cessão de direitos hereditários - Escritura pública - Exigência 101

DIREITO DE RETIRADA
Dissolução de sociedade empresarial - Affectio societatis - Quebra - Art. 1.034 do Código Civil 205

DIREITO DO CONSUMIDOR
Programa de computador - Sociedade de advogados e empresa de *software* - Relação - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Teoria finalista mitigada - Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço - Obrigação - Inadimplemento total - Prescrição quinquenal - Voto vencido 216

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESARIAL
Direito de retirada - Affectio societatis - Quebra - Art. 1.034 do Código Civil 205

DOUTRINA - Vide: artigo jurídico

DUPLICATA SEM ACEITE
Simulação - Título causal - Credor - Ônus da prova da validade dos títulos - Não comprovação - Ação ordinária de anulação de título 78

E

EMBARGOS À EXECUÇÃO
Cerceamento de defesa - Penhora - Bem de família - Alegação de impenhorabilidade - Destinação do imóvel - Moradia - Comprovação necessária - Sítio - Divisão do imóvel - Possibilidade - Perícia 65

Cessão de crédito - Notificação do devedor - Previsão no art. 294 do Código Civil - Comprovação - Ausência - Inadimplemento contratual - Oponibilidade das exceções pessoais - Legitimidade 257

Cumprimento de sentença - Alimentos provisórios eximidos em grau de apelação - Efeitos *ex tunc* - Art. 512 do Código de Processo Civil 138

Excesso - Prestação alimentícia quitada e levantada pelas alimentandas - Débito exequendo - Insistência no recebimento da integralidade - Conduta maliciosa - Penalidade do art. 940 do Código Civil - Manutenção - Verdade dos fatos - Alteração - Litigância de má-fé - Caracterização - Multa - Art. 18 do CPC - Exclusão - Impossibilidade - Honorários advocatícios - Sucumbência mínima 99

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL
Mercadorias - Transferência - Estabelecimento da mesma empresa - Notas fiscais - Emissão - Ausência de redução do valor dos produtos com a redução do ICMS - Diferenças do imposto - Multa de revalidação - Pagamento indevido 136

Processual civil - Nulidade do acórdão por falta de motivação - Arts. 131, 165 e 458, II, do CPC - Não ocorrência - Violação do art. 535 do CPC - Deficiência na fundamentação - Súmula 284/STF - Termo *a quo* do prazo para embargos à execução fiscal - Garantia do Juízo mediante penhora - Juntada do mandado - Recurso repetitivo - Art. 543-C do CPC (STJ) 364

EMBARGOS DE TERCEIRO
Veículo - Penhora - Transferência de propriedade - Tradição - Comprovação - Adquirente de boa-fé - Constrição afastada 236

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 404

ENDOSSO PÓSTUMO
Nota promissória - Notificação do devedor - Ausência - Cessão de crédito - Ilegitimidade ativa - Ação monitória 81

ENDOSSO-MANDATO
Título de crédito - Protesto - Ação declaratória de inexistência de débito - Cumulação com indenização por dano moral - Banco - Ilegitimidade passiva - Conexão - Ausência 172

ENSINO SUPERIOR
Pós-graduação - Entrega de monografia - Etapa posterior - Mensalidade escolar - Aluno inadimplente - Renovação de matrícula - Impossibilidade - Interpretação dos arts. 5º e 6º da Lei 9.870/99 - Recurso - Causa de pedir - Inovação - Matéria não arguida na inicial - Conhecimento em sede recursal - Impossibilidade 125

ESTATUTO DA TERRA
Registro de imóveis - Imóvel rural - Averbação - Reserva legal - Norma cogente 161

ESTELIONATO
Autoria - Materialidade - Prova - Tipicidade - Arrependimento eficaz - Não ocorrência - Crime privilegiado - Não caracterização - Arrependimento posterior - Configuração - Circunstâncias judiciais - Fixação da pena - Redução 341

EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL
Previdência social - INSS - Pagamento não efetuado na íntegra - Requisição de pequeno valor - Possibilidade .247

EXECUÇÃO FISCAL
Bem de família - Residência da entidade familiar - Penhora - Impossibilidade - Parte comercial do imóvel - Possibilidade de constrição 59

IPTU - Processo tributário administrativo - Desnecessidade 98

Penhora - Bem perecível - Depositário infiel - Prisão civil - *Habeas Corpus* cível - Denegação da ordem - Voto vencido 119

EXECUÇÃO PROVISÓRIA
Crime de desobediência de ordem judicial - Juízo Cível - Competência - Extrapolação 87

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO
Pedido - Multa - Fixação - Intimação para pagamento - Decisão que apenas impulsiona o processo - Irrecorribilidade 259

F

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO
Frustração de direitos trabalhistas - Autoria - Materialidade - Prova - Concurso material - Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Tentativa - Pena - Redução 320

FÉRIAS REGULAMENTARES
Direito - Garantia constitucional - Extensão ao servidor público - Gozo de licença-saúde - Impedimento - Inexistência - Mandado de segurança 149

FORO DE ELEIÇÃO
Desconsideração - Representação comercial - Contrato - Foro de domicílio do representante - Prevalência - Art. 39 da Lei 4.886/65 112

FRUSTRAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS
Falsificação de documento público - Autoria - Materialidade - Prova - Concurso material - Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Tentativa - Pena - Redução 320

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 405

FUNDO DE COMÉRCIO
Desconsideração - Ação revisional de aluguel - Relação jurídica - Locador - Locatário - Legitimidade - Preço de mercado - Adequação 170

FURTO
Extinção da punibilidade - Prescrição antecipada - Inadmissibilidade - Ausência de previsão legal - Recurso - Provimento 299

FURTO QUALIFICADO
Abuso de confiança - Estado de necessidade - Não ocorrência - Qualificadora - Exclusão - Inadmissibilidade .304

G

GUARDA DE MENOR
Regulamentação de visitas - Alimentos - Cumulação de ações - Pais biológicos - Impossibilidade de criação do menor - Hábitos incompatíveis - Guarda de fato - Casal estranho à lide - Citação - Necessidade - Litisconsórcio passivo necessário 142

H

HABEAS CORPUS
Depositário infiel - Depósito judicial - Dívida de caráter não alimentar - Prisão civil - Impossibilidade - Nova orientação do STF e STJ 254

Latrocínio - Réu em liberdade - Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Não ocorrência - Recolhimento à prisão - Ausência de fundamentação - Prisão provisória - Impossibilidade - Ausência de requisitos - Princípio da presunção da inocência - Concessão da ordem 334

Processo penal - Sentença condenatória confirmada em segunda instância - Expedição de mandado de prisão - Execução provisória da pena - Ordem concedida (STF) 387

Tribunal do Júri - Uso de algemas - Necessidade demonstrada - Constrangimento ilegal - Ausência - Nulidade do julgamento - Reconhecimento em *Habeas Corpus* - Impossibilidade - Denegação da ordem 337

HASTA PÚBLICA
Imóvel - Localização em comarca diversa do foro da causa - Competência do *forum rei sitae* - Art. 658 do Código de Processo Civil 117

HOMICÍDIO QUALIFICADO
Tribunal do Júri - Julgamento posterior à Lei nº 11.689/08 - Procedimento novo - Aplicabilidade - Nulidade - Não ocorrência 348

HONORÁRIOS
Curador especial - Remuneração devida pelo Estado - Valor - Estatuto da OAB 241

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
Fixação - Art. 20 do CPC 118

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA
Ministério Público - Mitigação da regra contida no art. 81 do CPC - Isenção 148

I

ICMS
Aquisição de veículo automotor - Deficiente físico impossibilitado e inabilitado para a condução - Ausência de direito líquido e certo - Isenção - Impossibilidade - Mandado de segurança 109

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 406

Tributário - Recurso especial - ICMS - Serviços suplementares ao serviço de comunicação - Atividade-meio - Não incidência - Precedentes jurisprudenciais (STJ) 366

IMÓVEL
Hasta pública - Localização em comarca diversa do foro da causa - Competência do *forum rei sitae* - Art. 658 do Código de Processo Civil - Nulidade processual absoluta 117

Loteamento - Identificação por demarcação - Registro de terceiros por alienação do confrontante - Ineficácia - Cancelamento - Desnecessidade - Ministério Público - Apelação 110

IMÓVEL EM CONDOMÍNIO
Co-proprietário - Ocupação - Aluguel - Arbitramento - Conservação e pagamento de taxas do imóvel - Compensação de dívidas - Possibilidade 275

IMÓVEL RURAL
Passagem forçada - Encravamento causado pelo alienante - Obrigatoriedade de passagem pela área remanescente - Confrontante - Ilegitimidade passiva - Art. 1.285 do Código Civil - Voto vencido 60

Registro de imóveis - Estatuto da Terra - Averbação - Reserva legal - Norma cogente 161

IMPENHORABILIDADE
Microempresa - Bens necessários ou úteis às suas atividades - Reconhecimento 221

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Fôlder - Utilização para promoção pessoal - Princípios da legalidade e da moralidade - Inobservância - Lesão ao erário - Ação civil pública 131

INDENIZAÇÃO
Ação demolitória - Cumulação de ações - Pavimentação e calçamento de via pública - Obras - Área pertencente a particulares - Tutela demolitória - Inviabilidade - Indenização por desapropriação indireta - Via própria - Cabimento 151

Acidente de trânsito - Dano moral - Dano material - Gravidade do fato - Presunção - Advogado - Ressarcimento de despesa com sua contratação - Obrigação que vincula as partes do contrato - Descabimento 278

Aparelho celular - Defeito - Código de Defesa do Consumidor - Estabelecimento comercial - Fabricante - Responsabilidade solidária - Dever de indenizar - Devolução do valor pago - Dano moral - Configuração - Fixação do valor 154

Dano material - Dano moral - Ação anulatória - Cumulação de ações - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Impossibilidade jurídica do pedido - Carência de ação - Nulidade da sentença - Não ocorrência - Responsabilidade objetiva - Nexo causal - Ônus da prova 207

Dano moral - Dano material - Interdição provisória - Benefício previdenciário - Banco - Negativa de repasse à curadora - Ausência de ato ilícito - Exercício regular de direito - Dever de indenizar - Inexistência 285

Danos causados a imóvel - Obra no prédio vizinho - Construtora e dono da obra - Responsabilidade objetiva e solidária - Dano material - Dano moral - Comprovação - Ilegitimidade passiva - Dever de indenizar - Prescrição quinquenal - Não ocorrência - Sentença *ultra petita* - Decote do excesso 184

Danos morais e materiais - Responsabilidade civil do Estado - Morte de preso - Obrigação de indenizar - Viúva - Pensão indevida 231

Morte de detento em cadeia pública - Responsabilidade objetiva - Dano material - Não ocorrência - Dano moral - Configuração - Fixação - Critério - Correção monetária - Juros de mora - Termo inicial - Sucumbência recíproca - Compensação 203

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 407

Obrigação de fazer - Dano moral - Pedido de antecipação de tutela - Cumulação de ações - Instituição particular de ensino superior - Registro de diploma no conselho regional de classe - Indeferimento - Ato arbitrário do conselho - Fiscalização e reconhecimento de instituição de ensino superior - Autonomia dos Estados-membros - Instituição vinculada ao sistema estadual de ensino - Reconhecimento do MEC - Desnecessidade - Regularidade dos cursos . .83

Reclamação trabalhista - Despesas com advogado - Indenização por dano material - Impossibilidade - Dano moral - Não comprovação 152

Sentença - Nulidade - Teoria da causa madura - Aplicabilidade - Morte da autora - Sucessão processual - Acidente de trânsito - Responsabilidade objetiva - Danos morais - Configuração - Danos estéticos e lucros cessantes - Não caracterização - Denunciação da lide - Seguradora - Cobertura não ajustada na apólice - Voto vencido 194

Servidão administrativa - Energia elétrica - Consentimento do proprietário - Ausência de prejuízo - Dever indenizatório - Não configuração 72

Título de crédito - Endosso-mandato - Protesto - Ação declaratória de inexistência de débito - Cumulação com indenização por dano moral - Banco - Ilegitimidade passiva - Conexão - Ausência - Valor - Fixação 172

Título de crédito - Quitação - Protesto efetivado pelo endossatário - Falta de cautela - Responsabilidade - Ato ilícito - Obrigação de indenizar - *Quantum* indenizatório - Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade 246

INTERDIÇÃO PROVISÓRIA

Indenização - Dano moral - Dano material - Benefício previdenciário - Banco - Negativa de repasse à curadora - Ausência de ato ilícito - Exercício regular de direito - Dever de indenizar - Inexistência 285

INVENTÁRIO

Partilha - Arrolamento - Herança - Aceitação tácita - Irrevogabilidade - Usufruto - Renúncia - Impossibilidade - Meação - Doação aos herdeiros - Totalidade do bem - Constituição de usufruto em favor da meeira - Ato inter vivos - Apreciação nos autos de inventário - Inadmissibilidade - Cessão de direitos hereditários - Escritura pública - Exigência 101

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Anulação de registro civil - Imprescritibilidade - Paternidade biológica - Filho adotivo - Busca da verdade real - Prova - Exame de DNA - Adoção à brasileira - Paternidade socioafetiva - Reconhecimento por terceiro - Arguição pelo réu - Impossibilidade - Paternidade real - Afastamento - Inadmissibilidade 134

IPTU

Execução fiscal - Processo tributário administrativo - Desnecessidade 98

ISS

Construção civil - Base de cálculo - Custo do serviço - Totalidade - Voto vencido 75

L

LATROCÍNIO

Habeas Corpus - Réu em liberdade - Sentença condenatória - Trânsito em julgado - Não ocorrência - Recolhimento à prisão - Ausência de fundamentação - Prisão provisória - Impossibilidade - Ausência de requisitos - Princípio da presunção da inocência - Concessão da ordem 334

LEGITIMIDADE AD CAUSAM

Ação de cobrança - Previdência privada - Aposentadoria complementar - Competência - Auxílio cesta-alimentação - Caráter salarial - Voto vencido 223

LEGITIMIDADE ATIVA

Ação de cobrança - Condomínio de fato - Administração - Taxa de manutenção devida 282

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 408

LEI
nº 4.886/65 - Art. 39 - Representação comercial - Contrato - Foro de eleição - Desconsideração - Foro de domicílio do representante - Prevalência 112

nº 9.503/97 - (CTB) - Carteira nacional de habilitação - Processo de habilitação - Exame de aptidão física e mental - Prazo de validade - Resolução nº 169/2005 do Contran - Mandado de segurança 104

LEI MARIA DA PENHA
Violência doméstica e familiar contra a mulher - Nulidade da audiência de instrução e julgamento - Conversão em audiência para oitiva da vítima - Renúncia à representação - Possibilidade - Não recebimento da denúncia - Arquivamento dos autos - Decisão - Validade 346

LICITAÇÃO
Ação civil pública - Convite - Critérios - Número mínimo de convidados - Preenchimento - Regularidade do procedimento administrativo 271

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ
Caracterização - Multa - Art. 18 do CPC - Exclusão - Impossibilidade 99

LOCADORES CONDÔMINOS
Ajuizamento do feito - Legitimidade individual - Revelia - Documentos - Desentranhamento - Arrendamento rural - Rescisão contratual - Cobrança de aluguéis - Perdas e danos - Cumulação de ações 144

LOTEAMENTO
Imóvel - Identificação por demarcação - Registro de terceiros por alienação do confrontante - Ineficácia - Cancelamento - Desnecessidade - Ministério Público - Apelação 110

M

MANDADO DE SEGURANÇA
Carteira nacional de habilitação - Processo de habilitação - Exame de aptidão física e mental - Prazo de validade - Resolução nº 169/2005 do Contran - Lei 9.503/97 (CTB) - Superioridade dessa 104

Denegação - Contas do Município - Cópias de documentos - Solicitação junto ao prefeito - Ato isolado de vereador - Fiscalização do Poder Executivo - Violação do princípio da separação dos Poderes 88

Férias regulamentares - Direito - Garantia constitucional - Extensão ao servidor público - Gozo de licença-saúde - Impedimento - Inexistência 149

ICMS - Aquisição de veículo automotor - Deficiente físico impossibilitado e inabilitado para a condução - Ausência de direito líquido e certo - Isenção - Impossibilidade 109
Servidor aposentado - Proventos - Pagamento - Erro da administração - Devolução dos valores - Boa-fé - Impossibilidade 55

MEDIDA CAUTELAR
Bens que serão recebidos após inventário - Gravame - Devedor - Intenção fraudulenta - Prova - Necessidade .220

Desapropriação - Avaliação antecipada de bens - Litisconsórcio passivo - DER - Concessionária - Formação autorizada pelo Juízo - Litisconsorte - Supressão do direito de defesa - Impossibilidade - Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - Autarquia estadual - Advocacia do Estado - Órgão próprio para a sua defesa - Patronos da concessionária - Impossibilidade de representação 273

MEIO AMBIENTE
Ação civil pública - Poluição sonora e atmosférica - Dano comprovado - Indenização devida - Cerceamento de defesa - Não ocorrência 191

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 409

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO
Nota biográfica - Desembargador Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins (1936-2009) 15

Nota histórica - Museu, escola e suas relações com patrimônio e memória 17

MENSALIDADE ESCOLAR
Aluno inadimplente - Pós-graduação - Entrega de monografia - Etapa posterior - Renovação de matrícula - Impossibilidade - Interpretação dos arts. 5º e 6º da Lei 9.870/99 125

MICROEMPRESA
Bens necessários ou úteis às suas atividades - Impenhorabilidade - Reconhecimento 221

MILITAR
Conflito negativo de competência - Ação civil de improbidade administrativa proposta pelo MP contra servidores militares - Agressões físicas e morais contra menor infrator no exercício da função policial - Emenda 45/05 - Acréscimo de jurisdição cível à Justiça Militar - Ações contra atos disciplinares militares - Interpretação - Desnecessidade de fracionamento da competência - Interpretação do art. 125, § 4º, *in fine*, da CF/88 - Precedentes do Supremo - Competência da Justiça Comum do Estado (STJ) 355

MINISTÉRIO PÚBLICO
Honorários de sucumbência - Pagamento - Mitigação da regra contida no art.81 do CPC - Isenção 250

MORTE DE DETENTO EM CADEIA PÚBLICA
Indenização - Responsabilidade objetiva - Dano material - Não ocorrência - Dano moral - Configuração - Fixação - Critério - Correção monetária - Juros de mora - Termo inicial - Sucumbência recíproca - Compensação 203

MULTA COMINATÓRIA
Obrigação - Cumprimento parcial - Redução - Possibilidade 213

N

NOME EMPRESARIAL
Conflito com marca - Mesmo ramo de atividade - Mesma unidade federativa - Mercado de consumo - Confusão - Princípio da anterioridade 69

NOTA BIOGRÁFICA
Desembargador Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins (1936-2009) - Memória do Judiciário Mineiro 15

NOTA HISTÓRICA
Museu, escola e suas relações com patrimônio e memória 17

NOTA PROMISSÓRIA
Endosso póstumo - Notificação do devedor - Ausência - Cessão de crédito - Ilegitimidade ativa - Ação monitória 81

NOTAS FISCAIS
Emissão - Mercadorias - Transferência - Estabelecimento da mesma empresa - Ausência de redução do valor dos produtos com a redução do ICMS - Diferenças do imposto - Multa de revalidação - Pagamento indevido 136

NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR
Previsão no art. 294 do Código Civil - Comprovação - Ausência - Oponibilidade das exceções pessoais - Legitimidade - Embargos à execução - Cessão de crédito 257

NULIDADE
Interesse da parte contrária - Preliminar - Rejeição - Queixa-crime - Audiência de conciliação - Ausência 308

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 410

Não ocorrência - Homicídio qualificado - Tribunal do Júri - Julgamento posterior à Lei nº 11.689/08 - Procedimento novo - Aplicabilidade 348

Processual civil - Nulidade do acórdão por falta de motivação - Arts. 131, 165 e 458, II, do CPC - Não ocorrência - Violação do art. 535 do CPC - Deficiência na fundamentação - Súmula 284/STF - Termo *a quo* do prazo para embargos à execução fiscal - Garantia do Juízo mediante penhora - Juntada do mandado - Recurso repetitivo - Art. 543-C do CPC (STJ) 364

Sentença - Apreciação de tese da acusação - Omissão - Vício de fundamentação - Princípio do contraditório - Inobservância 323

O

OBRIGAÇÃO DE FAZER
Ação cominatória - Estabelecimento de ensino privado - Justiça Estadual - Competência -Expedição e registro de diploma - Multa cominatória - Obrigação - Cumprimento parcial - Redução - Possibilidade 213

Fornecimento de insumo alimentar - Legitimidade ativa - Tutela antecipada - Requisitos preenchidos 181

Indenização - Dano moral - Pedido de antecipação de tutela - Cumulação de ações - Instituição particular de ensino superior - Registro de diploma no conselho regional de classe - Indeferimento - Ato arbitrário do conselho - Fiscalização e reconhecimento de instituição de ensino superior - Autonomia dos Estados-membros - Instituição vinculada ao sistema estadual de ensino - Reconhecimento do MEC - Desnecessidade - Regularidade dos cursos . .83

OBRIGAÇÃO DE FAZER
Plano de saúde - Negativa de cobertura - Ilicitude - Internação em caráter de urgência/emergência - Dano moral *in re ipsa* - Dever de indenizar - Valor da indenização - Assistência judiciária - Insuficiência de recursos 157

OBRIGAÇÃO DE RESULTADO
Dentista - Tratamento odontológico imperfeito - Dano moral - Dano material - Indenização devida - Responsabilidade civil 57

OFENSA À HONRA
Indenização - Dano moral - Não caracterização - Agressões mútuas - Ônus da prova - Transação penal - Repercussão na esfera civil - Inexistência 144

P

PARTILHA
Arrolamento - Herança - Aceitação tácita - Irrevogabilidade - Usufruto - Renúncia - Impossibilidade - Meação - Doação aos herdeiros - Totalidade do bem - Constituição de usufruto em favor da meeira - Ato *inter vivos* - Apreciação nos autos de inventário - Inadmissibilidade - Cessão de direitos hereditários - Escritura pública - Exigência 101

PARTILHA DE BENS
Impossibilidade - Sociedade conjugal - Continuidade - Alteração de regime de bens - Possibilidade 97

PASSAGEM FORÇADA
Imóvel rural - Encravamento causado pelo alienante - Obrigatoriedade de passagem pela área remanescente - Confrontante - Ilegitimidade passiva - Art. 1.285 do Código Civil - Voto vencido 60

PENA
Execução provisória - Processo penal - Sentença condenatória confirmada em segunda instância - *Habeas Corpus* - Ordem concedida (STF) 387

PENHORA
Bem de família - Alegação de impenhorabilidade - Destinação do imóvel - Moradia - Comprovação necessária - Sítio - Divisão do imóvel - Possibilidade - Perícia 65

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 411

Embargos de terceiro - Veículo - Penhora - Transferência de propriedade - Tradição - Comprovação - Adquirente de boa-fé - Constrição afastada 236

Impossibilidade - Bem de família - Residência da entidade familiar - Parte comercial do imóvel - Possibilidade de constrição - Execução fiscal 59

PERDAS E DANOS

Ação cominatória - Cumulação de ações - Direito autoral - ECAD - Radiodifusão musical - Direitos do autor - Ausência de autorização e pagamento - Requisitos - Verificação - Antecipação de tutela 238

Ação cominatória - Cumulação de ações - Direito autoral - ECAD - Radiodifusão musical - Direitos do autor - Ausência de autorização e pagamento - Requisitos - Verificação - Antecipação de tutela 238

PERÍCIA

Prova - Laudo pericial - Subscrição por um só perito - Validade - Crime contra o meio ambiente - Crime contra a flora - Destruição ou danificação de floresta considerada de preservação permanente - Autoria - Materialidade - Tipicidade - Condenação 303

Requerimento pelo Estado - Realização pela Central de Perícias - Possibilidade 64

PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Transporte urbano - Venda da permissão - Impossibilidade - Caráter personalíssimo - Contrato de compra e venda dos direitos - Nulidade - Desfazimento do negócio 165

PLANO DE SAÚDE

Negativa de cobertura - Ilicitude - Internação em caráter de urgência/emergência - Dano moral *in re ipsa* - Dever de indenizar - Valor da indenização - Assistência judiciária - Insuficiência de recursos - Obrigação de fazer 157

POLUIÇÃO SONORA E ATMOSFÉRICA

Ação civil pública - Meio ambiente - Dano comprovado - Indenização devida - Cerceamento de defesa - Não ocorrência 191

PRESCRIÇÃO

Antecipada - Extinção da punibilidade - Inadmissibilidade - Ausência de previsão legal - Recurso - Provimento .299

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Não ocorrência - Sentença *ultra petita* - Decote do excesso - Responsabilidade objetiva e solidária - Construtora e dono da obra - Danos causados a imóvel - Obra no prédio vizinho - Dano material - Dano moral - Comprovação - Ilegitimidade passiva - Dever de indenizar 184

Obrigação - Inadimplemento total - Direito do consumidor - Programa de computador - Sociedade de advogados e empresa de *software* - Relação - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Teoria finalista mitigada - Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço 216

PRESTAÇÃO DE CONTAS

Herdeiros de titular de conta corrente - Litisconsórcio ativo necessário - Citação de todos os litisconsortes - Imprescindibilidade 229

PREVIDÊNCIA PRIVADA

Ação de cobrança - Aposentadoria complementar - Competência - Legitimidade *ad causam* - Auxílio cesta-alimentação - Caráter salarial - Voto vencido 223

PREVIDÊNCIA SOCIAL

Execução de título judicial - INSS - Pagamento não efetuado na íntegra - Requisição de pequeno palor - Possibilidade 247

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 412

PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO
Inaplicabilidade - Falsificação de documento público - Frustração de direitos trabalhistas - Autoria - Materialidade - Prova - Concurso material 320

PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO
Apropriação indébita - Autoria - Materialidade - Álibi - Ônus da prova - Crime consumado - Denúncia - Sentença - Nulidade - Não ocorrência - Prestação de serviços à comunidade - Pena de multa - Alteração das penas - Questão afeta ao Juízo da Execução Penal - Condenação mantida 324

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA
Ofensa - Cadeia pública - Interdição - Possibilidade - Instalações inadequadas e superlotação - Desrespeito ao princípio da separação dos Poderes - Não ocorrência 176

PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA SEGURANÇA
Aposentadoria - Renúncia - Impossibilidade - Ato jurídico 128

PRISÃO CIVIL
Depositário infiel - Execução fiscal - Penhora - Bem perecível - Irrelevância - *Habeas Corpus* cível - Denegação da ordem - Voto vencido 119

PROGRAMA DE COMPUTADOR
Direito do consumidor - Sociedade de advogados e empresa de software - Relação - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Teoria finalista mitigada - Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço - Obrigação - Inadimplemento total - Prescrição quinquenal - Voto vencido 216

PROVENTOS
Pagamento - Erro da administração - Devolução dos valores - Boa-fé - Impossibilidade - Servidor aposentado - Mandado de segurança 55

R

RECEPTAÇÃO
Competência pelo lugar da infração - Nulidade relativa - Preclusão - Denúncia - Inépcia - Não ocorrência - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Crime tentado - Não ocorrência - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Redução - Substituição por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - *Sursis* - Não cabimento - Custas - Isenção - Hipossuficiência 338

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA
Indenização - Despesas com advogado - Indenização por dano material - Impossibilidade - Dano moral - Não comprovação 152

RECURSO
Causa de pedir - Inovação - Matéria não arguida na inicial - Conhecimento em sede recursal - Impossibilidade125

Inovação da matéria - Impossibilidade 118

RECURSO DE OFÍCIO
Reexame necessário criminal - Homicídio qualificado - Tentativa - Inimputabilidade - Absolvição sumária - Recurso de ofício - Lei nova - Revogação tácita - Não conhecimento do recurso 307

RECURSO ESPECIAL
Processual civil - Nulidade do acórdão por falta de motivação - Arts. 131, 165 e 458, II, do CPC - Não ocorrência - Violação do art. 535 do CPC - Deficiência na fundamentação - Súmula 284/STF - Termo *a quo* do prazo para embargos à execução fiscal - Garantia do Juízo mediante penhora - Juntada do mandado - Recurso repetitivo - Art. 543-C do CPC (STJ) 364

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 413

REEXAME NECESSÁRIO CRIMINAL
Homicídio qualificado - Tentativa - Inimputabilidade - Absolvição sumária - Recurso de ofício - Lei nova - Revogação tácita - Não conhecimento do recurso 307

REGIME DE BENS
Alteração - Casamento - Possibilidade - Art. 1.639, § 2º, do Código Civil - Partilha de bens - Impossibilidade - Sociedade conjugal - Continuidade - Manutenção da sentença 97

REGISTRO CIVIL
Anulação - Investigação de paternidade - Imprescritibilidade - Paternidade biológica - Filho adotivo - Busca da verdade real - Prova - Exame de DNA - Adoção à brasileira - Paternidade socioafetiva - Reconhecimento por terceiro - Arguição pelo réu - Impossibilidade - Paternidade real - Afastamento - Inadmissibilidade 134

REGISTRO DE IMÓVEIS
Imóvel rural - Estatuto da Terra - Averbação - Reserva legal - Norma cogente 161

REGISTRO PÚBLICO
Casamento realizado no exterior - Trasladação do documento - Alteração de dados - Supressão e inclusão do patronímico - Impossibilidade 130

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS
Guarda de menor - Alimentos - Cumulação de ações - Pais biológicos - Impossibilidade de criação do menor - Hábitos incompatíveis - Guarda de fato - Casal estranho à lide - Citação - Necessidade - Litisconsórcio passivo necessário 142

REINTEGRAÇÃO DE POSSE
Falecimento - Herdeiro necessário - Posse indireta - Esbulho - Comprovação 182

REPETIÇÃO DO INDÉBITO
Contrato de financiamento - Quitação antecipada - Juros - Redução proporcional - Tarifa de liquidação antecipada - Cobrança pelo banco - Decote - Ausência de pedido 253

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL
Contrato - Foro de eleição - Desconsideração - Foro de domicílio do representante - Prevalência - Art. 39 da Lei 4.886/65 112

RESCISÃO CONTRATUAL
Arrendamento rural - Cobrança de aluguéis - Perdas e danos - Cumulação de ações - Locadores condôminos - Ajuizamento do feito - Legitimidade individual - Revelia - Documentos - Desentranhamento 144

Imóvel - Compra e venda - Pedido contraposto - Revisão - Impossibilidade - Sentença *ultra petita* - Parte excedente - Decote de ofício 67

RESPONSABILIDADE CIVIL
Dentista - Tratamento odontológico imperfeito - Obrigação de resultado - Dano moral - Dano material - Indenização devida 57

Ofensa à honra - Indenização - Dano moral - Não caracterização - Agressões mútuas - Ônus da prova - Transação penal - Repercussão na esfera civil - Inexistência 145

Serviços do extrajudicial - Oficial registrador de imóveis - Responsabilidade direta e subjetiva - Personalidade e natureza jurídica da atividade - Constituição da República, art. 236, § 1º - Leis 6.015, de 1973, e 8.935, de 1994 - Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - Princípio da legalidade - Qualificação dos títulos - Abrangência e limite - Escritura pública de compra e venda - Falsidade material - Ausência de culpa do oficial registrador - Corretor de imóveis e mandatário do alienante que se beneficia da fraude - Obrigação de exação do negócio intermediado - Responsabilidade civil configurada - Dever de indenizar - Voto vencido 260

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 414

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO
Reexame necessário - Indenização - Acidente de trânsito - Via pública municipal - Animal na pista - Fiscalização e apreensão - Omissão do Poder Público - Responsabilidade subjetiva - Dano material - Lucro cessante - Comprovação - Dano moral - Quantum indenizatório - Redução 295

RESPONSABILIDADE OBJETIVA
Indenização - Morte de detento em cadeia pública - Dano material - Não ocorrência - Dano moral - Configuração - Fixação - Critério - Correção monetária - Juros de mora - Termo inicial - Sucumbência recíproca - Compensação 203

Nexo causal - Ônus da prova 207

RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA
Construtora e dono da obra - Danos causados a imóvel - Obra no prédio vizinho - Dano material - Dano moral - Comprovação - Ilegitimidade passiva - Dever de indenizar - Prescrição quinquenal - Não ocorrência - Sentença *ultra petita* - Decote do excesso 184

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA
Aparelho celular - Defeito - Estabelecimento comercial - Fabricante - Dever de indenizar - Devolução do valor pago - Dano moral - Configuração - Fixação do valor 154

Indenização - Aparelho celular - Defeito - Código de Defesa do Consumidor - Estabelecimento comercial - Fabricante - Dever de indenizar - Devolução do valor pago - Dano moral - Configuração - Fixação do valor 154

ROUBO
Agravo de execução penal - Crime continuado - Não caracterização - Ausência de requisito - Habitualidade criminosa 333

Violência contra a pessoa - Insuficiência de provas - Furto por arrebatamento - Caracterização - Desclassificação mantida 319

S

SENTENÇA
Apreciação de tese da acusação - Omissão - Vício de fundamentação - Princípio do contraditório - Inobservância - Nulidade 323

SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO
ICMS - Serviços suplementares ao serviço de comunicação - Atividade-meio - Não incidência - Precedentes jurisprudenciais (STJ) 366

SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO
ICMS - Serviços suplementares ao serviço de comunicação - Atividade-meio - Não incidência - Precedentes jurisprudenciais (STJ) 366

SERVIDÃO ADMINISTRATIVA
Energia elétrica - Consentimento do proprietário - Ausência de prejuízo - Dever indenizatório - Não configuração - Indenização 72

SERVIDOR PÚBLICO
Relação jurídica - Parâmetros - Vencimentos - Carga horária - Decreto municipal - Aplicação no tempo (STF) . .390

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL
Estudante - Horário especial - Possibilidade - Art. 75 da Lei Municipal nº 7.169/96 - Tutela antecipada - Requisitos - Preenchimento 124

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 415

SIGILO BANCÁRIO E FISCAL
Quebra - Pedido de providências - Conversão do rito - Medida cautelar - *Fumus boni iuris* - Ausência - Medida excepcional 114

SIGILO FISCAL
Requisição de informações - Receita Federal - Deferimento - Informações disponíveis - Secretaria do Juízo - Juntada ao processo - Fornecimento de cópias - Impossibilidade - Instrução nº 253/96 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais 80

SUCESSÃO - Vide: Direito das sucessões

SUCESSÃO PROCESSUAL
Indenização - Sentença - Nulidade - Teoria da causa madura - Aplicabilidade - Morte da autora - Acidente de trânsito - Responsabilidade objetiva - Danos morais - Configuração - Danos estéticos e lucros cessantes - Não caracterização - Denunciação da lide - Seguradora - Cobertura não ajustada na apólice - Voto vencido 194

T

TÍTULO DE CRÉDITO
Protesto - Endosso-mandato - Ação declaratória de inexistência de débito - Cumulação com indenização por dano moral - Banco - Ilegitimidade passiva - Conexão - Ausência 172

Quitação - Protesto efetivado pelo endossatário - Falta de cautela - Responsabilidade - Ato ilícito - Obrigação de indenizar - *Quantum* indenizatório - Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade 246

TRÁFICO DE DROGAS
Autoria - Materialidade - Prova - Investigação penal - Denúncia anônima - Validade - Corréu - Exercício da atividade de perueiro - Envolvimento com o tráfico - Ausência de prova - Absolvição 314

Laudo toxicológico definitivo - Juntada tardia - Vista dos autos - Inobservância - Cerceamento de defesa - Ocorrência - Sentença - Nulidade 329
Prisão em flagrante - Invasão de domicílio - Não ocorrência - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação do crime - Uso próprio - Impossibilidade 350

TRANSPORTE AÉREO
Contrato - Programa fidelidade TAM - Viagem realizada em aeronave diversa - Restituição dos pontos - Recurso - Inovação da matéria - Impossibilidade - Honorários advocatícios 118

TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL
Empresa concessionária - Demanda contra transportadores irregulares - Ação cominatória - Obrigação de não fazer - Cessação do transporte irregular - Tutela antecipada - Ausência dos requisitos do arts. 273 e 461 do CPC - Presença da garantia do art. 5º, XIII, da CF - Indeferimento 106

TRANSPORTE URBANO
Permissão de serviço público - Venda da permissão - Impossibilidade - Caráter personalíssimo - Contrato de compra e venda dos direitos - Nulidade - Desfazimento do negócio 165

TRIBUNAL DO JÚRI
Homicídio qualificado - Julgamento posterior à Lei nº 11.689/08 - Procedimento novo - Aplicabilidade - Nulidade - Não ocorrência 348

Uso de algemas - Necessidade demonstrada - Constrangimento ilegal - Ausência - Nulidade do julgamento - Reconhecimento em *habeas corpus* - Impossibilidade - Denegação da ordem 337

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 416

TUTELA ANTECIPADA
Requisitos preenchidos - Obrigação de fazer - Fornecimento de insumo alimentar - Legitimidade ativa 181

V

VEÍCULO
Penhora - Transferência de propriedade - Tradição - Comprovação - Adquirente de boa-fé - Constrição afastada - Embargos de terceiro 236

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
Lei Maria da Penha - Nulidade da audiência de instrução e julgamento - Conversão em audiência para oitiva da vítima - Renúncia à representação - Possibilidade - Não recebimento da denúncia - Arquivamento dos autos - Decisão - Validade 346

...

jurisp_189.qxp 18/3/2010 10:15 Page 417